

PUBBLICAZIONE TRIMESTRALE

ISSN: 2279-9737

**Rivista**  
**di Diritto Bancario**

dottrina  
e giurisprudenza  
commentata

OTTOBRE/DICEMBRE

2021

[rivista.dirittobancario.it](http://rivista.dirittobancario.it)

## **DIREZIONE**

DANNY BUSCH, GUIDO CALABRESI, PIERRE-HENRI CONAC,  
RAFFAELE DI RAIMO, ALDO ANGELO DOLMETTA, GIUSEPPE FERRI  
JR., RAFFAELE LENER, UDO REIFNER, FILIPPO SARTORI,  
ANTONELLA SCIARRONE ALIBRANDI, THOMAS ULEN

## **COMITATO DI DIREZIONE**

FILIPPO ANNUNZIATA, PAOLOEFISIO CORRIAS, MATTEO DE POLI,  
ALBERTO LUPOI, ROBERTO NATOLI, MADDALENA RABITTI,  
MADDALENA SEMERARO, ANDREA TUCCI

## **COMITATO SCIENTIFICO**

STEFANO AMBROSINI, SANDRO AMOROSINO, SIDO BONFATTI,  
FRANCESCO CAPRIGLIONE, FULVIO CORTESE, AURELIO GENTILI,  
GIUSEPPE GUIZZI, BRUNO INZITARI, MARCO LAMANDINI, DANIELE  
MAFFEIS, RAINER MASERA, UGO MATTEI, ALESSANDRO  
MELCHIONDA, UGO PATRONI GRIFFI, GIUSEPPE SANTONI,  
FRANCESCO TESAURO+

### **COMITATO ESECUTIVO**

ROBERTO NATOLI, FILIPPO SARTORI, MADDALENA SEMERARO

### **COMITATO EDITORIALE**

GIOVANNI BERTI DE MARINIS, ANDREA CARRISI, GABRIELLA CAZZETTA, ALBERTO GALLARATI, EDOARDO GROSSULE, LUCA SERAFINO LENTINI (SEGRETARIO DI REDAZIONE), PAOLA LUCANTONI, EUGENIA MACCHIAVELLO, UGO MALVAGNA, ALBERTO MAGER, MASSIMO MAZZOLA, EMANUELA MIGLIACCIO, FRANCESCO PETROSINO, ELISABETTA PIRAS, CHIARA PRESCIANI, FRANCESCO QUARTA, CARMELA ROBUSTELLA, GIULIA TERRANOVA

### **COORDINAMENTO EDITORIALE**

UGO MALVAGNA

### **DIRETTORE RESPONSABILE**

FILIPPO SARTORI

## **NORME PER LA VALUTAZIONE E LA PUBBLICAZIONE**

LA RIVISTA DI DIRITTO BANCARIO SELEZIONA I CONTRIBUTI OGGETTO DI PUBBLICAZIONE SULLA BASE DELLE NORME SEGUENTI.

I CONTRIBUTI PROPOSTI ALLA RIVISTA PER LA PUBBLICAZIONE VENGONO ASSEGNATI DAL SISTEMA INFORMATICO A DUE VALUTATORI, SORTEGGIATI ALL'INTERNO DI UN ELENCO DI ORDINARI, ASSOCIATI E RICERCATORI IN MATERIE GIURIDICHE, ESTRATTI DA UNA LISTA PERIODICAMENTE SOGGETTA A RINNOVAMENTO.

I CONTRIBUTI SONO ANONIMIZZATI PRIMA DELL'INVIO AI VALUTATORI.

LE SCHEDE DI VALUTAZIONE SONO INVIATE AGLI AUTORI PREVIA ANONIMIZZAZIONE.

QUALORA UNO O ENTRAMBI I VALUTATORI ESPRIMANO UN PARERE FAVOREVOLE ALLA PUBBLICAZIONE SUBORDINATO ALL'INTRODUZIONE DI MODIFICHE AGGIUNTE E CORREZIONI, LA DIREZIONE ESECUTIVA VERIFICA CHE L'AUTORE ABBA APPORTATO LE MODIFICHE RICHIESTE.

QUALORA ENTRAMBI I VALUTATORI ESPRIMANO PARERE NEGATIVO ALLA PUBBLICAZIONE, IL CONTRIBUTO VIENE RIFIUTATO. QUALORA SOLO UNO DEI VALUTATORI ESPRIMA PARERE NEGATIVO ALLA PUBBLICAZIONE, IL CONTRIBUTO È SOTTOPOSTO AL COMITATO ESECUTIVO, IL QUALE ASSUME LA DECISIONE FINALE IN ORDINE ALLA PUBBLICAZIONE PREVIO PARERE DI UN COMPONENTE DELLA DIREZIONE SCELTO RATIONE MATERIAE.

**SEDE DELLA REDAZIONE**

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TRENTO, FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA, VIA VERDI 53,  
(38122) TRENTO – TEL. 0461 283836



## SOMMARIO

EMANUELE RIMINI, La protezione del programma negoziale dalle vicende soggettive sofferte dalle parti: tracce di un valore nell’ordinamento. ....	627
FRANCESCO TERRUSI, La causa concreta del contratto ed emergenza sanitaria da Covid.....	651
BRUNELLA RUSSO, Le implicazioni economico-sociali nei nuovi modelli di finanza alternativa: verso un mercato digitale (del credito) effettivamente inclusivo e efficacemente sostenibile? (*) .....	665
CHIARA PRESCIANI, La figura del <i>lead independent director</i> .....	697
DIANA CERINI, I soggetti coinvolti nella <i>Product Oversight and Governance</i> (POG) per le assicurazioni: produttori (imprese di assicurazione), produttori di fatto (intermediari) ... e produttori “silenziosi” (riassicuratori).....	723
ANDREA TUCCI, Regolazione del mercato ed equilibrio contrattuale: la c.d. usura bancaria .....	747

## SOMMARIO

FRANCESCO PETROSINO, <i>Debt advice</i> quale strumento preventivo del rischio da sovraindebitamento. Analisi del fenomeno e potenzialità applicative .....	417
GIORGIA BIFERALI, Esclusione delle quote sociali dalla liquidazione del patrimonio e tutela della dignità della persona (Decreto del Tribunale di Reggio Emilia, 5 febbraio 2021, Giudice Niccolò Stanzani Maserati) .....	443
GIANLUCA MUCCIARONE, Credito al consumo collegato ed inadempimento del fornitore .....	463
ALBERTO MAGER, L'ABF e il tentativo italiano di contenere gli effetti della pronuncia Lexitor. Prime note a Collegio Coordinamento n. 21676/2021 (in attesa dell'intervento della Corte Costituzionale)... ..	477
MANUELA NATALE, Ancora un ripensamento sulla natura del diritto ex art. 119, comma 4°, t.u.b. ....	507



## **La protezione del programma negoziale dalle vicende soggettive sofferte dalle parti: tracce di un valore nell'ordinamento\*.**

**SOMMARIO:** 1. Come si pone il nostro ordinamento di fronte alla questione delle sopravvenienze pregiudizievoli sulla funzionalità dei contratti tra privati? – 2. Le due casistiche tipiche di sopravvenienze: l'impossibilità sopravvenuta e la eccessiva onerosità – 3. La nozione di buona fede e la sua portata sistematica anche quale possibile fonte di integrazione del contratto – 4. I principi a protezione del programma negoziale ricavabili dalle prassi del commercio internazionale – 5. Continua: la regolamentazione delle sopravvenienze nei contratti di Take or Pay e nei patti parasociali – 6. La rinegoziazione: l'indispensabile aiuto di commissioni tecniche composte da professionisti neutrali ed i limiti sul versante della c.d. enforceability.

*1. Come si pone il nostro ordinamento di fronte alla questione delle sopravvenienze pregiudizievoli sulla funzionalità dei contratti tra privati?*

La crisi epidemiologica originata dalla diffusione del Covid-19 lascerà segni indelebili anche dal punto di vista strettamente giuridico.

Non si tratterà di una semplice parentesi storica. Si è presentata su scala planetaria<sup>1</sup> una situazione dai caratteri brutali: ha colpito la

---

\* Il lavoro trae spunto dalla relazione svolta al Convegno online dell'Osservatorio "Giordano dell'Amore" su "Pandemia e rapporti tra imprese. La rinegoziazione del contratto. Valore della relazione ed efficienza economica della soluzione delle crisi negoziali. Teoria e pratica a confronto" tenutosi il 21 maggio 2021.

<sup>1</sup> Per effetto anche di una rischiosa sottovalutazione dei pericoli di una interdipendenza eccessiva dei singoli sistemi economici a causa della delocalizzazione delle catene produttive, segnalati in tempi non sospetti dai più attenti osservatori del fenomeno della globalizzazione (in proposito pare opportuno un rinvio al bel saggio di A. TOURRAIN, *La globalizzazione e la fine del sociale. Per comprendere il mondo contemporaneo*, Milano, 2008), come rimarcato anche da FA. BENATTI, *Contratto e Covid-19: possibili scenari*, in Banca, borsa, tit. cred., 2020, I, 199, nota 5. Le attuali contropunte verso evidenti manifestazioni di autentico *reshoring* sono sotto gli occhi di tutti, anche i *mass-media* hanno preso atto del fenomeno. Per tutti *Reshoring, alcune ipotesi sugli effetti della pandemia*, Il Sole 24 ore, Econopoly, 1 giugno 2021, in [www.econopoly.ilsole24ore.com](http://www.econopoly.ilsole24ore.com) e *Il reshoring*

condizione fisica e mentale degli uomini, ha ristretto le libertà personali, ha determinato la chiusura dei territori, ha interrotto il circolo economico produzione-consumo e ha cagionato la paralisi di moltissime attività d'impresa. Nell'ambito dei rapporti contrattuali, specialmente se a lungo termine, la tensione tra il voluto delle parti, la correttezza nell'esecuzione, la possibile interpretazione di clausole implicite e il bilanciamento delle prestazioni (originario e sopravvenuto) è diventata decisamente alta.

Ed ancor più che nel recente passato ci si deve domandare con sempre maggiore frequenza se le relazioni negoziali, soprattutto quelle stipulate ante pandemia, potranno continuare a essere strutturate e a venir interpretate al riparo degli eventi ricordati poc'anzi<sup>2</sup>.

---

*come opportunità di rilancio del sistema Italia*, 19 giugno 2020, in [www.ispionline.com](http://www.ispionline.com).

<sup>2</sup> I contributi dei giuristi sugli effetti e sulle conseguenze della emergenza sanitaria sul versante del diritto delle obbligazioni e dei contratti sono moltissimi. Le ragioni delle parti hanno certamente subito inedite e molteplici intersezioni. Una elencazione completa non è francamente possibile, si vedano, quindi, senza pretesa di completezza, oltre a FA. BENATTI, *op. cit.*, cit., 198 ss.; G. ALPA, *Note in margine agli effetti della pandemia sui contratti di durata*, in *Nuova giur. comm.*, Supplemento, 2020, III, p. 58 ss; R. FORNASARI, *Sopravvenienze e contratto dopo il Covid-19: problemi di contenuto e di metodo*, in *Contr e impr.*, 2020, I, 1661 ss. ; A. CINQUE, *Sopravvenienze contrattuali e rinegoziazione del contratto*, in *Contr. e impr.*, 2020, I, 1691 ss.; A. GEMMA, *La rinegoziazione nell'emergenza covid-19 è modalità obbligata di attuazione in buona fede del contratto e l'esecuzione indiretta ex art. 614 bis c.p.c. ne è lo specifico rimedio*, *Jus civile*, 2020, II, p. 724 ss.; D. MAFFEIS, *Problemi dei contratti nell'emergenza epidemiologica da Covid-19*, in [www.giustiziacivile.com](http://www.giustiziacivile.com), 10.04.2020; M. ZACCHEO, *Brevi riflessioni sulle sopravvenienze contrattuali alla luce della normativa sull'emergenza epidemiologica da Covid-19*, in [www.giustiziacivile.com](http://www.giustiziacivile.com), 21 aprile 2020; A. GENTILI, *Una proposta sui contratti di impresa al tempo del coronavirus*, in [www.giustiziacivile.com](http://www.giustiziacivile.com), 29 aprile 2020; A.A. DOLMETTA, *Obbligazioni e contratti. Il problema della rinegoziazione (ai tempi del coronavirus)*, in [www.giustiziacivile.com](http://www.giustiziacivile.com), 04 giugno 2020; F. MACARIO, *Dalla risoluzione all'adeguamento del contratto. Appunti sul prospetto di riforma del codice civile in tema di sopravvenienze*, in *Foro it.*, 2020, 3, V, 102 ss.; ID., *Per un diritto dei contratti più solidale in epoca di "coronavirus"*, in [www.giustiziacivile.com](http://www.giustiziacivile.com), 10 aprile 2020; CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE, UFFICIO DI MASSIMARIO E DEL RUOLO, *Novità normative sostanziali del diritto "emergenziale" anti Covid-19 in ambito contrattuale e concorsuale*, 8 luglio 2020, in [www.cortedicassazione.it](http://www.cortedicassazione.it); C. GIUSTI, *Tutela e rinegoziazione contrattuale*, in G. PALMIERI (a cura di), *Oltre la pandemia. Società, salute, economia e regole nell'era post Covid-19*, Napoli, 2021, 1263 ss.

In questo particolare scenario vengono subito alla mente un paio di rilievi e sorge spontanea una prima domanda.

Il primo rilievo: il diritto conosce da secoli la clausola “*rebus sic stantibus*”<sup>3</sup> che – come risaputo – incrina ogni lettura formalistica dell’altra regola, altrettanto nota, dei “*pacta sunt servanda*” ex art. 1372 c.c.<sup>4</sup>.

Il secondo rilievo: il nostro sistema è pienamente consapevole del fatto che il malfunzionamento del regolamento contrattuale può dipendere non soltanto dalla violazione dell’accordo da parte di uno dei contraenti, ma anche da influenze dovute a fattori esterni e diversi dall’inadempimento che possono far emergere crisi contrattuali anche di tipo momentaneo<sup>5</sup>.

Ed ecco la prima domanda: si può sostenere che i rimedi offerti di fronte ai fatti impreveduti e imprevedibili che accadono mentre il rapporto si sta svolgendo e che alterano sensibilmente – seppur non definitivamente – l’originale equilibrio tra le prestazioni siano in grado se non di comporre, quantomeno, di impostare in modo corretto, e soprattutto efficiente, il problema della gestione del bilanciamento sinallagmatico del contratto?

L’esigenza di offrire la miglior tutela possibile a favore dei soggetti pregiudicati dagli effetti della pandemia – un evento straordinario ed imprevedibile che ha colpito un numero non immaginabile di imprese talora soltanto “di riflesso” a causa del rallentamento generale dell’economia dovuto all’emergenza sanitaria – per effetto sia dei

---

<sup>3</sup> Cfr. G. OSTI, voce *Clausola “rebus sic stantibus”*, in *Noviss. Dig. it.*, III, Torino, 1964, 353 ss.; T. GALLETTO, *Rebus sic stantibus* (voce), in *Digesto civile*, Torino, 1988, II, 383; A. GENOVESE, *La clausola rebus sic stantibus*, in M. CONFORTINI (a cura di), *Clausole Negoziali*, Torino, 2017, 1357 ss.; e G. ALPA, *Appunti sulla buona fede integrativa nella prospettiva storica e del commercio internazionale*, in *I Contratti*, 2001, 727, che richiama precedenti della Cassazione di Napoli del 15 maggio 1897 e della Cassazione di Torino del 16 agosto 1900 che collegavano esplicitamente l’esecuzione del contratto alla clausola *rebus sic stantibus*.

<sup>4</sup> Il rilievo, ineccepibile, è CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE, UFFICIO DI MASSIMARIO E DEL RUOLO, *op. cit.*, p. 19.

<sup>5</sup> Rosario Nicolò scriveva – come è stato recentemente ricordato da C. GIUSTI, *op. cit.*, p.1264 - che il giurista non può ignorare i fenomeni congiunturali e deve anzi concentrare l’attenzione non soltanto sulle norme di diritto positivo, ma anche sugli “strumenti” che la prassi contrattuale elabora in connessione con la realtà e la problematica del mondo economico.

divieti, delle restrizioni, ma anche delle sole raccomandazioni impartite dal Governo e dalle Autorità locali<sup>6</sup>; sia delle interruzioni delle catene globali di valore – ha richiamato l’attenzione degli operatori e degli interpreti in modo prepotente e traumatico sul tema delle sopravvenienze contrattuali<sup>7</sup>.

Un tema originato dalla inesorabile notazione secondo cui oltre al verificarsi di casistiche prevedibili (ma non sempre controllabili), possono accadere eventi straordinari e non prevedibili, quantomeno, rispetto alla portata e – ripetersi – al perdurare dei loro effetti, in grado di mettere a repentaglio i programmi negoziali che si volevano originariamente raggiungere.

Del resto, l’area indistinta della imprevedibilità è sempre la inevitabile conseguenza di un impianto pattizio totalmente incompleto per effetto non soltanto della c.d. razionalità limitata delle parti, ma anche dei costi di transazione troppo alti che si incontrerebbero per contemplare, prima, e disciplinare, poi, ogni eventualità possibile.

D’altro canto, è intuitivo rilevare che più le vicende della relazione contrattuale sono complesse e destinate a durare nel tempo, maggiore è l’esposizione ad eventi sopravvenuti difficili da prevedere<sup>8</sup>.

---

<sup>6</sup> Si vedano su questo ultimo aspetto, M. ZACCHEO, *op. cit.*, cit., 246; A. CINQUE, *op. cit.*, 1699 e A.M. BENEDETTI, *Il rapporto obbligatorio ai tempi dell’isolamento: brevi note sul Decreto Cura Italia*, in *I Contratti*, 2020, I, 213 ss.

<sup>7</sup> Pure in questo caso la letteratura è da tempo molto ricca, ancor assai prima dell’avvento della crisi epidemiologica da Covid-19, nuovamente senza pretesa di completezza: si vedano già V. ANDREOLI, *Revisione delle dottrine sulla sopravvenienza contrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, 1938, 309 ss.; P. GALLO, *Sopravenienza contrattuale e problemi di gestione del contratto*, Milano, 1992; M. ZACCHEO, *Rischio e sopravvenienza*, Milano, 1994; F. MACARIO, *Le sopravvenienze*, in V. ROPPO (dir. da), *Il trattato del contratto*, V, *Rimedi*, Milano, 2006, 689 ss.; M. AMBROSOLI, *La sopravvenienza contrattuale*, Milano, 2002; R. SACCO, *I rimedi per le sopravvenienze*, in R. SACCO - G. DE NOVA, *Il contratto*, 3 ed., Torino, 2004, p. 722 ss.; M. Barcellona, *Appunti a proposito di obbligo di rinegoziare e gestione delle sopravvenienze*, in *Eur e dir. Priv.*, 2003, p. 467 ss.; F.P. TR AISCI, *Sopravenienze contrattuali e rinegoziazione nei sistemi di civil e common law*, Napoli, 2003; E. TUCCARI, *Sopravenienze e rimedi nei contratti di durata*, Padova, 2018.

<sup>8</sup> In argomento, si vedano C.P. GILLETTE, *Commercial Rationality and the Duty to Adjust Long-Term Contracts*, in *69 Minnesota Law Review*, 1984, 521 e già E.A. FARNSWORTH, *Disputes over Omissions in Contracts*, in *68 Colum. L. Rev.*, 1968, 860, richiamati da FA. BENATTI, *Modificación de circunstancias y cláusulas contractuales*, in W.H. VASQUEZ REBAZA, *Principales cláusulas de la contratación privada contemporánea, Ius et Veritas*, Lima, 2021, 89 ss., note 3 e 4.

È un dato di fatto indiscutibile che in ogni programmazione possano “germinare” delle varianti<sup>9</sup> e non si può sostenere che l’assenza di una disciplina convenzionale sui rischi da sopravvenienze, tipiche o atipiche, queste ultime, individuabili grazie all’istituto della c.d. presupposizione concepito come fonte di condizioni “implicite” del negozio<sup>10</sup>, possa essere letta come una tacita allocazione del rischio stesso a carico della sola parte che lo subirà in concreto.

I contraenti, come è stato opportunamente notato, ignorano i rischi che non possono pronosticare e che men che meno possono controllare a costi accettabili<sup>11</sup>.

Ma tornando al quesito poc’anzi prospettato, come si pone il nostro ordinamento di fronte alla questione delle sopravvenienze pregiudizievoli sulla funzionalità dei contratti tra privati? Si può pensare che ciascun contraente abbia il diritto a pretendere la “continuità contrattuale”, invocando, se del caso, le “regole” della buona fede, dell’equità o del principio di “giustizia contrattuale”?

## 2. *Le due casistiche tipiche di sopravvenienze: l'impossibilità sopravvenuta e la eccessiva onerosità.*

Dal punto di vista del diritto scritto, il nostro sistema prende espressamente in esame soltanto due casistiche tipiche di “sopravvenienze”. Per un verso, la situazione dell’impossibilità sopravvenuta – in tutto o in parte<sup>12</sup> – della prestazione *ex art. 1464 c.c.*, se non altro in termini di temporaneità (*ex art. 1256, secondo comma, c.c.*): un concetto che se, da un lato, ha consentito l’elaborazione della

---

<sup>9</sup> Testualmente, CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE, UFFICIO DI MASSIMARIO E DEL RUOLO, *op. cit.*, p. 17.

<sup>10</sup> Sul punto, recentemente, R. FORNASARI, *op. cit.*, p. 1675, note 61, 62 e 63 e A. CINQUE, *op. cit.*, p. 1694 ss., note 9, 10 e 11.

<sup>11</sup> Testualmente, CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE, UFFICIO DI MASSIMARIO E DEL RUOLO, *op. cit.*, p. 20.

<sup>12</sup> In vero secondo la giurisprudenza l’impossibilità dovrebbe essere assoluta: Cass., 8 giugno 2018, n. 14915 e Cass., 10 giugno 2016, n. 11914. Alcuni esponenti della dottrina si sono orientati verso la possibilità di temperare la rigidità del carattere della assolutezza richiamando il principio dello “sforzo diligente esigibile” per il particolare tipo di obbligazione di volta in volta considerata: si veda anche per i riferimenti bibliografici A. CINQUE, *op. cit.*, 1693, nota 7.

nozione di “forza maggiore”<sup>13</sup> comunque, dall’altro lato, non contempla “l’impotenza finanziaria”<sup>14</sup>. Per altro verso, quella della eccessiva onerosità – che potrebbe essere diretta o indiretta<sup>15</sup> – delle prestazioni dedotte nel contratto *ex art.* 1467 c.c.<sup>16</sup>.

Il carattere della eccessività da riconnettere alla sopravvenuta onerosità della prestazione viene, infatti, generalmente interpretato dalla giurisprudenza in termini assai rigorosi, che conducono a non considerare su larga scala e ad ampio raggio forme di soltanto “notevole” sopravvenuta onerosità (pur rilevando invece tale tratto meno marcato all’interno della disciplina di alcuni contratti tipici, come l’appalto, l’affitto, il mutuo e l’assicurazione: cfr. gli artt. 1623, 1635, 1636, 1664, 1818, 1897 e 1898 c.c.<sup>17</sup>).

Al tempo stesso la stessa Corte di Cassazione mostra sensibili chiusure pure nei confronti delle sopravvenienze “contrattuali” poc’anzi richiamate in via esemplificativa, frequentemente ritenute correlate a “ordinari fattori di evoluzione del mercato” o “a normali fluttuazioni di mercato”<sup>18</sup>.

Tuttavia, come è risaputo, in entrambe le situazioni di sopravvenienze tipiche - quelle della impossibilità sopravvenuta totale

---

<sup>13</sup> La quale può essere ritenuta sussistente ogni qualvolta sia stato impossibile eseguire la prestazione per “una situazione cogente che impedisca l’adempimento dell’obbligazione”: cfr. Cass., 30 aprile 2012, n. 6594.

<sup>14</sup> G. VILLA, *Danno e risarcimento contrattuale*, 849; CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE, UFFICIO DI MASSIMARIO E DEL RUOLO, *op. cit.*, p. 7 e Cass., 15 novembre 2013, n. 25777, in *Banca dati Pluris*.

<sup>15</sup> Su tali profili si veda CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE, UFFICIO DI MASSIMARIO E DEL RUOLO, *op. cit.*, p. 5.

<sup>16</sup> Una nozione da ripensare in chiave meno asfittica, posto che, stando all’indirizzo interpretativo prevalente, l’eccessiva onerosità non rilevarebbe mai in presenza di problematiche di carattere temporaneo: A.A. DOLMETTA, *Obbligazioni e contratti, Il problema della rinegoziazione (ai tempi del coronavirus)*, cit., par. 12, ultima pagina, e non consentirebbe mai la sospensione dell’esecuzione (Cass., 26 gennaio 2018, n. 2047) e richiede comunque la pronuncia di una sentenza costitutiva. Rilevano in proposito R. SACCO - G. DE NOVA, *Il contratto*, cit., 718 che il contratto in caso di onerosità sopravvenuta “è risolubile, non è risolto”.

<sup>17</sup> Su questi temi ultimamente E. TUCCARI, *op. cit.*, p. 131 ss e A. CINQUE, *op. cit.*, 1703, nota 42.

<sup>18</sup> A.A. DOLMETTA, *op. cit.*, par. 9, il quale con particolare riguardo al tema specifico delle sopravvenienze contrattuali richiama Cass. Sez. Un., 19 ottobre 2017, n. 24675, in un caso di usura sopravvenuta nell’ambito di un contratto di mutuo.

o parziale delle prestazioni dedotte nel contratto e della sopravvenuta eccessiva onerosità - il nostro ordinamento offre rimedi di carattere ablatorio e/o estintivo, che non permettono di conservare il vincolo negoziale. Di conseguenza tali rimedi se applicati su larga scala – come l'emergenza epidemiologica ha posto in risalto – si rivelano dannosi per il sistema economico complessivo, determinando uno *shock* simmetrico della domanda e dell'offerta<sup>19</sup>.

Entrambe le figure cioè, pur essendo emblematicamente rappresentative della rilevanza giuridica delle sopravvenienze nella disciplina dei contratti in generale, nella duplice manifestazione della “eccezionalità”<sup>20</sup> ed “imprevedibilità” degli eventi scatenanti, prevedono e conducono ad ipotesi di assoluta caducazione del regolamento negoziale.

In altri termini: il nostro ordinamento non contempla a chiare lettere - a meno che il creditore della prestazione, cioè il soggetto forte del rapporto e non quello indebolito dalle circostanze sopravvenute, non voglia esplorare questa eventualità<sup>21</sup> - scenari favorevoli alla prosecuzione del contratto nell'ottica di una equa modificazione delle sue clausole e dei suoi termini, con l'obiettivo di prevenire gli opposti opportunismi dei contraenti. Ovvero: da una parte, l'indiscriminato inadempimento di chi potrebbe invece adempiere le proprie obbligazioni essendo realisticamente in grado di fronteggiare i fenomeni avversi, straordinari ed imprevedibili che sono sopravvenuti (creandosi così una sorta di debitore immune, protetto ad ampio spettro) e, dall'altra parte, la sorda ed egoistica riluttanza e ritrosia dei creditori a non demordere dalle loro acquisite pretese (il contratto – fino a prova contraria – ha sempre forza di legge tra le parti).

---

<sup>19</sup> R. FORNASARI, *op. cit.*, p. 1665, nota 19; A. CINQUE, *op. cit.*, p. 1699 ss. e note 25 e 26; A.A. DOLMETTA, *op. cit.*, par. 11.

<sup>20</sup> Per un chiarimento dell'espressione, che va ricollegata al sopraggiungere di un evento esterno alle parti contrattuali, straordinario sul piano oggettivo e impronosticabile e inevitabile su quello soggettivo: si vedano Cass., 19 ottobre 2006, n. 22396 e Cass., 23 febbraio 2007, n. 2661.

<sup>21</sup> Sul punto ancora A. CINQUE, *op. cit.*, 1707 ss.

### 3. *La nozione di buona fede e la sua portata sistematica anche quale possibile fonte di integrazione del contratto.*

Diverse sono le considerazioni che possono esser svolte facendo leva sulla nozione di buona fede e sulla sua portata sistematica, anche quale fonte di integrazione del contratto *ex art. 1374 c.c.*, che potrebbero portare ad individuare in quest'ultima il fondamento dell'obbligo di rinegoziazione del contratto (soprattutto se di durata) in caso di sconvolgimento dell'economia contrattuale dovuto a fattori esterni che rendono più gravosa l'esecuzione della prestazione originariamente assunta.

Più precisamente, in questi frangenti, si è da tempo ritenuto che l'altra parte non può giovare dell'intervento di una causa esterna per pretendere immediatamente lo scioglimento del rapporto<sup>22</sup> e anche al di fuori della categoria dei contratti di durata, si è sviluppata in dottrina l'idea che la buona fede integrativa *ex art. 1374 c.c.* implichi comunque l'inclusione nel contratto di una clausola di rinegoziazione qualora le parti non la abbiano prevista per mera distrazione o perché abbiano preferito la scelta di un testo laconico, senza averla esclusa esplicitamente<sup>23</sup>. Ci sarebbe, insomma, secondo una parte degli interpreti, una via che valorizzando la nozione di buona fede integrativa<sup>24</sup> porterebbe a postulare la rinegoziazione come cammino necessitato di adeguamento del contratto alle circostanze e alle esigenze sopravvenute<sup>25</sup>.

---

<sup>22</sup> F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, Napoli, 1996; ID., *Rischio contrattuale e rapporti di durata nel nuovo diritto dei contratti: dalla presupposizione all'obbligo di rinegoziare*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, p. 63 ss. e ancor più recentemente, ID., *Per un diritto dei contratti più solidale in epoca di "coronavirus"*, cit.

<sup>23</sup> V. ROPPO, *Il contratto*, in *Trattato di diritto privato*, G. IUDICA - P. ZATTI (a cura di), Milano, 2001, p. 1042 ss.

<sup>24</sup> Anche se secondo altri osservatori, ci si troverebbe fuori dal campo delle attività *stricto sensu* interpretative, poiché così si maschererebbe in realtà un intervento correttivo di tipo additivo sul contratto, al di là dei casi in cui la legge espressamente ne consente l'integrazione: in proposito si veda A. CINQUE, *op. cit.*, p. 1709, nota 64.

<sup>25</sup> Peraltro, sin dalla fine del 1600, si usava dire che la buona fede fosse l'anima dei commerci (diceva Giuseppe Casaregis, *Bona fides est primum mobile ac spiritus vivificans commercii*) e scavando nelle fonti – come qualche anno fa aveva fatto Guido Alpa – può essere dapprima individuata una parabola ascendente del percorso integrativo sopra sintetizzato, che abbraccia tutto l'Ottocento, e poi una parabola

In definitiva, la buona fede dovrebbe in questi casi assumere un carattere “non bloccato, ma mobile, per portare a compimento il risultato prefigurato *ab origine*, tenendo anche conto delle mutate circostanze che ne discendono”, attribuendo così prevalenza ad un approccio in grado di valorizzare l’analisi economica del diritto dei contratti, “sostituendo, nell’ambito della realtà più complessa di quelli a lungo termine, alla logica egoistica del negozio statico e blindato, quella dinamica della leale collaborazione tesa a superare le sopravvenienze di fatto e di diritto che hanno inciso sull’equilibrio del contratto”<sup>26</sup>.

Per concludere, è comunque corretto sostenere che “in termini generali” il Codice Civile non contiene disposizioni sulla esecuzione del contratto, *rectius* delle obbligazioni che ne discendono, ad eccezione dell’invocazione al rispetto del principio di buona fede.

---

discendente durata per tutta la prima parte del Novecento, che ha poi cominciato a risalire con gli studi di Stefano Rodotà (a partire da ID. *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 1969). Peraltro, già in passato si discuteva dell’obbligo delle parti di “prendersi cura dell’affare comune” (testualmente J. DOMAT, *Les loix civiles dans leur ordre naturel, in oeuvres complètes*, nouv. èd, Paris, 1835, 134: citato da, G. ALPA, *op. cit.*, 725, nota 10) e si riteneva che l’inclusione nel contratto – ad opera del giudice – di clausole dettate dall’equità, lungi dall’esser considerata una operazione che interferisce con la volontà delle parti, veniva ritenuta una sua semplice esplicitazione (G. ALPA *op. cit.*, 726). Ed ancora si sottolineava “non è equo che una parte profitti di mutate circostanze per imporre all’altra un modo di esecuzione del suo obbligo che non avrebbe accettato se avesse potuto prevederlo” (B. BRUGI, *Istituzioni di Diritto Civile Italiano*, IV, Milano, 1923, 545, richiamato da G. ALPA, *op. cit.*, p. 726, nota 23; in argomento si veda anche CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE, UFFICIO DI MASSIMARIO E DEL RUOLO, *op. cit.*, 22). Non senza – da ultimo – dimenticare che i primi commentatori degli artt. 1374 e 1375 del Codice Civile del 1942, da poco introdotto, nel soffermarsi sulle regole di comportamento nell’esecuzione del contratto, hanno rimarcato che “il debitore deve immedesimarsi negli interessi del creditore che egli ha promesso di soddisfare e nel conflitto fra gli interessi propri e quelli altrui che formano oggetto dell’impegno e deve considerare come propri quelli altrui, fino al punto in cui il programma contrattuale abbia lo svolgimento che ambo le parti si sono proposte e che per conseguenza anche la parte contraria ha avuto di mira” (G. ALPA, *op. cit.*, 728 ss. e nota 41, che riporta il pensiero di Mario Ghiron).

<sup>26</sup> Testualmente, CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE, UFFICIO DI MASSIMARIO E DEL RUOLO, *op. cit.*, p. 23, sul presupposto, esplicitamente dichiarato, che “il venir meno dei flussi di cassa è un contagio diffuso rispetto al quale la terapia non è la cesura del vincolo negoziale, ma la sospensione, postergazione, riduzione delle obbligazioni che vi sono annesse”.

4. *I principi a protezione del programma negoziale ricavabili dalle prassi del commercio internazionale.*

Ma sembra opportuno allargare lo sguardo.

Dal punto di vista dei principi ricavabili dalle prassi del commercio internazionale emerge nitidamente che è stato attribuito un peso assai rilevante non esclusivamente ai già incontrati criteri della ragionevolezza e della buona fede – come norma imperativa di attuazione del rapporto – e alla rilevanza della nozione di “forza maggiore”<sup>27</sup>, che ad esempio proprio nel contesto della pandemia è stata ridefinita dalla Camera Internazionale di Commercio di Parigi (ICC)<sup>28</sup>.

Ci si è, infatti, spinti più nel dettaglio, prevedendo, ad esempio, la sanzionabilità di ogni manifestazione di *gross disparity*, idonee a dare peso anche agli squilibri economici in fase di esecuzione del contratto e fanno sorgere l’obbligo di comportarsi in modo solidale in presenza di sopravvenienze che possono turbare l’originario equilibrio tra le contrapposte prestazioni, nonché il c.d. *duty to mitigate losses*<sup>29</sup>.

Risulta quindi chiaramente percepibile la spinta ad inquadrare il contratto secondo una veduta più ampia. Ovvero non più come un ambito strettamente antagonistico, ma piuttosto come uno scenario

---

<sup>27</sup> In argomento, A. VENURELLI, *Clausola di forza maggiore*, in M. CONFORTINI (a cura di), *Le clausole negoziali*, cit., p. 1003 ss.; A. GEMMA, *op. cit.*, p. 730 s., nota 10 e FA. BENATTI, *Contratto e Covid-19*, cit., 201 ss., note 9 e 10.

<sup>28</sup> Ed invero la clausola introdotta nel 2020 dalla Camera Internazionale di Commercio di Parigi (ICC) proprio nel contesto della pandemia, definisce la forza maggiore come: “il verificarsi di un evento o circostanza (...) che impedisce o ostacola una parte nell’esecuzione di uno o più dei suoi obblighi contrattuali ai sensi del contratto, se e nella misura in cui la parte colpita dall’adempimento (...) dimostri: a) che tale impedimento va oltre il suo ragionevole controllo; e b) che non poteva essere ragionevolmente previsto al momento della conclusione del contratto; e c) che gli effetti dell’impedimento non avrebbero potuto essere ragionevolmente evitati o superati dalla Parte interessata” (si vedano in merito, F. BORTOLOTTI, *ICC Force Majeure and Hardship Clauses*, ICC International Chamber of Commerce, marzo 2020; nonché FA. BENATTI, *op. cit.*, 201). Del pari l’art. 7.1.7 dei Principi Unidroit in Materia di Contratti Commerciali Internazionali del 2016 identifica la forza maggiore come le “circostanze estranee alla [sua] sfera di controllo e che non era ragionevolmente tenuta a prevedere tale impedimento al momento della conclusione del contratto o ad evitare o superare l’impedimento stesso o le sue conseguenze”.

<sup>29</sup> Si vedano R. FORNASARI, *op. cit.*, p. 1687, note 110 e 111 e FA. BENATTI, *Contratto e Covid-19*, cit., p. 207.

all'interno del quale dare per immanenti, e quindi promuovere, approcci cooperativi, che invitino a dedicare sempre maggior attenzione al monitoraggio e alla conseguente gestione delle alterazioni che possono interessare il cosiddetto "rischio contrattuale"<sup>30</sup>.

In questa prospettiva, pertanto gli operatori del commercio internazionale hanno contribuito alla elaborazione della c.d. *Doctrine of frustration*<sup>31</sup> e da un punto di vista applicativo alla diffusione spesso in associazione con la nozione di "forza maggiore", delle clausole di adeguamento di c.d. *Hardship*. Una locuzione che richiama un ampio ventaglio di circostanze sopravvenute rispetto al momento della conclusione dell'accordo che ne alterano l'originario equilibrio e ne rendono difficile l'esecuzione<sup>32</sup>. Clausole di autentica rinegoziazione, quelle di *Hardship*, così frequenti che sono poi entrate nel testo dei Principi dei contratti del commercio internazionale (cfr. l'art. 6.2.3) e hanno influenzato i redattori del progetto di codice civile europeo (art. 6.111) che hanno previsto in caso di mutamento delle circostanze tali da rendere eccessivamente onerosa la prestazione – l'obbligo di rinegoziazione dell'accordo e, in mancanza, l'intervento del giudice a fini manutentivi del medesimo contratto<sup>33</sup>.

Questi ultimi rilievi consigliano quindi di svolgere costantemente delle analisi – parrebbe in realtà trattarsi di una ulteriore e rilevante forma di *risk assessment* e conseguente *risk management* – che richiamino maggiore sensibilità sul versante delle conseguenze socio-economiche delle sopravvenienze sperequative ed inducano a riflettere non soltanto sulla razionalità giuridica, ma anche sulla razionalità economica del percorso contrattuale. Un percorso – da tenere sotto

---

<sup>30</sup> Sul punto R. FORNASARI, *op. cit.*, 1663, nota 9.

<sup>31</sup> In proposito, senza pretesa di completezza, R. FORNASARI, *op. cit.*, 1675, nota 62; FA. BENATTI, *op. cit.*, 203, nota 19 e già V. ROPPO, *Impossibilità sopravvenuta, eccessiva onerosità e frustration of contract (in margine ad un "caso di Suez")*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1973, I, 1239 ss. Il contributo ha preso spunto da un evento originato dalla chiusura del canale di Suez, un fenomeno riverificatosi anche nel marzo 2021 a seguito dell'arenarsi della nave porta container *Ever Givens*.

<sup>32</sup> A. FRIGNANI, *Le hardship clause nei contratti internazionali e le tecniche di allocazione dei rischi negli ordinamenti di civil law e common law*, in *Riv. dir. civ.*, 1979, I, 681 ss.; M. FONTAINE, *The Evolution of the Rules on Hardship*, in F. BORTOLOTTI-D. UFOT (ed.), *Hardship and Force Majeure in International Commercial Contracts*, Paris, 2018, 3 ss.

<sup>33</sup> G. ALPA, *op. cit.*, 723, note 7 e 8.

esame – che presuppone un controllo sulla proporzionalità delle contrapposte relazioni<sup>34</sup>.

Una proporzionalità da escludersi in casi di marcato loro squilibrio – anche transitorio – nella fase di esecuzione<sup>35</sup>.

Le sopravvenienze creano, infatti, sproporzione tra le prestazioni e la sproporzione determina non soltanto la perdita di interesse della parte svantaggiata, ma addirittura potrebbe far venir meno la meritevolezza degli effetti del contratto originario, se si ragiona in dimensione economico-sociale.

Il contratto potrebbe, cioè, apparire lecito, ma non più idoneo a realizzare gli interessi effettivi delle parti.

Come si tornerà a dire, occorrerebbe passare dall'esame del rapporto negoziale ad una valutazione del sistema nel suo complesso. Ne discende che il contratto e le sue clausole – lo si vedrà ancora più avanti – anche quelle c.d. *multi-tiered* o *multi-steps* riguardanti le modalità di risoluzione non soltanto delle controversie, ma anche degli stalli e degli *stress* contrattuali in genere, andranno viste non come un punto di arrivo intangibile e cristallizzato, bensì come il momento di una relazione che prioritariamente deve poter continuare a produrre i suoi effetti in maniera rimodulata. Come è stato rimarcato occorrerebbe passare dalla visione del “contratto-fine”, alla distinta dimensione, verso la quale le parti andrebbero accompagnate, del “contratto-ponte”.

Lungo questa direttrice, si sono ormai da tempo orientati i fautori della *Relational Theory of Contract* e tutti coloro che propendono per forme di interpretazione funzionale<sup>36</sup>, incentrate – come si è rammentato poc'anzi – su vedute che passano dal piano della relazione al piano del sistema, rispetto alla risoluzione dei problemi in dimensione pragmatico-conservativa, piuttosto che dare prevalenza a indirizzi formalistici.

---

<sup>34</sup> Tar Lazio, 1 agosto 2005, n. 6056 già parlava di “alterazione del sinallagma di proporzionalità”.

<sup>35</sup> C. SERRAIOTTO, *L'obbligo di rinegoziare il contratto divenuto squilibrato: l'influenza della buona fede, dell'art. 2 cost. italiana e del diritto dell'Unione Europea. Analisi di recenti ipotesi applicative*, in *Lex Social*, vol. 7, num 1 (2017), 538 ss.

<sup>36</sup> Si veda, anche per gli opportuni riferimenti bibliografici, R. FORNASARI, *op. cit.*, 1662, nota 4.

La stessa nozione di sinallagma sottintende un indice relazionale e imporrebbe la conservazione della sua originaria simmetria anche in presenza di inadempimenti incolpevoli o determinati da impossibilità sopravvenuta per causa non imputabile al debitore.

Le parti – soprattutto se si tratta di imprenditori come accade nell’angolo visuale che si sta privilegiando – non guardano soltanto in modo miope all’adempimento delle singole e rispettive obbligazioni, esse considerano la realizzazione del programma contrattuale, che si sostanzia in una attività di gestione del rapporto che richiede monitoraggi e manutenzioni.

*5. Continua: la regolamentazione delle sopravvenienze nei contratti di Take or Pay e nei patti parasociali.*

Sempre ed ancora nel settore del commercio internazionale e principalmente nell’ambito di alcune tipologie particolari di contratti di fornitura – è emblematico il settore dei cosiddetti contratti di *Take or Pay*<sup>37</sup> – il tema delle sopravvenienze viene praticamente considerato come un evento tutt’altro che eccezionale. E soprattutto in quei frangenti vengono abitualmente pattuiti meccanismi specifici di aggiustamento del corrispettivo o comunque di risoluzione delle problematiche insorte nel piano della esecuzione del rapporto, all’insegna, in principalità, della rimodulazione degli accordi originali, assicurando il tratto espresso della continuità.

Sembra questo il viatico – se si vuol provare a reperire un valore dell’ordinamento – per fare emergere la centralità di una obbligazione a rinegoziare (e del corrispondente diritto a pretendere la “continuità contrattuale”) anche come percorso in grado di porre rimedio a congiunture sfavorevoli, evitando che si radichino negatività che possono trasformarsi in elementi di debolezza strutturale di interesse filiere produttive e dei relativi mercati.

Una centralità da guadagnare a scapito dei ruoli tradizionalmente occupati da istituti e/o rimedi invocabili dalla disciplina generale dei

---

<sup>37</sup> Su questo tema sia permesso rinviare a E. RIMINI, *Profili giuridici dei contratti con clausole “Take or Pay” nei rapporti di fornitura a lungo termine nel mercato del gas naturale*, in *Società, Banche e Crisi d’impresa. Liber amicorum Pietro Abbadessa*, diretto da M. CAMPOBASSO, V. CARIELLO, V. DI CATALDO, F. GUERRERA, A. SCIARRONE ALIBRANDI, vol. 1, Torino, 2015, 127 ss.

contratti e riguardanti la gestione delle sopravvenienze in prospettiva soltanto demolitoria. Ci si riferisce alla invocabilità della clausola di forza maggiore, della *exceptio doli generalis*<sup>38</sup>, della presupposizione (uno strumento di estrazione giurisprudenziale che - come si è già anticipato - ha avuto il merito di fare emergere le c.d. sopravvenienze atipiche) e dei percorsi incentrati sul difetto della causa in concreto<sup>39</sup>, da verificarsi non solo nella fase genetica e precontrattuale, ma anche nella fase di esecuzione del contratto.

Tutte teorie che mostrano alcuni denominatori comuni, rappresentati, appunto, dalla buona fede oggettiva, in chiave tanto integrativa (*ex artt. 1374 e 1375 c.c.*), quanto valutativa (*ex art. 1460, secondo comma, c.c.*) e dalla causa in concreto, quale fondamento per superare i conflitti in atto attraverso le sue assai svariate modalità di concretizzazione nei casi pratici che coinvolgono come è stato recentemente ricordato, “senza pretesa di completezza e senza l’ordine di apparizione sulla scena, i valori, la buona fede, la solidarietà, i principi costituzionali, la congruità dello scambio, l’adeguatezza delle reciproche prestazioni, l’equità, l’equilibrio delle posizioni delle parti, la ragionevolezza, la razionalità e la proporzionalità”<sup>40</sup>, ma pur sempre in una dimensione demolitoria, che non giova all’interesse delle parti (men che meno al contraente momentaneamente più debole) e da ultimo al sistema nel suo complesso.

Occorre quindi insistere su quell’orientamento che valorizzando l’ispirazione solidaristica che la Costituzione, con l’art. 2, infonde alla

---

<sup>38</sup> La quale utilizza la buona fede in funzione valutativa come strumento di controllo dell’autonomia privata: si veda A. GEMMA, *op. cit.*, p. 749, nota 28 e in termini più generali, A.A. DOLMETTA, *Exceptio doli generalis*, Milano, 1998.

<sup>39</sup> Sul tema della causa in concreto, senza alcuna pretesa di completezza, A. GEMMA, *op. cit.*, 736, 739; V. ROPPO, *Causa concreta: una storia di successo? Dialogo non compiacente né reticente con la giurisprudenza di legittimità e di merito*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, I, 957 ss.; C. SCOGNAMIGLIO, *La causa concreta: una proposta dottrinale di successo*, in *Riv. dir. civ.*, 2020, I, 589 ss.; V. DE LORENZI, *Clausole claims made, interesse meritevole di tutela, causa concreta e vuoti di copertura assicurativa*, in *Riv. ass.*, 2020, I, 533 ss.; nonché CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE, UFFICIO DI MASSIMARIO E DEL RUOLO, *op. cit.*, 13.

<sup>40</sup> Letteralmente F. BENATTI, *Che ne è oggi del testo del contratto?*, in *Banca, borsa, titoli di credito*, 2021, I, p. 13 ss., che comunque propende per “porre limiti” alla definizione e concretizzazione della causa in concreto.

disciplina del contratto<sup>41</sup>, ritiene che quest'ultimo sia "innervato" dal principio, certamente "solidaristico", dell'andare in soccorso delle altrui sofferenze per mitigarle<sup>42</sup> e conduca se non verso un suo salvataggio integrale, verso la concezione che anche il contratto, al pari di altri meccanismi articolati, abbia bisogno fisiologicamente di momenti di manutenzione che possono determinare sostituzioni di alcune delle sue componenti.

Veri e propri "tagliandi", che possano permettere di proseguire la marcia pure in condizioni avverse, non regolate aprioristicamente, attraverso la distribuzione delle negatività emerse, salvando così il rapporto possibilmente secondo il criterio dell'equo temperamento degli interessi delle parti *ex art. 1371 c.c.*<sup>43</sup>.

Un cambio di approccio che, valorizzando l'analisi di economica del diritto dei contratti, sostituisca alla logica egoistica del negozio statico e blindato, quella dinamica della leale collaborazione, tesa a superare le sopravvenienze di fatto e di diritto che hanno inciso sul bilanciamento delle prestazioni.

Un cambio di approccio che conduca – secondo alcuni – alla elaborazione del nuovo concetto di "giustizia contrattuale", in grado di contrapporsi alla "legalità formale"<sup>44</sup>.

Come è già stato sottolineato, però, il tema della rinegoziazione – e della sua rintracciabilità come valore dell'ordinamento – non finisce con la sua evocazione. Inizia qui, piuttosto<sup>45</sup>. In altri termini: ciò che conta è il risultato, non il tentativo di conseguirlo.

La rinegoziazione non è, insomma, qualificabile come un approdo finale, è piuttosto una tappa intermedia, con la quale la autonomia privata deve confrontarsi con – più verosimilmente – o senza, l'aiuto di

---

<sup>41</sup> A. GEMMA, *op. cit.*, p. 737, *contra*, F. BENATTI *Che ne è oggi del testo del contratto?*, *cit.*, p. 14.

<sup>42</sup> A.A. DOLMETTA, *op. cit.*, par. 5.

<sup>43</sup> A.A. DOLMETTA, *op. cit.*, par. 5.

<sup>44</sup> V. ROPPO, *Giustizia contrattuale e libertà economiche: verso una revisione della teoria del contratto?*, in *Politica del diritto*, 2007, 451 ss. ID., *Contrastare le diseguaglianze nelle relazioni contrattuali. Tra diritto comune dei contratti e diritto dei mercati*, in *Questione giustizia*, 2020, I, 32 ss.; F. MACARIO, *Soppravvenienze e gestione del rischio nell'esecuzione del terzo contratto*, Bologna, 2007, 179 ss.; CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE, UFFICIO DI MASSIMARIO E DEL RUOLO, *op. cit.*, p. 23. *contra* F. BENATTI, *Che ne è oggi del testo del contratto?*, *cit.*, 12, nota 26.

<sup>45</sup> A.A. DOLMETTA, *op. cit.*, par. 3.

specialisti, di estrazione multidisciplinare. Con espressioni ancora più chiare, è stato rimarcato che “il vero problema della tesi della sussistenza di un obbligo di rinegoziazione è il suo fallimento”<sup>46</sup>.

Tuttavia – sempre per continuare a ragionare all’interno della appena abbozzata metafora – occorre dare per scontato che non sempre le manutenzioni “fai da te” possano conseguire lo scopo prefissato. Il tema cruciale diventa pertanto quello della individuazione delle modalità con le quali assorbire l’evento sopravvenuto in tutti quei casi in cui tale risultato non è stato concretamente raggiunto. In un mondo ideale, le parti dovrebbero poter essere in grado di formulare *a priori* in modo molto attento e scrupoloso le clausole negoziali regolanti le sopravvenienze<sup>47</sup>, con l’obiettivo di contribuire – per lo meno – alla emersione di parametri-guida per la loro gestione<sup>48</sup>.

Per lo studioso di diritto commerciale, l’esperienza maturata in materia di redazione dei patti parasociali è indicativa di come in alcuni particolari settori le parti abbiano già dato dimostrazione di grande autonomia, flessibilità e soprattutto capacità nello scegliere non soltanto gli eventi da dotare di rilevanza – caratterizzati dai profili “straordinarietà” ai quali già si è fatto cenno (autentici casi di “sopravvenienze ampliative”); ma soprattutto – per quel che maggiormente interessa – come fronteggiarli.

Come è noto, ci sono regole che definiscono obiettivi e li risolvono e regole che si limitano a definire procedimenti, che dovrebbero, per un verso, scongiurare gli abusi (come, ad esempio, l’intraprendere

---

<sup>46</sup> Si veda ancora F. BENATTI, *op. cit.*, 15 s. e nota 34.

<sup>47</sup> FA. BENATTI, *Contratto e Covid-19*, cit., 200 e 204, sottolinea l’importanza della fase del c.d. *drafting* e le criticità che rendono non agevole il superamento del testo contrattuale anche in presenza di regole generali applicabili, a maggior ragione se sussistono le c.d. *entire agreement clauses*, derivanti dal non definire con la dovuta precisione le pattuizioni rilevanti, soprattutto per la frequente utilizzazione di modelli standard, densi di disposizioni ambigue o troppo generiche forse con l’intenzione di lasciare al momento di un eventuale contenzioso la loro chiarificazione.

<sup>48</sup> La creatività degli operatori ha ormai da qualche tempo delineato nuovi modelli di soluzioni negoziali per considerare – soprattutto attraverso le c.d. clausole MAC – *Material Adverse Changes* – sopravvenienze non prevedibili o comunque non previste. In argomento S. GARCIA LONG, *Un Big MAC per favor. La clausola MAC en fusiones y adquisiciones*, Lima, 2016. In ogni caso potrebbero emergere parametri-guida che potrebbero essere più agevolmente individuati nei singoli casi concreti ogniquale volta il giudice sia in grado di capire a che punto e per quali ragioni il percorso di rinegoziazione si sia interrotto.

trattative maliziose, senza avere, cioè, alcuna seria intenzione di modificare il contratto originario) e, per altro verso, salvaguardare il principio di uguaglianza e quindi anche quello della parità di trattamento di coloro che si trovano sulla stessa linea di partenza.

In questa seconda ipotesi risulta frequente la previsione dell'obbligo di intraprendere delle negoziazioni amichevoli ed a tappe successive, per superare gli stalli decisionali in grado perciò solo di far comprendere - alle parti e se del caso al giudice - a che punto e per quali ragioni il percorso di "rinegoziazione" si sia interrotto.

Anche in questo frangente - è fuori di dubbio - le consuetudini maturate nel campo del commercio internazionale sono state ritenute delle rilevanti fonti di ispirazione, specialmente sul versante dei sempre più diffusi percorsi di "procedimentalizzazione" e del dibattito sviluppatosi sulla loro tenuta e soprattutto della loro *enforceability*.

Ci si intende riferire in prima battuta, ma non solo, alle già richiamate c.d. *Multi-Tiered Dispute Resolution Clauses*<sup>49</sup> che sono sostanzialmente strutturate su momenti distinti, indipendenti gli uni dagli altri e comunque progressivi, che prevedono diversi modi di affrontare il tema del superamento di crisi contrattuali anche momentanee e non necessariamente molto rilevanti. Quelle clausole che possono ricomprendere nel loro complesso lo *stage* o appunto il *tier* della negoziazione, quello della mediazione, quello dell'arbitraggio affidato ad un esperto ed in ultima istanza quello dell'apertura di un procedimento arbitrale, da intendersi non come un momento traumatico, ma come una fase, quasi fisiologica, della evoluzione del rapporto negoziale.

In seconda battuta, meritano anche di essere ricordate sia la c.d. *Market Economically Clause*, quella clausola in base alla quale durante l'esecuzione di un contratto pluriennale di fornitura deve essere sempre assicurata pure al compratore (dunque non solo al venditore, che solitamente si trova nella condizione economicamente più favorevole)

---

<sup>49</sup> In argomento, senza pretese di completezza, D. KAYALI, *Enforceability of Multi-Tiered Dispute Resolution Clauses*, 6 *Journ. Int. Arb.*, 2010, 551 ss., C. OETIKER - C. WALZ, *Non-Compliance with Multi-Tier Dispute Resolution Clauses in Switzerland*, in *ASA Bulletin*, 2017, Vol. 35, fasc. 4, p. 872, G. BORN, *International Commercial Arbitration*, L'Aia, 2014, 278 ss.; M. PRYLES, *Multi-Tiered Dispute Resolution Clauses*, in A. J. VAN DEN BERG (ed.), *International Arbitration and National Courts: The Never Ending Story*, in *ICCA International Arbitration*, L'Aia, 2001, 24 ss.

la possibilità di mantenere nel corso di tutta la relazione negoziale *a sustainable margin*<sup>50</sup>, sia la *Profit-Sharing Clause*, quella clausola che consente anche al venditore di pretendere una revisione del corrispettivo ogniqualvolta ritenga che il compratore stia ottenendo – sempre in applicazione della clausola *Take or Pay* in atto – più vantaggi di quanto non sia equo ritenere<sup>51</sup>.

In terza battuta, merita di essere ricordata la non rara applicazione, a testimonianza della volontà di ricercare percorsi procedurali particolarmente snelli, anche se non privi di rischi (ma proprio tale constatazione rappresenta un effettivo incentivo per tutte le parti a risolvere presto e possibilmente bene tra loro la situazione di *stress* emersa), della prassi arbitrale internazionale nota con l'appellativo di *Baseball Arbitration*.

Quella prassi in virtù della quale – tramite la preventiva e spontanea condivisione di uno specifico accordo compromissorio – ogni parte sottopone preventivamente al Collegio Arbitrale designato una propria proposta di soluzione della disputa ed il Collegio Arbitrale si limita, con rapidità e snellezza di procedura, a scegliere una delle due proposte di superamento dell'*impasse* esecutivo formulata dalle parti, senza possibilità di modificarla in alcun modo. L'alternativa, secca ed altrettanto rapida, di scegliere una delle due proposte di soluzione, senza possibilità di modulazioni di sorta, dovrebbe indurre ciascuna parte a presentare agli Arbitri, senza troppe riserve e tatticismi, una proposta di decisione ragionevole ed equilibrata, posto che se così non si operasse, il rischio di veder accolta la proposta di soluzione della

---

<sup>50</sup> In questo caso l'onere della prova circa la non economicità del rapporto in un certo periodo storico grava sulla parte che intende avvalersi della previsione che permette, non a caso, soltanto al ricorrere di alcune precise condizioni, di rivedere i corrispettivi originariamente concordati. Si rinvia ancora a E. RIMINI, *op. cit.*, p. 130 ss.

<sup>51</sup> Del resto, nei testi contrattuali redatti quasi sempre in lingua inglese, si incontrano espressioni – autentici *standard* – quali *reasonable rate of return* o *reasonable margin* che sono la rappresentazione del fatto che alla base di ogni contratto – specie se riguardante il commercio internazionale – debba essere garantito – come se si trattasse di un principio cardine ed irrinunciabile di una moderna *lex mercatoria* – un equilibrio tra le diverse posizioni negoziali. Nuovamente si rinvia a E. RIMINI, *op. cit.*, 134.

disputa formulata dalla controparte sarebbe elevatissimo, in pratica una certezza vera e propria<sup>52</sup>.

6. *La rinegoziazione: l'indispensabile aiuto di commissioni tecniche composte da professionisti neutrali ed i limiti sul versante della c.d. enforceability.*

Tanto premesso, ed a prescindere dalle a mio avviso preziose indicazioni che si possono trarre dall'esperienza del commercio internazionale, in piena emergenza epidemiologica, è stato efficacemente rimarcato che quando le parti non riescono a "rinegoziare" da sole, quando non riescono a costruire i termini contenutistici di prestazioni di ordine sostitutivo, allora sarebbe non soltanto auspicabile, ma addirittura indispensabile il ricorso a "commissioni tecniche di arbitralori", che utilizzino criteri correttivi di carattere neutrale (come – in quel contesto si suggerisce – le indagini mensili dell'Istat circa settori economici e categorie di impresa).

Collegi di "arbitralori" – è stato sottolineato – e non di arbitri, ossia non di giudici privati, ma di soggetti esperti e competenti nelle vicende dell'economia e della finanza, i quali con determinazione inappellabile e definitiva, ricostruiscono il contenuto del rapporto<sup>53</sup>.

Si tratterebbe – in altri termini – di prevedere appositi organismi, specifiche strutture che forniscono non l'assistenza tipica del mediatore, ma aiuti di matrice decisoria suffragati dalla elevata professionalità e comprovata esperienza dei soggetti coinvolti in modo neutrale. Organismi e strutture che potrebbero agevolare l'emersione e la successiva raccolta di *best practices*, in taluni casi autentici protocolli

---

<sup>52</sup> Sul punto ancora E. RIMINI, *op. cit.*, 135 s. Si segnala che esiste una variante al predetto sistema alternativo di risoluzione di controversie noto con l'espressione di c.d. *Night Baseball Arbitration* che si oppone alla versione poc'anzi descritta, invece, nota con l'espressione di *Day Baseball Arbitration*, nel primo caso il Collegio Arbitrale non conosce le proposte offerte dalle parti in busta chiusa, ma lavora "in the dark" al fine di individuare la soluzione ritenuta più congrua per una ipotetica definizione dell'*impasse* e successivamente procede a verificare quale delle due parti abbia proposto la soluzione più vicina a quella ipotizzata, scegliendola come definitiva.

<sup>53</sup> Si veda N. SALDUTTI, *Intervista a Natalino Irti. L'emergenza e il diritto. Cosa cambia nei contratti. Il rischio dell'incertezza normativa, i contenziosi e le rinegoziazioni*, in *Corriere della Sera*, 29 maggio 2020, 41.

comportamentali in grado di essere sartorialmente adattati nelle diverse circostanze.

È sin troppo evidente che il percorso appena abbozzato si rivela sicuramente intonato ai principi di natura costituzionale, rinforzati a livello comunitario, della rilevanza sociale delle imprese e dell'interesse generale alla loro sopravvivenza, seppur con modalità e forme rivisitate, se necessario.

È altresì evidente che l'adozione di simili soluzioni non può che avere una matrice genetica di stampo volontaristico, ed esse potrebbero certamente contribuire a far diventare, attraverso incentivi e disincentivi, il comportamento più "conveniente", anche quello più "giusto", posto che quand'anche venisse ritenuto costantemente invocabile – sulla base delle tracce, di mere tracce, di indirizzi di fondo si tratta, alla prova soprattutto della giurisprudenza attuale<sup>54</sup>, rinvenibili dal sistema – un obbligo di rinegoziazione, della sua *enforceability* occorrerebbe poi discutere<sup>55</sup>.

E cioè ci si dovrebbe chiedere se in caso di assenza di un percorso di rinegoziazione o del suo fallimento, il giudice – in ultima istanza – possa ritenersi investito della facoltà di intervenire sul contratto e sul suo contenuto<sup>56</sup>.

Una *enforceability* che soltanto in casi molto sporadici – pure qualora si dovesse ritenere di trovarsi al cospetto non di un solo dovere di rinegoziazione<sup>57</sup>, ma addirittura di un obbligo a stipulare una modifica del contratto – potrebbe convincere il giudice, oltre a risarcire il danno da riferire al probabile esito della trattativa e quindi all'interesse contrattuale c.d. positivo<sup>58</sup>, a pronunciare una sentenza

---

<sup>54</sup> Si veda CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE, UFFICIO DI MASSIMARIO E DEL RUOLO, *op. cit.*, p. 22, che richiama Cass., 20 aprile 1994, n. 3775 e Cass., 24 settembre 1999, n. 10511.

<sup>55</sup> Per una recente ricognizione delle posizioni assunte all'interno di un dibattito ancora molto vivace, R. FORNASARI, *op. cit.*, p. 1681 ss.

<sup>56</sup> V. ROPPO, *Il contratto*, cit., 969 e F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione*, cit., 322

<sup>57</sup> La cui consapevole violazione comporterebbe una responsabilità per danni limitati all'interesse negativo: A. GENTILI, *La replica delle stipule: riproduzione, rinnovazione, rinegoziazione del contratto*, in *Contr. Impr.*, 2003, II, 719 ss.; G. SICCHIERO, *La rinegoziazione*, in *Contr. Impr.*, 2002, II, 814; A. CINQUE, *op. cit.*, 1713.

<sup>58</sup> In tal senso F. MACARIO, *op. cit.*, 403.

costitutiva degli effetti del contratto rinegoziato<sup>59</sup> o a pronunciare – come è stato recentemente prospettato – un provvedimento *ex art.* 614 bis c.p.c.<sup>60</sup>.

Si tratterebbe – in estrema sintesi – di una estrema *ratio*, neppure agevolmente invocabile, che dovrebbe spingere le parti ad effettuare una valutazione anticipata del fenomeno – quanto meno sotto il profilo delle condotte da assumere – e a prevedere clausole di manutenzione dettagliate e precise, proprio per evitare l'intervento del giudice<sup>61</sup>, che sarebbe poi sempre in grado di esprimersi in termini di condanne risarcitorie.

Proprio a questo proposito, merita di essere rammentata la recente riflessione e contestuale proposta per la migliore tutela dei soggetti pregiudicati dagli effetti della pandemia elaborata dall'Associazione dei Civilisti Italiani. In tale contesto<sup>62</sup> e nel codice argentino, per

---

<sup>59</sup> V. ROPPO, *Il contratto*, cit., 1047; R. SACCO, *I rimedi per le sopravvenienze*, cit., 1711; F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione*, cit., 424. Un approdo francamente difficile da raggiungere poiché l'obbligo di rinegoziare è qualcosa di ben diverso da quello di concludere un contratto già predeterminato nel suo oggetto: così F. BENATTI, *Che ne è oggi del testo del contratto?*, cit., p. 15 ss. e nota 34.

<sup>60</sup> A GEMMA, *op. cit.*, 747 ss.

<sup>61</sup> Il quale avrebbe il potere di entrare nel sinallagma del rapporto negoziale: in termini generali è singolare che recentissimamente la stampa quotidiana abbia dato conto di una ricerca empirica di carattere statistico dalla quale è emerso che in Italia il crollo nella fiducia nei magistrati è passata dal 68% al 39%: cfr. N. PAGNONCELLI, *“Il crollo della fiducia nei magistrati. In 11 anni è passata dal 68% al 39%”*, in *Corriere della Sera*, 13 maggio 2021, 14. Ancora va rammentato che nella prassi soprattutto dei contratti del commercio internazionale se, da un lato, vengono inseriti parametri di riferimento flessibili per la possibile rinegoziazione in modo da offrire indicazioni dotate di una certa discrezionalità, dall'altro lato, i contraenti non prevedono possibilità di modifica da parte del giudice, proprio per una naturale diffidenza nelle sue capacità di correggere l'accordo: sul punto si rinvia a FA. BENATTI, *Contratto e Covid-19*, cit., 204.

<sup>62</sup> Occasionato dall'art. 1 lett i) del d.d.l. delega n. 1151 del 2019, si vedano in proposito F. GAMBINO, *Il rinegoziare delle parti e il potere del giudice*, in *Ius Civile*, 2019, p. 397 ss.; P. SIRENA, *Eccessiva onerosità sopravvenuta e rinegoziazione del contratto: verso una riforma del codice civile*, in *Jus.*, 2020, 205 ss., L'Associazione dei Civilisti Italiani – dopo aver constatato che negli ultimi vent'anni il tema della rinegoziazione e quello contiguo e più problematico dell'obbligo di rinegoziazione è stato affrontato da numerosi studiosi in vario modo e con diverse, e talora antitetiche, conclusioni – ha, infatti, insistito, facendo leva sulle recenti esperienze di codificazione delle sopravvenienze nel codice francese. Sul tema si veda FA. BENATTI, *L'imprévision nel code civil riformato*, in *Giur. It.*, 2018, II, 1302 ss., che

l’inserimento all’interno della prevista riforma del codice civile, di un nuovo art. 1468 bis, che consenta alla parte pregiudicata dalle sopravvenienze di chiedere la rinegoziazione secondo buona fede delle condizioni contrattuali<sup>63</sup>.

Ma anche in questa occasione si è correttamente dubitato delle opportunità di affidare in ultima istanza al giudice, il potere di determinare le nuove condizioni contrattuali. E ciò sia per l’eccessiva compressione che avrebbero subito i principi dell’autonomia privata e della libertà – costituzionalmente garantita – di iniziativa economica, sia per le perplessità manifestate soprattutto dalle dottrine di indirizzo gius-economico, a proposito della idoneità del giudice a fare il contratto<sup>64</sup>. Il contratto è un’operazione tra due parti contrapposte che si rifanno – sempre che non ricorrano casi di scorrettezza o frode – alla prassi degli affari che concludono e sarebbe difficile immaginare che il giudice possa sempre conoscere i bisogni, le aspettative, le prospettive ed i programmi di ciascuno<sup>65</sup>.

L’attribuzione di un simile potere di intervento proattivo al giudice di fronte a sopravvenienze tipiche e/o atipiche (ovvero l’affidamento a quest’ultimo del governo della rimodulazione attraverso interventi eteronomi di integrazione del contratto divenuto iniquo) neppure per il tramite della teorizzazione in chiave di risoluzione del conflitto della equità giudiziale *ex art. 1374 c.c.* – eleverebbe, in uno scenario di sicuramente nobili intenzioni, a strumento rimediale generale, un rimedio residuale e di incerta applicazione<sup>66</sup>.

---

rammenta a p. 1304 anche il contenuto dell’art. 1271 del codice civile rumeno del 2011, precedente alla novella transalpina del 2016.

<sup>63</sup> Si veda anche F. MACARIO, *Dalla risoluzione all’adeguamento del contratto. Appunti sul prospetto di riforma del codice civile in tema di sopravvenienze*, in *Foro.it*, 2020, 3, V, 102.

<sup>64</sup> Sul tema A. CINQUE, *op. cit.*, p. 1714 ss., note 89 e 90.

<sup>65</sup> In tal senso anche FA. BENATTI, *Contratto e Covid-19*, cit., 209.

<sup>66</sup> Tanto più che se potesse essere immaginato un vero e proprio obbligo a concludere un contratto modificativo il cui contenuto venga rimesso puramente e semplicemente ad una successiva determinazione da parte del giudice, una simile pattuizione dovrebbe comunque ritenersi nulla per indeterminabilità del suo oggetto: così P. RESCIGNO, *L’adeguamento del contratto nel diritto italiano*, p. 305 e M. P. PIGNALOSA, *Clausola di rinegoziazione e gestione delle sopravvenienze*, in *Nuova giur. comm.*, 2015, II, 422.

Non appare dunque esserci spazio per un *endorsement* in bianco al giudice che dovrebbe effettuare solo valutazioni “di conformità” e non potrebbe superare il precetto di cui all’art. 1372 c.c. secondo cui il contratto non solo ha forza di legge tra le parti, ma soprattutto può essere sciolto soltanto per mutuo consenso o per la ricorrenza di cause ammesse dalla legge.

Inoltre, ragionando in quest’ottica, non si potrebbero escludere rischiose derive verso l’imboccatura di soluzioni pretorie imprevedibili, con incrinatura del principio di non retrattabilità su impulso unilaterale, del consenso validamente prestato. In altre parole, il giudice potrebbe inserirsi nella relazione negoziale unicamente quando dal contratto risultino indici “certi” per una soluzione “sicura”<sup>67</sup>.

Al riguardo è stato, infatti, correttamente notato che neppure la pandemia è in grado di legittimare una “giustizia emergenziale del contratto”. I rapporti rilevanti, come si è già ricordato, sono pur sempre rapporti tra imprenditori e l’equilibrio rinnovato, se le parti non riescono da sole, va ritrovato con l’aiuto di competenze e *skills* multidisciplinari.

Anche in presenza di mercati sfigurati dal Covid non ci dovrebbero essere contraenti immuni<sup>68</sup>.

---

<sup>67</sup> Testualmente, F. BENATTI, *Che ne è oggi del testo del contratto?*, cit., 16. Il criterio del mercato rappresenterebbe, in definitiva, un’altra alterazione del rapporto, analoga alla sopravvenienza. Di conseguenza – ad avviso di A. CINQUE, *op. cit.*, p. 1718 – si arriverebbe al risultato di sostituire “un male con un altro male”. Del resto, N. IRTI, *L’ordine giuridico del mercato*, Bari, 1998, 71, ha ben chiarito che il diritto non prescrive, né controlla gli scopi dei singoli atti negoziali, ma nel regolarne forma e modalità, tutela la libertà e la consapevolezza della decisione ed ha anche avuto occasione di aggiungere – ID., *Per una concezione normativa dell’autonomia privata*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2018, 563 ss. – che il contenuto del contratto non può definirsi né giusto, né ingiusto, nella misura in cui siano state rispettate le regole che presiedono alla sua formazione.

<sup>68</sup> Da ultimo – e per completezza – va osservato che gli ostacoli appena menzionati non sono considerati insuperabili da coloro che attribuiscono alla rinegoziazione la portata di un obbligo legale discendente dalla natura imperativa della buona fede che imporrebbe nei rapporti di durata la manutenzione del vincolo contrattuale mediante quelle modificazioni del regolamento negoziale idonee a contrastare gli effetti negativi delle circostanze sopravvenute che abbiano i già rimarcati caratteri della straordinarietà e della imprevedibilità. Secondo questa corrente di pensiero (G. SICCHIERO, *op. cit.*, 777 ss.; CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE, UFFICIO DI MASSIMARIO E DEL RUOLO, *op. cit.*, p. 17) sarebbe infatti rintracciabile nel sistema

---

l'esigenza di valutare le congruità dei fatti sopravvenuti rispetto all'equilibrio economico del contratto e dunque di riconsiderare le conseguenti ripartizioni dei rischi e dei costi.

## La causa concreta del contratto ed emergenza sanitaria da Covid

**SOMMARIO\***: 1. Prospettive dell'indagine. – 2. La nozione di «causa concreta» nell'elaborazione giurisprudenziale. – 3. (*Segue*): le più recenti, e «dilatate», applicazioni. – 4. (*Segue*) Causa concreta e motivi: la tracciatura dei confini. – 5. Inservibilità del concetto di causa concreta per risolvere i problemi causati dalla pandemia. – 6. (*Segue*): il punto della rinegoziazione problemi connessi alla strada della rinegoziazione; l'esigenza di «modelli normativi apposti e nuovi».

### 1. *Prospettive dell'indagine*

1.1. Nella prospettiva dell'emergenza sanitaria, sono stato chiamato ad affrontare il tema della causa concreta.

Lo faccio naturalmente seguendo l'approccio nomofilattico.

L'interrogativo che ne sottende l'interesse è se sia immaginabile, nel diritto vivente, un ulteriore allargamento di un perimetro concettuale già estremamente variegato, quale per l'appunto quello della causa concreta, in modo tale da farne un presidio per le distorsioni connesse alla pandemia.

Chiaramente nel breve spazio di tempo concesso non è possibile scandagliare la questione in modo esaustivo.

Mi limiterò quindi alle linee essenziali, col solo obiettivo di volgere l'analisi sui profili operativi e di metterne in luce le non secondarie criticità.

1.2. Innanzi tutto un'avvertenza. L'espansione del piano applicativo della distinzione – tra la causa oggettiva (o astratta) e la causa concreta – si traduce, nel diritto dei contratti ma anche oltre il diritto dei contratti (come vedremo), nella mancanza di parametri sicuri e facilmente apprezzabili *ex ante* da confrontare con altri concetti, collaterali e confondibili, come per esempio quello dei motivi del contrarre, e quindi

---

\* Lo scritto riproduce il testo della relazione tenuta al Convegno di studi organizzato dalla Scuola Superiore della Magistratura il 22 e 23 febbraio 2021 su «Il diritto dei contratti e l'emergenza sanitaria».

in ultima analisi in uno stato di perenne incertezza sulle sorti del contratto.

Questa condizione di estrema fragilità si rinviene anche nelle poliformi posizioni espresse al riguardo dalla Corte di cassazione.

Dopodiché, se invece si volge lo sguardo al tema nell’ottica dei rimedi al fattore pandemico, secondo la logica c.d. multilivello che da varie parti oggi appare sommariamente perseguita, ci si accorge che la logica sottesa non è compatibile con la premessa ideologico-dogmatica dalla quale è nato il concetto di causa in concreto: una logica che, esattamente al contrario, è dettata dalla preservazione assoluta dell’autonomia privata, refrattaria a ogni forma di condizionamento finanche in termini di utilità pubblica o collettiva.

Di questo si coglie subito il senso se si pone mente alle ragioni (e all’andamento) dell’evoluzione giurisprudenziale relativa al concetto. Evoluzione sul fondamento della quale pur vanno mantenute, almeno per quanto mi riguarda, forti riserve.

## *2. La nozione di «causa concreta» nell’elaborazione giurisprudenziale.*

2.1. Anche nella giurisprudenza il concetto di causa concreta ha risentito (e risente) della premessa ideologica che ne ha contraddistinto la genesi dottrinale.

Essa consiste nel ritenere la visione della causa oggettiva (cioè della causa come funzione economico-sociale del contratto) troppo vicina all’ideologia del sistema politico illiberale e autoritario che diede corso al codice del ‘42, lontana cioè dall’assetto democratico dell’ordinamento costituzionale del ‘48.

Questa premessa è il fondamento logico, per la verità, di tutte le dottrine che, sia pure con incisività e sfumature diverse, hanno nel tempo ritenuto di poter vedere nella concezione oggettiva della causa un modo per sottrarre il negozio e i suoi effetti alla libera signoria delle parti, e di sottoporlo – come era stato detto con terminologia enfatica – «a un dominio esclusivo dell’ordinamento».

Una premessa del genere, se misurata con le esigenze di una costruzione concettuale rigorosa, è però eccessiva, e da più parti oggi sembra considerata tale.

È il frutto – cioè – della sopravvalutazione del dato storico, integrato dall’essere le norme del codice vigente (e i paragrafi della relazione che

lo accompagnano) inquadrabili (per genesi) all'interno dell'ordinamento corporativo fascista, a fronte di una concezione del vivere sociale non più improntata – invece – alla supremazia assoluta dello Stato.

2.2. Questo aspetto è di una certa importanza perché induce a una riflessione sulla giurisprudenza dal punto di vista logico-sistematico.

Se è vero che il fondamento razionale della teoria della causa concreta è stato individuato nel fatto che nell'Italia dell'epoca coeva al codice civile la libertà dell'individuo era intesa non come innata, ma come in certa misura attribuita dallo Stato e regolata dallo Stato, in tutte le forme di espressione, in conformazione dei fini pubblici dettati in ogni campo della vita associata – cosa che non poteva che influenzare anche l'atteggiamento del pubblico potere verso l'autonomia privata, oltre che verso il concetto di utilità sociale al cui raggiungimento mirava il concetto oggettivo di causa; e se è vero che in tal guisa la nozione di causa oggettiva (funzione economico-sociale) finiva nel pensiero di molti per essere connotata negativamente, come cioè un limite all'autonomia privata, uno strumento di costante e inaccettabile controllo dei traffici economici; se tutto questo è vero, non è men vero, però, che siffatta posizione per lungo tempo non ha trovato in Cassazione terreno di conferma: nel senso che per anni (circa sessant'anni) la giurisprudenza di legittimità è rimasta legata alla formazione classica del diritto civile e ha mantenuto fermo il concetto di causa in senso oggettivo, salve alcune minime aperture a distinti schemi decisionali occasionati da specifiche casistiche – e ben vero con argomenti (a volte) poco solidi.

Si consideri per es. Cass. n. 20398 del 2005 che ritenne nullo, per mancanza della causa in concreto, un contratto stipulato al solo fine di eludere le norme fiscali, sul rilievo che esso non apportasse alcun altro vantaggio ai suoi contraenti. Affermazione – quella della nullità – viceversa in tal caso assolutamente ingiustificata, poiché è ovvio che un simile contratto non è nullo ma, semplicemente, inopponibile all'amministrazione finanziaria in virtù del potere della stessa di riquificarlo secondo il principio c.d. antiabuso. Cosa oggi finanche legislativamente stabilita dall'art. 10-bis dello Statuto dei diritti del contribuente, con una regola – peraltro confermativa di un orientamento già stabile della Corte Suprema (*ex aliis* Cass., Sez. Un., nn. 30055,

30056 e 30057 del 2008) – che niente ha da spartire con l’invalidità del contratto: «Configurano abuso del diritto una o più operazioni prive di sostanza economica che, pur nel rispetto formale delle norme fiscali, realizzano essenzialmente vantaggi fiscali indebiti. Tali operazioni non sono opponibili all’amministrazione finanziaria, che ne disconosce i vantaggi determinando i tributi sulla base delle norme e dei principi elusi e tenuto conto di quanto versato dal contribuente per effetto di dette operazioni».

3. (Segue): *le più recenti, e «dilatate» applicazioni.*

Dicevo che per circa sessant’anni dopo l’avvento dell’ordinamento costituzionale la “causa concreta” non ha trovato grande seguito in Cassazione.

Il riferimento a un simile concetto come elemento essenziale del contratto, “sintesi [ si è detto più volte ] degli interessi reali delle parti che la pattuizione mira a soddisfare”, e cioè come lo scopo pratico del negozio, e quindi come funzione economico-individuale della singola e specifica stipulazione da cogliersi al di là del modello astratto utilizzato, appare credo per la prima volta in Cassazione nel 2006 (con la sentenza n. 10490 del 2006), e poi da lì risulta perpetuata in istanze analoghe, a proposito del contratto di viaggio “tutto compreso” e della irrealizzabilità della sua funzione concreta.

In quell’occasione venne fatto di affermare che la causa concreta del contratto di viaggio tutto compreso è la finalità turistica che anima il contraente-consumatore.

Dopodiché il panorama delle applicazioni si è progressivamente dilatato, anche se per lo più in funzione demolitoria (o ablatoria) degli effetti del contratto del quale non fosse più da apprezzare – per l’appunto – la “causa concreta”.

Possono esser fatti alcuni esempi di cotale tendenza.

Per affermare, così, la risolubilità di un contratto di soggiorno alberghiero dovuto alla morte, il giorno prima dell’inizio della sua esecuzione, di uno dei coniugi che lo aveva stipulato. In sostanza in casi in cui la questione verteva sulle conseguenze (nel contratto) della sopravvenuta inutilizzabilità della prestazione per ragioni oggettive e sul connesso legame tra questa nozione e quella di causa.

Eguale il concetto è stato richiamato per i casi del contratto ritenuto non conforme a norme o a principi imperativi: per esempio in relazione alla locazione di fondi da utilizzare in spregio dei vincoli di destinazione.

In eguale versante applicativo, e in periodo molto più recente, la valutazione della causa come parametro di meritevolezza degli interessi sottostanti è stata utilizzata per la rivisitazione degli orientamenti in tema di validità di alcune tipologie negoziali nate dalla prassi.

Notissima è in tale ultimo senso la vicenda del c.d. preliminare di preliminare, ossia dell'accordo in virtù del quale le parti si obbligano a concludere un contratto che preveda anche solamente effetti obbligatori (e con l'esclusione dell'esecuzione in forma specifica in caso di inadempimento). Accordo che è stato ritenuto valido ed efficace, e dunque non privo di causa, ove sia configurabile un interesse delle parti meritevole di tutela «ad una formazione progressiva del contratto, fondata su una differenziazione dei contenuti negoziali», e ove sia identificabile «la più ristretta area del regolamento di interessi coperta dal vincolo negoziale originato dal primo preliminare» (Cass., Sez. Un., n. 4628 del 2015).

Meno nota, ma certamente non meno importante per i riflessi pratici che ne sono conseguiti, è la vicenda del mutuo fondiario stipulato in misura eccedente il limite di finanziabilità. Cass. n. 17352 del 2017 (e poi le successive) ha deciso di revisionare l'orientamento fin lì esistente e di affermare che, in tema di mutuo fondiario, il limite di finanziabilità *ex art. 38, comma 2, del d.lgs. n. 385 del 1993 (c.d. T.u.b.)* è elemento essenziale del contenuto del contratto (perché ne identifica le caratteristiche genetiche di “fondiarietà”, e quindi la causa), sicché il suo mancato rispetto determina la nullità del contratto stesso (con possibilità, tuttavia, di conversione in ordinario finanziamento ipotecario ove ne sussistano i relativi presupposti), e costituisce un limite inderogabile all'autonomia privata in ragione della natura pubblica dell'interesse tutelato, volto a regolare il *quantum* della prestazione creditizia al fine di favorire la mobilitazione della proprietà immobiliare e agevolare e sostenere l'attività di impresa.

L'ampia gamma di riferimenti ha però anche travalicato i confini del concetto, al punto da lasciare traccia in funzione di ben diverse necessità: come quelle legate al perseguimento di obiettivi specifici non di contratti ma di procedimenti, e in particolare dei procedimenti

soggetti a controllo giudiziale (come le procedure concordatarie o gli accordi di ristrutturazione).

Si consideri per es. Cass. Sez. Un. n. 1521 del 2013 in tema di concordato preventivo, laddove si è detto che il giudice ha il dovere di esercitare il controllo di legittimità sul giudizio di fattibilità della proposta di concordato, non restando questo escluso dall'attestazione del professionista, mentre rimane riservata ai creditori la valutazione in ordine al merito del detto giudizio, che ha ad oggetto la probabilità di successo economico del piano ed i rischi inerenti. Ebbene è stato argomentato che il menzionato controllo di legittimità si realizza facendo applicazione di un unico e medesimo parametro nelle diverse fasi di ammissibilità, revoca ed omologazione in cui si articola la procedura di concordato preventivo, e «si attua verificandosi l'effettiva realizzabilità della causa concreta»: quest'ultima, peraltro, da intendersi non come riferita alla negoziazione sottostante, ma «come obiettivo specifico perseguito dal procedimento», come tale priva di contenuto fisso e predeterminabile, essendo dipendente dal tipo di proposta formulata, pur se inserita nel generale quadro di riferimento finalizzato al superamento della situazione di crisi dell'imprenditore, da un lato, e all'assicurazione di un soddisfacimento, sia pur ipoteticamente modesto e parziale, dei creditori, da un altro.

Infine una altrettanto ampia digressione sul concetto di causa concreta è stata postulata nel settore del diritto dei mercati finanziari, rispetto a operazioni di rilevante complessità per le quali il concetto sembra esser stato impiegato – questa volta – per sottolineare l'atipicità degli interessi regolati. Per es. per l' IRS ("Interest rate swap") – che è un contratto derivato, le cui caratteristiche sono di essere "over the counter", vale a dire con contenuto fondamentale (a) non eteroregolamentato, ma deciso dalle parti sulla base delle specifiche esigenze dell'interessato; (b) non standardizzato e, quindi, non destinato alla circolazione, essendo privo del requisito della c.d. negoziabilità; (c) stipulato mediante intermediari in una situazione di naturale conflitto di interessi, per la somma delle qualità di offerente e consulente, e di controparte del proprio cliente. Per codesto contratto di IRS-OTC Cass. Sez. Un. n. 8770 del 2020 ha dettato il principio che la causa concreta, per la cui individuazione non rileva la funzione di speculazione o di copertura in concreto perseguita dalle parti, non coincide con quella della scommessa, ma consiste in generale «nella negoziazione e

monetizzazione di un rischio finanziario, che si forma nel relativo mercato e che può appartenere o meno alle parti», atteso che tale contratto, frutto di una tradizione giuridica diversa da quella italiana, concerne dei differenziali calcolati su flussi di denaro destinati a formarsi durante un lasso temporale più o meno lungo ed è espressione di una logica probabilistica, non avendo ad oggetto un'entità specificamente ed esattamente determinata.

#### 4. *Causa concreta e motivi. La tracciatura dei confini.*

4.1.- Da queste brevi indicazioni è legittimo trarre un primo esito: e cioè che la nozione di causa in concreto, se ancora oggi resta per lo più identificata con la funzione del regolamento pattizio rispetto agli interessi perseguiti dalle parti – da quelle parti di quella specifica negoziazione –, è nel tempo anche divenuta, in tal senso, un medio logico-interpretativo capace di aprire la via a valutazioni non molto distanti, infine, dall'indagine sui motivi del contrarre; indagine che però è usualmente preclusa salvi i casi del motivo illecito, determinante e comune alle parti.

E questo è un fatto.

Tanto è vero che le più recenti acquisizioni manifestano (non infondatamente) il dubbio, che traspare anche alla lettura delle motivazioni più consapevoli e accorte, circa l'effettiva attualità di un siffatto modo di intendere la causa del contratto all'interno del quadro costituzionale mutato, che considera libera l'iniziativa economica avvertendo, però, anche, che essa non può obliarsi in spregio dell'art. 41 Cost.: l'iniziativa in vero è libera, ma non può svolgersi in contrasto con «l'utilità sociale».

Ciò in definitiva ripropone il tema del limite di ogni atto umano (compreso quindi quello negoziale), pur libero e tutelato come espressione della personalità dell'individuo: limite costituito dalla pacifica e armonica convivenza, da intendersi come fine che l'ordinamento persegue o dovrebbe perseguire.

Alla luce di una corretta interpretazione del principio costituzionale di libertà economica non può più apparire – allora – illiberale o arbitrario, o abusivo, un certo qual controllo sulla libera contrattazione, ove questa si ponga in antitesi, diretta o indiretta, coi parametri al fondo dei principi costituzionali.

La stessa istanza solidaristica di cui all'art. 2 Cost., prevedendo un limite all'esercizio della libertà economica al fine di tutelare l'interesse generale, impone il rispetto dei doveri fondamentali e inderogabili in materia economica, e conferma anche sul piano dei principi fondamentali, ove mai ce ne fosse stato bisogno, che è necessario evitare ogni forma di esasperato individualismo nel settore dei traffici commerciali.

Il che dimostra che una limitazione del diritto soggettivo e dell'autonomia dei privati può essere intesa come un utile strumento di sviluppo della società e fonte di armonia tra i soggetti che la compongono, senza per forza doverla concepire o intendere come un qualcosa di negativamente connotato.

4.2.- La suddetta constatazione in parte contrasta la matrice culturale dalla quale è sorto il modello della causa concreta, perché determina che l'intento empirico delle parti di un contratto può (e forse deve) restare cosa diversa, nella sua ontologica struttura soggettiva, dallo scopo pratico del negozio, il quale va inteso proprio come ragione economico-giuridica e sociale per la quale la legge lo tutela e lo riconosce rilevante per l'ordinamento, capace di svolgere quella funzione oggettiva e materiale che, per ogni contratto tipico, il sistema positivo ha puntualmente individuato.

Insomma, se è vero che, nella generalità dei casi, l'intento pratico è comprensivo anche della causa, è altrettanto vero che nemmeno questo legittima a confondere l'elemento soggettivo con quello oggettivo del contratto, altrimenti la ricostruzione esegetica non identificherebbe la "causa", seppur "concreta", "del negozio", ma "la causa" della "specifica concreta condotta negoziale posta in essere dagli autori dell'atto", finendo per sussumere – come esattamente è stato rilevato – quella in questa.

La medesima constatazione dimostra pure che quando la Cassazione, mutuando la dottrina, dice che la causa va intesa come «sintesi degli interessi reali delle parti» rischia di cadere in una esorbitante contraddizione, che si annida nell'atto di sopravvalutazione dei motivi che hanno spinto le parti a contrarre.

Che è poi quel che è accaduto per la "finalità turistica" dei contratti di viaggio tutto compreso: intesa come lo scopo pratico di godere di un viaggio e di un periodo di *relax* e riposo, essa è divenuta la causa

concreta di tale tipico schema contrattuale al posto della causa (egualmente tipica) di scambio tra le prestazioni (il pacchetto tutto compreso da un lato, il pagamento del prezzo forfettario dall'altro), e al posto della naturale relegazione della finalità turistica nell'alveo dei motivi soggettivi che hanno spinto la parte ad acquistare il viaggio.

4.3. In conclusione, la logica del mercato impone di dire che alla base della condotta negoziale vi sono sempre degli interessi.

Gli interessi informano di sé l'intento delle parti, così come che vi sono motivi e aspirazioni che concorrono a determinarne le volontà.

Ma ciò non toglie che la causa, come elemento materiale della realizzata stipulazione, debba rimanere in certo qual modo distinta da questo composito elemento soggettivo.

Se così non fosse, la causa finirebbe per coincidere coi motivi della concreta volizione, rendendo del tutto vana, e relativa, una realtà come quella contrattuale, che invece conserva il suo valore solo se dotata della massima stabilità e certezza strutturale.

## *5. Inservibilità della causa concreta per risolvere i problemi causati dalla pandemia.*

### *5.1. Veniamo alla pandemia.*

La pandemia da COVID-19 ha, come è ben noto, originato una fitta trama normativa col fine di gestire e regolare prima l'emergenza sanitaria e poi anche quella economica, conseguente alle limitazioni imposte per effetto del c.d. lockdown.

Il discorso che interessa attiene qui alla sorte dei rapporti contrattuali per i quali, nonostante il possibile impatto delle misure di contenimento sull'assetto degli interessi e/o sulla esecuzione delle afferenti prestazioni, non sono state adottati provvedimenti appropriati. Ipotesi per le quali andrebbe visto se e fino a che punto è possibile, in base alle regole e ai principi già presenti nel sistema, intervenire sulla disciplina dei rapporti pendenti.

5.2. Dico subito che ragionare in termini di causa mal si presta, a mio avviso, allo scopo, perché lo scopo non è, in questo caso, quello demolitorio, ma semmai quello rielaborativo delle obbligazioni discendenti dal contratto, secondo la logica della rinegoziazione.

L'apparato rimediabile predisposto dal codice civile e modellato (in certa qual misura) sulla disciplina causale si concentra su rimedi di tipo essenzialmente ablativo, ossia tesi a produrre la caducazione del vincolo contrattuale, con liberazione delle parti dalle prestazioni non eseguite e con obbligo di restituzione di quelle già effettuate.

Mentre invece nella specifica situazione generata dalla pandemia questa tipologia di rimedi è inadeguata nella più gran parte delle evenienze, giacché di frequente l'interesse delle parti è nel senso esattamente opposto, del mantenimento cioè del rapporto soprattutto in relazione ai contratti di durata, perché la temporanea impossibilità della prestazione non comporta necessariamente il venir meno né dell'interesse alla continuità del rapporto medesimo, né dell'interesse a ricevere le prestazioni future. Cosa che peraltro generalmente può esser rinvenuta anche negli altri contratti (quelli cioè non di durata), se non altro per evitare di obblighi restitutori che inevitabilmente conseguirebbero alla risoluzione.

Le prospettive favorevoli alla rinegoziazione dei contratti non sono tuttavia correlabili al concetto di causa.

Lo sono (forse) se si ragiona nell'ottica delle fonti di integrazione (la buona fede *in primis*). Ma anche qui a patto di accettare un certo qual stridore col concetto di autonomia privata, implementato e garantito proprio dalla predisposizione della causa concreta, per la massima rilevanza che in tal guisa risulta viceversa attribuita alla conservazione dell'assetto degli interessi staggiati al momento della stipulazione.

Tanto per fare un esempio, nei contratti di mutuo, allorché il tasso degli interessi concordato tra mutuante e mutuatario superi, nel corso dello svolgimento del rapporto, la soglia dell'usura come determinata in base alle disposizioni della legge n. 108 del 1996, le Sezioni unite della Suprema Corte hanno affermato che non si verifica la nullità o l'inefficacia della clausola contrattuale di determinazione del tasso degli interessi stipulata anteriormente all'entrata in vigore della predetta legge (o della clausola stipulata successivamente per un tasso non eccedente tale soglia quale risultante al momento della stipulazione), e che la pretesa del mutuante, di riscuotere gli interessi secondo il tasso validamente concordato, non può mai essere qualificata, per il solo fatto del sopraggiunto superamento di detta soglia, contraria al dovere di buona fede nell'esecuzione del contratto (v. Cass., Sez. Un., n. 24675 del 2017).

E questo per l'esplicita ragione che in presenza di particolari modalità o circostanze, per quanto la pretesa di interessi divenuti superiori al tasso soglia in epoca successiva alla loro pattuizione sia da dire scorretta ai sensi dell'art. 1375 cod. civ., «va escluso che sia da qualificare scorretta la pretesa in sé di quegli interessi, corrispondente a un diritto validamente riconosciuto dal contratto» (così appunto, in motivazione, Cass., Sez. Un., n. 24675-17 cit.).

6. (Segue): *il punto della rinegoziazione; l'esigenza di «modelli normativi apposti e nuovi».*

6.1.- Certamente non può negarsi che, seppure nel panorama giurisprudenziale costì emergente, per la rimodulazione delle obbligazioni nascenti dal contratto si siano espresse autorevoli fonti internazionali: per esempio, l'*European Law Institute*, che ha stilato anche alcuni principi di riferimento auspicandone l'attuazione da parte degli Stati, quale – tra gli altri – il principio n. 13, in cui si sottolinea l'importanza di assicurare l'effettività delle normative esistenti in tema di impossibilità e forza maggiore, la necessità di valutare l'allocatione dei rischi secondo la buona fede, l'opportunità, quando le prestazioni sono divenute impossibili o eccessivamente onerose, di veicolare le parti verso forme di rinegoziazione, anche se non previste dal contratto e così via.

Va però anche realisticamente osservato che tutta la citata tendenza verso la rimodulazione, sebbene guardando agli obiettivi, niente dice in ordine alle modalità di realizzazione; niente dice, cioè, sul come raggiungere i riconosciuti obiettivi di riallocazione dei rischi, così da lasciare codesto aspetto – che è poi il più complesso – alla più articolata gamma dei percorsi ricostruttivi dei singoli sistemi nazionali.

Salvo l'auspicio di un intervento normativo in funzione acceleratoria del d.d.l. Senato n. 1151, attualmente in corso di esame, che prevede la delega al Governo per una serie di interventi sul codice civile, tra i quali (art. 1, lett. i) anche quello di «prevedere il diritto delle parti di contratti divenuti eccessivamente onerosi per cause eccezionali e imprevedibili di pretendere la loro rinegoziazione secondo buona fede o, in caso di mancato accordo, di chiedere in giudizio l'adeguamento delle condizioni contrattuali in modo che sia ripristinata la proporzione tra le prestazioni originariamente convenuta dalle parti; salvo questo, appare

alquanto complicato, nell'ordinamento italiano, a norme vigenti, ipotizzare una motivazione che stringa il cerchio del riconoscimento di un diritto della parte – e di un connesso speculare obbligo della parte avversa – di rinegoziare il contenuto dei contratti in periodo pandemico.

6.2. Fondamentalmente, la sussistenza di un obbligo di rinegoziazione dei contratti che dalla pandemia (o dai provvedimenti a essa conseguenti) siano stati intaccati nell'assetto teleologico e nell'equilibrio economico è da più parti reputata desumibile dal canone di buona fede nell'esecuzione del contratto.

Ma anche a voler sorvolare sugli aspetti teorici globali, latamente dogmatici, che ne costituiscono premessa, è abbastanza evidente come le relative proposte, accomunate dall'obiettivo, patiscano un accentuato senso di approssimazione.

I provvedimenti che le hanno recepite, editi e a tal punto noti da dispensare da superflui riferimenti, ostentano motivazioni che solo in parte possono dirsi convincenti, finanche a prescindere dalla linearità dei concetti impiegati, per l'elementare ragione che tutte si rivelano mal conformate – o addirittura per nulla conformate – alle attuali tendenze della Suprema Corte a marginalizzare la rilevanza modificativa della buona fede a fronte di pretese rettamente ancorate alle pattuizioni originarie del contratto. Il che è quanto è stato messo in chiaro proprio dalla sopra citata decisione delle Sezioni unite in tema di usura sopravvenuta.

Dopodiché va anche sottolineato che l'idea di fondo di codeste proposte (e delle annesse decisioni) è inadeguata al problema.

Dire che il sistema consenta di estrapolare, in qualche misura, un obbligo di rinegoziazione di fronte alle sopravvenienze contrattuali, ove anche si condivida l'affermazione di fondo (la dottrina com'è noto riflette da tempo sul ruolo integrativo e conformativo della buona fede nel contesto contrattuale, con rilievi in generale condivisi anche dalla giurisprudenza di legittimità, propensa a un uso della clausola generale, e del principio di solidarietà, in funzione riequilibratrice del contratto), non è una risposta appropriata essenzialmente per due ordini di ragioni: (i) perché la situazione creata dalla pandemia ha delle peculiarità che non consentono di considerarla pianamente riconducibile alle classiche ipotesi di squilibri o sopravvenienze contrattuali; (ii) perché comunque

non si sarebbe di fronte a una “normale” sopravvenienza che impatta sul singolo rapporto contrattuale, bensì a una crisi sistemica.

E allora, condivisibile che sia l’obiettivo, resta pur sempre valida l’obiezione: quel che codesta peculiarità comporta è che ogni intervento sugli assetti contrattuali stabiliti dalle parti, ivi compresa l’imposizione di forme di rinegoziazione, sarebbe infine inevitabilmente destinato a impattare a cascata e ad avere conseguenze (dirette e riflesse) su interi comparti dell’economia.

E quindi renderebbe preferibile, finanche sul piano del metodo (e salvo spostare la questione sul piano del dibattito necessariamente politico), che la scelta fosse impressa dalla prospettiva di limitare al massimo gli interventi di tipo orizzontale, idonei cioè a riscrivere le regole dei rapporti singolarmente considerati, a fronte invece della maggiore linearità (e della maggiore efficacia complessiva) di forme di supporto di tipo verticale. Le quali, imponendo valutazioni per l’appunto “di sistema”, non possono che implicare adeguati interventi di ordine legislativo.

6.3. Tutto questo richiede la predisposizione di modelli normativi appositi e nuovi, e induce a riflettere sull’opportunità del ricorso, invece, a forme rimediali di natura pretoria.

Tali forme sono state oltre tutto fin qui integrate da misure per la più gran parte incontrollabili, quali sono le cautelari.

Identificate nell’alveo della funzione cautelare, mediante provvedimenti atipici *ex art. 700 cod. proc. civ.*, le suddette misure si sono sviluppate (e ancora si stanno sviluppando) secondo prassi variegata, notoriamente sottratte al controllo di legittimità.

Proprio la sottrazione dell’ambito al controllo di legittimità rischia di far precipitare ogni certezza, di far saltare ogni schema e di dar luogo a forme di anarchia giurisprudenziale.

L’impatto economico-sociale di simili prassi, unito alla difficoltà di stabilire l’andamento dell’emergenza sanitaria e di prevederne la fine, resta potenzialmente indecifrabile, fino all’indeterminazione.

L’indeterminazione rimane, a mio avviso, il pericolo maggiore.

E qui mi permetto una piccola digressione (che poi in effetti tale non è).

Il principio di indeterminazione venne elaborato da Heisenberg in fisica quantistica. Attiene alle proprietà (velocità e massa) delle

particelle elementari e ci dice che non è possibile misurare contemporaneamente con esattezza le proprietà che definiscono lo stato di una particella. Più la si illumina col microscopio, più le si dà energia, più si cambia il suo movimento e meno si può determinare la velocità di partenza.

Ebbene, traslato alle scienze umane il principio dimostra questo: che ciascun operatore, in qualunque settore, non può riservarsi il ruolo di semplice osservatore dell'esistente. L'operatore incide sull'esistente anche ove reputi di assumere semplicemente una certa posizione. E in qualche caso incide anche al di là del caso specifico, perché gli effetti delle decisioni si rivolgono all'esistente sociale.

In queste eventualità, nel momento stesso in cui si dà corso all'idea, la soluzione elaborata finisce di esser neutra, e anzi, per le conseguenze che crea, potrebbe finanche risultare non conforme all'ideazione.

Si possono avere le migliori intenzioni, ma conta infine la risultante.

E il prodotto dell'ideazione resta sempre in qualche misura indeterminato nella risultante complessiva finale.

Questo vale in tutti i campi, e vale anche nel nostro.

Ragionando di filiere economico-negoziati non credo sia complicato comprenderne l'implicazione: traslati in ambito sociale e collettivo, gli effetti della sommatoria di soluzioni singolari potrebbero comportare un'indeterminazione complessiva, così da risultare incontrollabili sul piano degli esiti generali.

## **Le implicazioni economico-sociali nei nuovi modelli di finanza alternativa: verso un mercato digitale (del credito) effettivamente inclusivo e efficacemente sostenibile? (\*)**

**SOMMARIO:** 1. Il carattere inclusivo delle nuove piattaforme digitali. – 2. (*Segue*). Il ruolo portante del *social-fintech* e sue ricadute sui processi produttivi e distributivi. – 3. (*Segue*). Le conseguenze della crisi sanitaria sulle scelte finanziarie. – 4. Equilibrio tra sostenibilità e innovazione. – 5. La risposta del sistema bancario ai cambiamenti tecnologici in atto. – 6. Scenari operativi futuri per le piattaforme digitali.

### *1. Il carattere inclusivo delle nuove piattaforme digitali*

Qual è il ruolo e l'impatto delle piattaforme digitali sull'assetto e sulla struttura dei mercati oggi esistenti e, di conseguenza, quale tutela la legislazione ha accordato ai fruitori di servizi *on line* penso che la natura essenzialmente *disruptive* delle nuove tecnologie, rispetto all'attuale ordinamento giuridico e alle sue regole, può dare contezza della *complessità* e *pervasività* che contraddistingue i nuovi scenari della finanza tanto da richiedere, già da tempo, approcci sinergici tra regolatori, istituzioni pubbliche e private e autorità di vigilanza, al fine d'individuare possibili strategie d'intervento per un corretto funzionamento del mercato e per la protezione dei molteplici interessi in gioco<sup>1</sup>.

---

\* Lo scritto riproduce, con alcune modifiche ed aggiornamenti, l'intervento al Webinar «*Il carattere inclusivo delle piattaforme digitali nell'equilibrio tra sostenibilità e innovazione*», organizzato nell'ambito delle attività dottorali del Dipartimento di Giurisprudenza – Dottorato in «Scienze Giuridiche» – con il patrocinio del Comitato Unico di Garanzia dell'Università di Messina, tenutosi su piattaforma *Microsoft Teams* il 14 giugno 2021.

<sup>1</sup> Le funzioni e poteri degli organi di vigilanza nell'attuale quadro normativo sono al centro della relazione del Capo del Dipartimento di Vigilanza bancaria e finanziaria, Carmelo Barbagallo, intervenuto sul tema *Fintech: Ruolo dell'Autorità di Vigilanza in un mercato che cambia*, in occasione del Convegno Invernale ADEIMF 2019 dedicato a «La Finanza alla prova di 'Industria 4.0': Fintech, innovazione e *start-up*», il quale individua importanti rischi, si legge testualmente, «*per gli utenti dei servizi*

I termini inclusività, innovazione, sostenibilità sono sempre più usati nel nostro linguaggio quotidiano data la loro vocazione a rappresentare “veicoli” di transizione verso il futuro dell’economia italiana. Del resto, la stessa ridondanza verso tali obiettivi è stata espressa dal Presidente Draghi nel discorso alla Camera sul *Recovery Plan* dello scorso 26 aprile, nell’illustrare le riforme e le misure di carattere prevalentemente strutturale contenute nel PNRR<sup>2</sup> riferendosi, in modo specifico, a tre

---

*che potrebbero vedere violati i propri dati personali; in secondo luogo, per gli operatori di mercato, che dovranno adattarsi al nuovo ecosistema, sviluppando modelli di attività che assicurino comunque adeguati margini di profitto; infine, per le autorità pubbliche che avranno il difficile compito di approntare un set di regole che da un lato favorisca l’innovazione e la competitività e, dall’altro, tuteli gli investitori e i risparmiatori da possibili rischi».*

<sup>2</sup> Il 27 maggio 2020, la Commissione europea ha proposto lo strumento *Next Generation EU*, unitamente a un rafforzamento mirato del bilancio a lungo termine dell’UE per il periodo 2021- 2027. Il 21 luglio 2020, durante il Consiglio Europeo, i capi di Stato o di governo dell’UE hanno raggiunto un accordo politico sul pacchetto. Nel settembre 2020, il Comitato interministeriale per gli Affari Europei (CIAE) ha approvato una proposta di linee guida per la redazione del PNRR, che è stata sottoposta all’esame del Parlamento italiano. Il 13 e 14 ottobre 2020 le Camere si sono pronunciate con un atto di indirizzo che invitava il Governo a predisporre il Piano garantendo un ampio coinvolgimento del settore privato, degli enti locali e delle forze produttive del Paese. Nei mesi successivi, ha avuto luogo un’approfondita interlocuzione informale con la *task force* della Commissione europea. Il 12 gennaio 2021 il Consiglio dei ministri ha approvato una proposta di PNRR sulla quale il Parlamento ha svolto un approfondito esame, approvando le proprie conclusioni il 31 marzo 2021.

Il Governo ha provveduto ad una riscrittura del Piano, anche alla luce delle osservazioni del Parlamento, individuando tre assi strategici condivisi a livello europeo. In particolare i temi del digitale e dell’innovazione sembrano permeare il PNRR lungo una serie di priorità: una di queste è certamente riconducibile alla necessità di dare nuovo impulso alla competitività del sistema produttivo. Il nuovo piano per la Transizione 4.0 rafforza infatti il tasso d’innovazione del tessuto industriale e imprenditoriale del Paese e incentiva gli investimenti in tecnologie all’avanguardia; in ricerca, sviluppo e innovazione; nonché in competenze digitali e manageriali.

Dunque la “rivoluzione digitale” viene intesa come occasione da non perdere per una determinante trasformazione del Paese, nell’ottica dell’aumento della produttività, dell’innovazione e dell’occupazione, senza tralasciare di favorire un accesso più ampio all’istruzione e alla cultura, colmando i divari territoriali.

Rispetto agli altri obiettivi generali del piano, oltre alla transizione ecologica, l’inclusione sociale è stata ritenuta fondamentale per garantire una piena coesione territoriale, una crescita dell’economia e un concreto superamento delle

pilastri (digitalizzazione e innovazione, transizione ecologica, inclusione sociale) e a tre priorità trasversali (donne, giovani e Sud).

Nel lessico comune “inclusione” sta ad indicare la tendenza a trasmettere, a quanti più soggetti possibili, il godimento di un diritto o la partecipazione a un sistema o a un’attività. Parimenti, secondo la definizione data nel rapporto «*Our Common Future*» pubblicato nel 1987 dalla Commissione Mondiale per l’Ambiente e lo Sviluppo, la “sostenibilità” viene intesa come «*il soddisfacimento dei bisogni della generazione presente senza compromettere la possibilità delle generazioni future di realizzare i propri*»<sup>3</sup>.

Dunque estendendo il significato intrinseco di dette definizioni ai profondi cambiamenti della nostra società, ad opera della rivoluzione tecnologica, è opportuno chiedersi se la digitalizzazione, nella sua accezione lata – in quanto fenomeno sociale – e le piattaforme digitali – in quanto infrastrutture in grado di creare e distribuire virtualmente prodotti e servizi ad una platea sempre più ampia di soggetti – siano effettivamente inclusive e efficacemente sostenibili.

Posta la domanda in questi termini, il tema dell’“inclusione digitale” inevitabilmente rimanda a quello più ampio delle sue ricadute sui processi produttivi e distributivi, rispetto ai quali le piattaforme sono chiamate a ridefinire le dinamiche concorrenziali, generate dall’ingresso di nuove geometrie e forme di comunicazione sempre più sofisticate, e a stabilire corrette condizioni di *governance*<sup>4</sup>.

Si tratta – come emerge dal titolo di questo contributo e al di là della mera adozione generalizzata di un diverso modo di agire, di relazionarsi, di acquisire informazioni e persino di comunicare – di

---

diseguaglianze profonde spesso accentuate dalla pandemia: si parla di parità di genere, di protezione e valorizzazione dei giovani e di superamento dei divari territoriali. L’*empowerment* femminile e il contrasto alle discriminazioni di genere, l’accrescimento delle competenze, della capacità e delle prospettive occupazionali dei giovani, il riequilibrio territoriale e lo sviluppo del Mezzogiorno non sono univocamente affidati a singoli interventi, ma perseguiti quali obiettivi trasversali in tutte le componenti del PNRR.

<sup>3</sup> Definizione apparsa, per la prima volta, nel Rapporto «*Our Common Future*» pubblicato nel 1987.

<sup>4</sup> L’argomento trova ampia trattazione nello studio di E. DE BLASIO, D. SELVA, *Le piattaforme di partecipazione tra tecnologia e governance: i modelli di sviluppo in Italia, Spagna e Regno Unito*, in *Rivista italiana di Politiche Pubbliche*, 2019, 3, 349-382.

accertare tanto la facilità con cui le piattaforme consentono l'”approccio diretto” ai vantaggi offerti dalla rete (che per essere “inclusivo” deve diventare necessariamente patrimonio di tutti o, per meglio dire, strumento di sviluppo di relazioni sociali) quanto la capacità di condizionare le scelte d'investimento/finanziamento attraverso la costruzione di un rinnovato *ecosistema dell'offerta* maggiormente aderente ai bisogni della clientela<sup>5</sup>.

Volendo ancor più specificare, affermare che la digitalizzazione è inclusiva significa verificare, da un lato, le strategie messe in atto dalle piattaforme per una crescita sociale e economica – intesa anche come superamento delle asimmetrie (di genere, d'età o disabilità) e valutare, dall'altro, la capacità di creare stimoli per una crescita culturale alla connettività, promuovendo una consapevole partecipazione della popolazione ai processi digitali nella logica della parità di diritti<sup>6</sup>. Aspetto questo che richiama, a sua volta, l'imprescindibilità di processi d'acquisizione di conoscenze e competenze trasversali capaci di veicolare al meglio i benefici provenienti dalle nuove tecnologie abilitanti e fronteggiare i possibili effetti negativi della c.d. “economia dell'innovazione” (sul mondo del lavoro, sull'inserimento sociale, etc.)<sup>7</sup>.

---

<sup>5</sup> Uno dei mercati ai quali si rivolge la trasformazione digitale è rappresentato dal mondo *banking* e *finance*, un settore centrale nell'economia mondiale ma che, esattamente come molti altri comparti, è stato chiamato a rispondere a sfide sempre più pressanti vivendo una fase di vera e propria *disruption*. Si veda, sull'argomento, AA.VV., *Lo sviluppo del FinTech, Opportunità e rischi per l'industria finanziaria nell'era digitale*, in *Quaderno Consob*, marzo 2018, 8 ss.

<sup>6</sup> Dunque un concetto di “digitalizzazione inclusiva” a tutto tondo, come peraltro traspare chiaramente dal piano d'azione per l'istruzione digitale (2021-2027) – “*Digital Education Action Plan*” della Commissione Europea e dalla “Strategia per la digitalizzazione” del *Next Generation EU*.

<sup>7</sup> Cfr., B. CAPONETTI, *Assistenza e retribuzione per un nuovo welfare al tempo dell'economia digitale*, 2019, reperibile all'indirizzo <https://www.lavoroeconomiadigitale.it/pdf>; C. DEGRYSE, *Digitalizzazione dell'economia e il suo impatto sul mercato del lavoro*, *Working Paper*, 2016, in *SSRN Electronic Journal*, disponibile all'indirizzo [https://www.researchgate.net/publication/297392058\\_Digitalisation\\_of\\_the\\_Economy\\_and\\_its\\_Impact\\_on\\_Labour\\_Markets](https://www.researchgate.net/publication/297392058_Digitalisation_of_the_Economy_and_its_Impact_on_Labour_Markets); E.F. MACIÀS, *Automazione, digitalizzazione e piattaforme: implicazioni per il lavoro e l'occupazione*, 2018, *Eurofound*. Ufficio delle pubblicazioni dell'Unione europea, reperibile all'indirizzo [https://www.eurofound.europa.eu/sites/default/files/ef\\_publication/field\\_ef\\_documento](https://www.eurofound.europa.eu/sites/default/files/ef_publication/field_ef_documento)

Dunque un’“inclusione digitale” che dev’essere in grado di creare addizionalità, ovvero quell’auspicato processo di integrazione delle tecnologie digitali nella vita di tutti i giorni, mantenendo la massima accessibilità dei servizi anche, e soprattutto, mediante certificazione di *soft skills* (capacità digitali e finanziarie di base o di *problem-solving*)<sup>8</sup>. Esiste poi un altro elemento di valutazione, assolutamente centrale, nella ricerca del carattere inclusivo delle piattaforme digitali, il quale trae forza dalla natura “disintermediata” della loro attività rispetto al modello creditizio classico<sup>9</sup>. Questo nuovo paradigma, determinato dalla galoppante trasformazione tecnologica in tutti i campi dell’economia e dai suoi sistemi di relazione, è legata – pur con le cautele dovute alle diverse posizioni dottrinali<sup>10</sup> – all’abolizione degli

---

nt/ef18002en.pdf; CEDEFOP, *Macchine, robot, persone e competenze*, 2017, reperibile all’indirizzo [https://epale.ec.europa.eu/sites/default/files/persone\\_macchine\\_robot\\_e\\_competenze.pdf](https://epale.ec.europa.eu/sites/default/files/persone_macchine_robot_e_competenze.pdf); CEDEFOP, *Approfondimenti sulla carenza di competenze e sul disallineamento delle competenze: imparare dall’indagine europea sulle competenze e sui posti di lavoro del Cedefop*, 2018, all’indirizzo <http://data.europa.eu/doi/10.2801/645011>; AA.VV., *Digitalizzazione del lavoro del lavoro: miti e realtà*, in *Bollettino scientifico-scienze economiche*, 2018, 17 (2), 3-18; C. FREY, M. OSBORNE, *Il futuro dell’occupazione: quanto sono suscettibili i lavori all’informatizzazione*, 2013, Università di Oxford, 254-280 (267); EUROFOUND, *Lavoro flessibile abilitato per le TIC: tutto senza problemi?*, 2019, reperibile all’indirizzo <https://www.eurofound.europa.eu/ro/publications/blog/ict-enabled-flexible-working-all-plain-sailing>; J. BOWLES, *L’informatizzazione dei lavori europei*, in *Bruegel Blog*, 2014; A.A.V.V., *Il rischio dell’automazione per i posti di lavoro nei paesi dell’OCSE: un’analisi comparativa*, in *OCSE Social, Employment and Migration Working Papers*, 2016, n. 189; A.A.V.V., *Digitalizzazione e futuro del lavoro: conseguenze macroeconomiche*, in *Documenti di discussione dell’Istituto di economia del lavoro (IZA) n. 12428*, reperibile all’indirizzo <http://ftp.iza.org/dp12428.pdf>; CEDEFOP-EUROFOUND, *Previsione delle competenze: tendenze e sfide per il 2030*, 2018, disponibile all’indirizzo <http://data.europa.eu/doi/10.2801/4492>.

<sup>8</sup> Lo studio dell’economia dell’innovazione tecnologica ha acquistato un’importanza crescente nel corso degli ultimi venti anni. Cfr., F. MALERBA, *Economia dell’innovazione*, Roma, 2000, 19 ss, nel tracciare un quadro d’insieme delle relazioni che legano la tecnologia all’occupazione e tra innovazione, sviluppo e crescita economica.

<sup>9</sup> Si veda, puntualmente, G.P. LA SALA, *Intermediazione, disintermediazione, nuova intermediazione: i problemi regolatori*, in *Diritto del Fintech*, M. CIAN, C. SANDEI (a cura di), Padova, 2020, 4 ss.

<sup>10</sup> Di contrario avviso, G. GIACOMINI, *Con Internet non si è realizzata la vera disintermediazione: il potere dei neointermediari*, 2019, reperibile all’indirizzo

intermediari, che permette una drastica riduzione dei costi e una facilitazione nelle transazioni.

Tant'è che se gli anni '70, fino alla fine del millennio scorso, sono stati caratterizzati dalla diffusione massiccia della “*digital economy*”, dal 2000 in poi si comincia a prendere familiarità con un nuovo neologismo nato dalla crisi di “*financial*” e “*technology*”, il quale con il termine *FinTech* indica quell'ambiente competitivo costituito dall'insieme delle applicazioni informatiche allargatesi, con il tempo, a una grande varietà di servizi e tecnologie: esse privilegiano il contatto diretto senza mediazione, apportando caratteri d'indiscussa innovazione con riguardo ai tradizionali prodotti bancari, finanziari e assicurativi<sup>11</sup>.

Si pensi, ad esempio, alla consulenza automatizzata (*robo-advice*) o al mondo della negoziazione automatizzata (*algo-trading*) o ancora ai nuovi sistemi di gestione dei rischi assicurativi (*InsurTech*) e alle piattaforme di *peer-to-peer lending*, che regolano le dinamiche online del prestito fra privati o di *crowdfunding*. Ma ovviamente lo spazio digitale è in continuo sviluppo basti pensare, rimanendo entro la macro-area del *crowdinvesting*, alle categorie indicate dalla IOSCO o anche

---

<https://www.economyup.it/blog/con-internet-non-si-e-realizzata-la-vera-disintermediazione-il-potere-dei-neointermediari>.

Nel suo articolo l'autore osserva come, con il passare degli anni, si è scoperto che le grandi piattaforme influenzano con un sottile ma pervasivo “verticismo”, pervenendo alla conclusione che le vecchie intermediazioni non vengono semplicemente annullate, ma affiancate o sostituite. Ad esempio, quando si pubblica un post su Facebook, gli algoritmi della piattaforma decidono come, e in che misura, questo post appare sugli schermi scegliendo così quali informazioni pubblicare o mettere in risalto (si pensi alle *NewsFeed* di Facebook o ai *TopTrends* di Twitter). In tal modo, la selezione delle informazioni e dei dati hanno come obiettivo proprio quello della neointermediazione, creando consenso proveniente dal basso.

Per una disamina completa della “distruzione creatrice” di schumpeteriana memoria, si veda ancora G. GIACOMINI, *Potere digitale. Come internet sta cambiando la sfera pubblica e la democrazia*, in *Collana di Studi sulla società*, 2018, 24 ss.

<sup>11</sup> Cfr., G. PITRUZZELLA, *Fintech e i nuovi scenari competitivi nel settore finanziario-credizio e assicurativo*, in *Fintech: regole, concorrenza, diritti*, V. FALCE, G. FINOCCHIARO (a cura di), Bologna, 2019, 2 ss.

all'evoluzione della “raccolta *on line*” costituita dalle *Initial Coins Offering* (ICOs) che sfrutta i vantaggi della *blockchain*<sup>12</sup>.

Con riguardo alle piattaforme di credito digitali, il meccanismo di disintermediazione ha posto le basi per lo sviluppo di un modello di finanza, c.d. “alternativa”, poggiante essenzialmente sul soddisfacimento di bisogni “classicamente” finanziari (come il bisogno di *finanziamento* di consumatori e famiglie, così come di imprese e altri enti collettivi, e quello di *investimento*), ma con modalità differenti da quelle tradizionali.

Nello specifico, la disintermediazione, data dalla digitalizzazione dei servizi finanziari, ha stimolato un processo d'interazione con la clientela e le imprese basato su profili di sicuro impatto sociale: capacità competitiva di trasmettere un valore al di là del prezzo; semplicità e velocità del procedimento di erogazione del credito;

---

<sup>12</sup> A.A.V.V., *La fiducia nel robo advice. Evidenze da uno studio sperimentale*, in *Quaderno Consob FinTech*, 2020, n. 7; R. LENER, N. LINCiano, P. SOCCORSO, *La digitalizzazione della consulenza in materia di investimenti finanziari*, Gruppo di lavoro CONSOB, Scuola Superiore Sant'Anna di Pisa, Università Bocconi, Università di Pavia, Università di Roma “Tor Vergata”, Università di Verona, in *Quaderno Consob FinTech*, 2019, n. 3. Per un'attenta ricostruzione empirica del fenomeno delle *Initial Coins Offering*, si veda A.A.V.V., *Why do businesses go crypto? An empirical analysis of Initial Coin Offering*, reperibile all'indirizzo [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3046209](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3046209); A. SCIARRONE ALIBRANDI, *Offerte iniziali e scambi di cripto-attività: il nuovo approccio regolatorio della Consob*, in *dirittobancario.it*, editoriale 4 aprile 2019; M. NICOTRA, *Il regime giuridico delle ICOs. Analisi comparata e prospettive regolatorie italiane*, in *dirittobancario.it*, 24 aprile 2019; E. FRANZA, *Nuove modalità di finanziamento: la blockchain per startup e piccole e medie imprese. Rischi e possibili vantaggi*, in *dirittobancario.it*, 14 maggio 2019; R.R. CHEN, K. CHEN, *A 2020 perspective on “Information asymmetry in initial coin offerings (ICOs): Investigating the effects of multiple channel signals”*, reperibile al sito <https://dl.acm.org/doi/abs/10.1016/j.eierap>; P. CARRIÈRE, *Initial Coin Offerings (ICOs): Italia-Francia, due approcci regolatori a confronto*, in *dirittobancario.it*, 15 gennaio 2020, nel commentare criticamente la disciplina delle piattaforme specializzate in servizi di *crypto-asset* in Francia, posta in essere con la legge 2019-486 del 22 maggio 2019 (nota come legge “PACTE”); A. GENOVESE, *Innovazione tecnologica e trasformazione del settore finanziario tra initial coin offerings (ICOs) e investment crowdfunding: quali sfide per l'autorità di controllo?*, in *Fintech: diritti, concorrenza, regole. Le operazioni di finanziamento tecnologico*, G. FINOCCHIARO, V. FALCE (a cura di), Torino, 2019, 17-31 (in spec. 27) laddove evidenzia soprattutto il difetto di adeguata considerazione dei profili societari.

convenienza delle condizioni economiche praticate (tassi di interesse, spese per estinzione anticipata, etc.); sviluppo di nuovi prodotti, un'esperienza di uso *friendly* e soprattutto capacità di finanziare nicchie di mercato trascurate dai *player* tradizionali. Qui vengono in rilievo tutte quelle categorie di soggetti “*not bankable*” i quali hanno difficoltà di accesso al credito; parliamo di categorie di cittadini meno abbienti, ma anche di microimprese non in grado di accompagnare alla richiesta di prestiti adeguate garanzie bancarie<sup>13</sup>.

Tuttavia, la capacità del progresso tecnologico di trasformare gli scenari, fino a poco tempo fa riconducibili ai servizi e le attività dei tradizionali *incumbent*, fa riflettere su come le nuove tecnologie si diffondano in uno spazio temporale oggettivamente limitato, con una rapidità impensabile in passato. Ne è riprova la velocissima transizione dalla *sharing* alla *social economy*, ovvero dalla “pratica della condivisione” (si pensi a realtà innovative come *Uber* o *BlaBlaCar*)<sup>14</sup> a quella della “solidarietà” (regno incontrastato delle piattaforme *social*)<sup>15</sup>, in uno spazio di mercato che certamente non è più neutro – dal momento che contano sempre meno i “soggetti” e sempre più le “relazioni” (e il sistema entro il quale esse si svolgono) – ma contraddistinto da precisi caratteri di orizzontalità<sup>16</sup>.

Uno spazio, in altri termini, che nel superare di fatto, come prima accennato, la schematica e tradizionale contrapposizione tra due soggetti (intermediario/cliente) ha dato origine ad un complesso universo di relazioni in rete affermando la natura *social* del sistema:

---

<sup>13</sup> Ne consegue un effetto di “inclusione finanziaria” anche con riferimento all’ampia possibilità di accesso per i soggetti con uno scarso livello di “bancarizzazione” oltre che per quelle imprese (di piccole e medie dimensioni) molto spesso non supportate dal settore bancario, specie nei momenti di maggiore bisogno finanziario (si pensi ad esempio al fenomeno del *credit crunch*, quale conseguenza della crisi dei *subprime*).

<sup>14</sup> Cfr., A. CANEPA, *Il design della regolazione in un’economia “uberizzata” fra problemi di definizione del mercato, tutela degli utenti e ricerca di regole efficaci*, in *Riv. trim. dir. econ.*, 2016, suppl., 17 ss.

<sup>15</sup> Cfr., F. BASSAN, M. RABITTI, *Dalla sharing, alla social verso la shadow economy: l’Europa in transizione*, in *Nono Rapporto annuale Dalla sharing alla social economy*, Consumers’ Forum e Università degli Studi Roma Tre, 8 ss.; G. BIFERALI, *Il social lending tra sharing economy e dimensione “social”*, *ivi*, 52 ss.

<sup>16</sup> Si parla di un nuovo spazio di mercato in cui la “comunicazione” avviene direttamente tra i fruitori del web, superando le classiche intermediazioni.

l'intersezione tra finanza e *social network*, o quelli che oggi definiamo *thread* (gruppi di conversazione), oltre ad imporre un cambiamento radicale nell'attitudine a condividere informazioni finanziarie *on line* (soprattutto sul denaro, ma anche su stipendi, debiti, allocazione dei risparmi) ha finito con il creare una diversa "catena del valore" generando consenso dal basso<sup>17</sup>.

---

<sup>17</sup> Questo nuovo modo di relazionarsi tra gli individui, caratterizzato dalla diffusione dei social network, trasforma il processo di richiesta di un prestito con un'esperienza social attraverso lo sfruttamento dei legami tra i diversi soggetti. L'aspetto, in questi termini, è stato sviluppato da A. CARIGNANI, V. GEMMO, *Prestiti Peer to Peer: modelli di business e strategie, Working paper*, Università IULM, Milano, 2007, evidenziando le modalità con cui le persone che hanno bisogno di soldi pubblicano su un sito web la richiesta di denaro, raccontando la loro storia personale. Diversi studi inoltre hanno fatto notare come il portale si trasforma in un vero e proprio *marketplace*, ovvero in un luogo di incontro e interazione, gestito da società finanziarie o istituti di pagamento autorizzati. In tal senso, DELOITTE, *Marketplace Lenders and Banks: An Inevitable Convergence?*, in *Deloitte Center for Financial Services*, 2017; M. SHORE, *MarketPlace Lending for Institutional Investors and Wealth Managers*, 2017, *Prime Meridian Capital Management*. Dunque, l'importanza delle reti sociali nei sistemi di mercato decentrati è imputabile al fatto di trasformare "l'amicizia" in un indice di capacità di credito, il che equivale a dire come le dinamiche relazionali (reti sociali, fiducia, rapporti di amicizia, ma non di meno età, razza e immagine pubblica su Internet) siano da considerare determinanti principali nella decisione d'investimento poiché rivelano informazioni personali sul richiedente in maniera da fornire un concreto supporto al superamento di situazioni di asimmetria informativa. Così E. NAMVAR, *An Introduction to Peer to Peer Loans as Investments*, Haas School of Business, University California at Berkeley and Nber, 2013, reperibile all'indirizzo <http://ssrn.com/abstract=2227181>. Gli studi condotti sulle relazioni sociali hanno dimostrato come le informazioni *soft* mitigano l'asimmetria informativa e, in particolare, la selezione avversa, migliorando le *performances* e abbassando il rischio di insolvenza e il tasso di interesse. Cfr., A.A. V.V., *Market Mechanisms in Online Peer-To-Peer Lending*, in *Management Science*, 2016, vol. 63, no. 12, 1-22; E.C. EVERETT, *Group Membership, Relationship Banking and Loan Default Risk. The Case of Online Social Lending*, in *Banking and Finance Review*, 2015, 7(2), il quale ipotizza che la partecipazione a un gruppo, da parte di un richiedente, sia legato alla possibilità di mitigare la "selezione avversa" e l'"azzardo morale" e di conseguenza impatti sul tasso di solvibilità riducendo il tasso d'interesse richiesto.

## 2. (Segue). *Il ruolo portante del social-fintech e sue ricadute sui processi produttivi e distributivi*

In questo rinnovato scenario, i nuovi *business model*, denominati “*social-fintech*”<sup>18</sup>, intercettano i “valori” di un dato segmento (costituito dall’insieme di tutte le informazioni raccolte sul web) e “confezionano” servizi e prodotti sfruttando l’esperienza del cliente in rete.

Da un lato dunque il mondo *social* – nel suo significato tradizionale – che attiene all’*interazione*, ovvero l’insieme degli aspetti emotivo-cognitivi (che fanno leva sulla creazione di contenuti digitali, messaggistica o l’uso di strumenti *social*, si pensi all’ormai ampia diffusione dell’utilizzo delle app)<sup>19</sup>. Dall’altro la finanza (e quindi il FinTech) che concerne la *transizione*, ovvero tutto ciò che in definitiva esprime una ‘data funzione’ (sostanzialmente un’operazione finanziaria) attraverso un’“utilità” rendendo servizi finanziari *personalizzati* e allargando l’accesso a quante più persone (uso di rimesse, conti di risparmio, servizi di pagamento *mobile*, etc.)<sup>20</sup>.

---

<sup>18</sup> Quando si parla di “*social-fintech*”, s’intende un servizio che in qualche modo stratifica i due mondi (*social* e FinTech), generando un mix che esprime un valore superiore alla somma delle parti. Lo strato dell’*interazione* è costruito intorno ad aspetti emotivi e cognitivi, cioè la creazione di contenuti, la messaggistica, e in generale tutto ciò che fa appello a tali leve. E poi c’è lo strato transazionale, che consiste in una transazione finanziaria reale, qualunque essa sia. Cfr., M. Bianchini, *L’approccio eurounitario ai nuovi “modelli di business” del Fintech*, in *Diritto del Fintech*, di M. CIAN, C. SANDEI (a cura di), Milano, 2020, 444 ss.

<sup>19</sup> Sul tema si rinvia a V. ANGELINI, *Le app di comunicazione sociale. Mutamenti del mercato e nuovi bisogni di protezione del consumatore*, in Nono Rapporto annuale *Dalla sharing alla social economy*, Consumers’ Forum e Università degli Studi Roma Tre, 24 ss.

<sup>20</sup> Sebbene le società di FinTech sociali possano essere trovate in tutti gli angoli del mondo, sono per lo più presenti nei paesi in via di sviluppo. Le società FinTech nel Nord del mondo tendono a concentrarsi sui servizi bancari tradizionali come trasferimenti di denaro, assicurazioni e servizi bancari online, che sono già offerti da entità finanziarie regolari. Quelli nel Sud del mondo, d’altra parte, si concentrano sul servizio ai deboli. Tendono a fornire servizi di microfinanza, pagamenti e *crowdfunding*. In molti casi, le società FinTech che operano nei paesi in via di sviluppo concedono per la prima volta l’accesso ai servizi finanziari ai propri utenti. Ciò li ha resi particolarmente attraenti per i paesi dell’Africa, dell’Asia e dell’America Latina, e possono quindi essere trovati principalmente in questi continenti. Siffatto squilibrio regionale è attribuito alla maggiore necessità di servizi finanziari di base

Vista da quest'angolazione, la maggiore perplessità, al di là dell'indiscussa valenza dei processi tecnologici, è che innovazione, nelle sue diverse declinazioni, e, di conseguenza, accelerazione, trasformino queste nuove "modalità operative" in "valori fondanti" di una economia che è destinata a basarsi in futuro prevalentemente su di essi, con il possibile rischio di non essere affiancati da un'altrettanta pronta regolazione.

Questo per far comprendere come l'evoluzione tecnologica non segue le stesse logiche, o meglio gli stessi ritmi, dell'evoluzione normativa, molto più lenta ad adeguarsi ai cambiamenti in atto. Il rischio è dunque che la velocità, la quale caratterizza la nascita di tali fenomeni, ponga il legislatore di fronte al difficile compito di inquadrare – e dunque di ricondurre – fattispecie nuove nell'alveo di istituti giuridici già esistenti; cosa invero non sempre fattibile in quanto il contesto delle norme di riferimento non si presta (se non parzialmente, in quanto insufficiente o inadeguato) a rispondere a tutte le peculiarità operative che caratterizzano queste nuove infrastrutture<sup>21</sup>.

---

nel mondo sottosviluppato: secondo la Banca Mondiale circa due miliardi di adulti in tutto il mondo non hanno accesso a servizi finanziari formali.

<sup>21</sup> Le questioni regolamentari costituiscono il nodo centrale dello sviluppo del *FinTech*: se l'avvento di questi nuovi servizi è stato caratterizzato dalla non regolamentazione, che ha dato un impulso all'innovazione e generato uno sconvolgimento nel mondo finanziario, è ormai sempre più evidente che tutti servizi e le società legate al *FinTech*, prima o dopo, dovranno percorrere la strada della regolamentazione. È già questo, per esempio, il caso servizi di pagamento elettronico, rientrati nell'orbita della regolamentazione, grazie all'adozione della direttiva UE 2015/2366 sui servizi di pagamento (la c.d. PSD 2) e sarà presto il caso anche delle *Initial coin offerings* (ICOs) per cui vi è una proposta di regolamento europeo. La necessità di una regolamentazione è infatti evidente: i servizi dell'era digitale possono essere soggetti a frodi, attacchi informatici e riciclaggio. Ma, soprattutto, vista la loro natura speculativa, essi richiedono sicurezza e trasparenza. Inoltre l'eventuale fallimento di alcune realtà non vigilate potrebbe inoltre avere effetti dirompenti anche sui mercati regolamentati e minare la fiducia anche di intermediari vigilati, disincentivando anche i potenziali investitori. È altrettanto chiaro, però, che tutto ciò non può essere realizzato mediante una semplice estensione delle regole valide per la finanza tradizionale alla finanza tecnologica. Come evidenziato dal Piano d'azione *FinTech* 2018 della Commissione europea, il legislatore deve cercare di mantenere un approccio veloce, globale e proporzionato: un eccesso di regole frammentate porterebbe infatti allo stallo del sistema. Le regole dovrebbero inoltre essere progettate per consentire l'interoperabilità tra i settori, ormai sempre più frequente (come sta per esempio accadendo tra il settore finanziario e quello

Una problematica che il legislatore europeo ha affrontato negli ultimi tempi attraverso la predisposizione di strumenti di *hard law* (Regolamenti)<sup>22</sup>, in quanto direttamente applicabili e vincolanti per loro stessa natura, risolvendo a monte il difetto o le disomogeneità normative tra i vari sistemi ordinamentali (frutto di comportamenti spesso discrezionali delle Autorità di vigilanza) che hanno finito con il limitare fortemente la loro operatività fuori dai ristretti ambiti nazionali.

Siffatte considerazioni ci fanno ben ritenere come il pieno e corretto sviluppo di questo mercato digitale si giochi prevalentemente in ambito normativo, prima ancora che tecnologico ed economico<sup>23</sup>. Peraltro, l'esigenza di adeguate regole porta con sé l'inevitabile ridefinizione di categorie del diritto: si guardi, ad esempio, al concetto di "territorio", che sta progressivamente perdendo la qualità di spazio di esercizio di una determinata sovranità, per divenire una entità liquida, che rende sempre più difficile identificare *dove* avvengano le operazioni finanziarie e *quali* regole debbano essere applicate<sup>24</sup>.

---

assicurativo con l'avvento dell'*InsurTech*), superare la frammentazione del sistema legislativo all'interno dell'Unione europea, per frenare il c.d. "*forum shopping*" da parte delle imprese innovative e favorire l'espansione *cross-border* di prodotti *FinTech* innovativi. Per maggiori approfondimenti, si rinvia a L. AMMANNATI, *verso un diritto delle piattaforme digitali?*, in *federalismi.it*, 2019, 7, 11 ss. ; F. CAPRIGLIONE, *industria finanziaria, innovazione tecnologica, mercato*, in *riv. trim. dir. eco.*, 2019, 4, 373 ss.; A. CANEPA, *I mercanti dell'era digitale. Un contributo allo studio delle piattaforme*, in *Collana di Diritto dell'Economia*, E. PICOZZA, R. LENER (a cura di), Torino, 2020.

<sup>22</sup> In merito all'approccio europeo basato sull'*hard law* si rinvia a L. SCIPIONE, *Fintech e i nuovi modelli di business. Timidi passi verso la costruzione di un nuovo paradigma regolamentare e di vigilanza*, in *Innovazione e Diritto*, 2019, 4, 20-25.

<sup>23</sup> Il fenomeno *FinTech* appare alquanto complesso, non tangibile e multiforme, la cui puntuale portata definitoria sfugge, ancor oggi, alle istituzioni europee ed internazionali. È evidente che la necessità definitoria sottende alla comprensione della reale ampiezza del fenomeno, sì da stabilire, in tale quadro, se e cosa regolare e, altresì, a chi assegnare il compito della regolazione. Di tale avviso, G. FALCONE, *Tre idee intorno al c.d. "Fintech"*, in questa *Rivista*, 2018, 5, 3 ss., ad avviso del quale «[...] una prima ipotesi o considerazione è che il problema del se e come regolare "*FinTech*" dipende innanzi tutto dalla declinazione concreta di tale espressione che si voglia rendere nel caso concreto».

<sup>24</sup> Si rinvia, per le questioni sottese all'evoluzione tecnologica, a A.A.V.V., *I luoghi dell'economia. Le dimensioni della sovranità*, in *Collana di Diritto dell'Economia*, 2019, *passim*, laddove si mette in evidenza la "pervasività" con cui le nuove piattaforme modificano l'essenza dei soggetti e dei servizi noti allo scenario

O ancora, più nello specifico, mettendo in discussione lo stesso concetto di “fisicità” del mercato, inteso come luogo di relazioni economico-giuridiche funzionali alla definizione di scambi e contrattazioni finanziarie che si declina, come nel caso delle nuove piattaforme digitali, in luogo virtuale tanto da imporre una valutazione più attenta delle regole da adottare<sup>25</sup>.

### 3. (Segue). *Le conseguenze della crisi sanitaria sulle scelte finanziarie*

Ulteriore considerazione riguarda la rapida azione di risposta di questi nuovi modelli di business nel contesto economico-sanitario interessato dalla recente crisi da Covid-19, laddove si ravvisa l’apice di maggiore incidenza della rete, mostrando tutto il carattere inclusivo del *social lending*: cittadini sempre più indirizzati verso le infrastrutture digitali con richieste soprattutto di finanziamento online, ma anche diffusa adozione dell’*e-commerce*, dei pagamenti digitali, delle comunicazioni *wireless*<sup>26</sup>.

---

economico precedente, rendendo necessario porre la questione delle scelte ottimali di regolazione anche in riferimento alla tradizionali categorie <sup>del diritto</sup>.

<sup>25</sup> Il concetto di “piattaforma” non è strettamente connesso al mondo digitale, potendosi invero rintracciare degli esempi di modelli simili anche nelle forme di economia più tradizionali. Al riguardo, EU COMMISSION, Public consultation on the regulatory environment for platforms, online intermediaries, data and cloud computing and the collaborative economy, 24 settembre 2019, 5 ss., disponibile all’indirizzo <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/public-consultation-regulatory-environment-platforms-online-intermediaries-data-and-cloud>.

La Commissione ha indicato che una piattaforma digitale rappresenta un’impresa operante in un mercato a doppio (o multi) versante che fa ricorso ad internet al fine di rendere possibile l’interazione tra due distinti, seppur interdipendenti, gruppi di utenti, in maniera tale da generare valore per almeno uno di tali gruppi. Per la letteratura in argomento, cfr. D. COYLE, *Making the most of platforms: a policy research agenda*, 2016, disponibile all’indirizzo [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2857188](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2857188); B. MARTENS, *An Economic Policy Perspective on Online Platforms*, *Institute for prospective technological studies, Digital Economy Working Paper*, 2016, disponibile all’indirizzo <https://ec.europa.eu/jrc/en/publication/eur-scientific-and-technical-reports/economic-policy-perspective-online-platforms>.

<sup>26</sup> Si rinvia a L. FRANCESCANGELI, *La crisi spinge l’e-commerce. Ecco perché investire in crowdfunding*, 2020, reperibile all’indirizzo [https://www.huffingtonpost.it/entry/la-crisi-spinge-le-commerce-ecco-per-che-investire-in-crowdfunding\\_it\\_5e95b14dc5b636ad1077e7ec](https://www.huffingtonpost.it/entry/la-crisi-spinge-le-commerce-ecco-per-che-investire-in-crowdfunding_it_5e95b14dc5b636ad1077e7ec).; M. COPPOLA, *Gli*

La maggiore protagonista di questo cambio di passo o, se si preferisce di quest’“osmosi”, come spesso definita, tra cittadino e tecnologia digitale, è stata soprattutto la generazione dei *Millennials*, i quali nella stragrande maggioranza dei casi hanno ritenuto inadatte le banche tradizionali anche in prospettiva per i loro bisogni finanziari futuri<sup>27</sup>. Pensiamo alla diffusione del servizio di trasferimento di denaro dentro un’app di messaggistica, una transazione che è diventata per i giovani un concetto sempre più *mainstream*, più facile e familiare di una classica app di *home banking*<sup>28</sup>. Una propensione che si è manifestata anche per i prestiti e gli strumenti di investimento alternativi, laddove i *Millennials* hanno scelto prevalentemente di canalizzare il proprio denaro su piattaforme di *P2P Lending*<sup>29</sup>.

---

*smart objects al tempo della pandemia: la relazione tra il lockdown durante il Covid-19 e l'utilizzo degli intelligent voice assistants*, tesi di laurea in Comunicazione di marketing e linguaggi dei nuovi media, Università Luiss Guido Carli, 2020, 1-122; AA.VV., *When Going Digital Becomes a Necessity: Ensuring Older Adults' Needs for Information, Services, and Social Inclusion During COVID-19*, in *Journal of aging & social policy*, 2020, 460-470; D.L. HOFFMAN, T.P. NOVAK, *Relationship journeys in the internet of things: a new framework for understanding interactions between consumers and smart objects*, in *Journal of the Academy of Marketing Science*, 216-237.

<sup>27</sup> Cfr. V. BIANCO, *Millennials e Fintech: i giovani alla guida della rivoluzione del risparmio gestito*, in *Linkiesta*, 14 marzo 2018.

<sup>28</sup> Cfr. OSSERVATORIO MOBILE PAYMENT & COMMERCE DELLA SCHOOL OF MANAGEMENT DEL POLITECNICO DI MILANO, marzo 2019 reperibile all’indirizzo [https://www.osservatori.net/it\\_it/osservatori/comunicati-stampa/mobile-payment-in-italia-crescita-pagamenti-innovativi](https://www.osservatori.net/it_it/osservatori/comunicati-stampa/mobile-payment-in-italia-crescita-pagamenti-innovativi).

<sup>29</sup> Dal punto di vista dei giovani, l’inclusione sociale e digitale è il processo di “autorealizzazione” dell’individuo all’interno della società, il riconoscimento del proprio potenziale da parte delle istituzioni sociali e delle piattaforme di condivisione. Nell’ambito della serie *Youth Knowledge*, la Commissione Europea e il Consiglio d’Europa hanno pubblicato, a inizio 2021, lo studio “*Young people, social inclusion and digitalisation. Emerging knowledge for practice and policy*”, incentrato sul rapporto tra inclusione sociale e digitalizzazione. In esso si analizza in modo critico la narrativa sull’innovazione digitale e sull’imprenditorialità tecnologica, che tende a trasformarsi in possibilità per tutti (anche quando per tutti non è). In particolar modo si attenziona il ruolo (e i rischi) dell’Intelligenza Artificiale, che poggia su un sistema di valori derivati dalla cultura dei miliardari maschi americani, prevalentemente bianchi. Questo comporta che l’uso dell’IA nelle politiche e nei servizi per i giovani potrebbe involontariamente introdurre forme congenite di discriminazione. Per questo attraverso i *People’s Councils on AI for Young People* si è cercato di estendere l’apprendimento automatico facendo uso della pedagogia critica, cioè con modi

Tale tendenza è apparsa piuttosto chiara anche sul fronte delle imprese: fattori quali l'incertezza e la percezione di possibili recessioni hanno spinto verso questi canali di finanziamento, diversificando rispetto a quelli più comunemente bancari<sup>30</sup>. Ciò vale peraltro anche per l'incremento del flusso delle richieste da parte della PMI verso l'*invoice trading*, dato il forte impatto della recessione sui pagamenti delle fatture commerciali: anche qui la percezione di un maggiore rischio d'insolvenza dei debitori e la necessità di liquidità immediata sono state le ragioni trainanti della crescita di queste nuove piattaforme<sup>31</sup>.

La pandemia dunque, nonostante gli impatti devastanti sull'economia, ha accelerato molti dei processi in corso, portandoli a

---

collettivi di porre domande sui problemi che abbiamo in comune e imparare insieme generando modi diversi per affrontarli.

<sup>30</sup> L'argomento è stato ampiamente trattato da E. MACHIAVELLO, *Covid-19 e finanza alternativa: l'investment-based crowdfunding*, in *Sistema produttivo e finanziario post covid-19: dall'efficienza alla sostenibilità*. Voci dal Diritto dell'Economia, U. MALVAGNA, A. SCIARRONE ALIBRANDI (a cura di), 2020, Pisa, 319-327.

<sup>31</sup> Le piattaforme di *Invoice Trading* iniziano la loro operatività a far data dal 2016 prevedendo lo smobilizzo di capitale circolante attraverso la cessione di fatture commerciali tramite portale Internet. Il servizio offerto si rivolge a piccole e medie imprese che, per varie ragioni (valore nominale dei crediti esiguo, crediti generati da attività in fase di StartUp, etc.), non riescono a smobilizzare il proprio fatturato attraverso i circuiti classici del credito (fidi bancari e factoring). Propriamente non si tratta di un'operazione di raccolta di capitale, ma dal punto di vista finanziario è del tutto simile in quanto anche in questo caso viene prospettata una remunerazione sull'operazione, che si concretizza nella differenza fra valore di liquidazione della fattura e prezzo di acquisizione. Per la letteratura in argomento, si rinvia a AA.VV., *I mercati del credito fintech nel mondo: dimensioni, determinanti e questioni relative alle politiche*, in *Rass. Trim. BRI*, settembre 2018, 1-24; AA.VV., *Crowdfunding Platforms in Invoice Trading as Alternative Financial Markets*, 2018, 455-464, reperibile alla pagina [www.rocznikikae.sgh.waw.pl](http://www.rocznikikae.sgh.waw.pl); E. MACHIAVELLO, *La regolazione del FinTech tra innovazione, esigenze di tutela e level-playing field. L'inesplorato caso dell'invoice trading*, in *Banca imp. soc.*, 2019, 3, 497-534; V. VANNONI, *Financing Italian firms through invoice trading platforms*, in *International Journal of Economics and Finance*, 2020, vol. 12, no. 3, 77-83; ID., *Who Are The Customers Of Invoice Trading Platforms In Italy?*, reperibile alla pagina <https://iises.net/proceedings/international-academic-conference-barcelona/table-of-content/detail?cid=99&iid=067&rid=12115>; AA.VV., *Gli effetti della pandemia sul fabbisogno di liquidità, sul bilancio e sulla rischiosità delle imprese*, in *Note Covid-19 del 13 novembre della Banca d'Italia*, 1-19.

maturità. Per le piattaforme FinTech è andata proprio così: un settore laterale che è riuscito a emergere come partner affidabile delle PMI nella situazione di emergenza e che ha portato il legislatore italiano a ritenerlo “strumento di ripresa” per il Paese. E di questo si ha riscontro nel Decreto Rilancio (n. 34/2020) – quale risposta giuridica alla crisi in atto – laddove si introducono (nello specifico all’art. 38) disposizioni volte a rafforzare il sostegno alle PMI e StartUp innovative aumentando la possibilità di reperimento di risorse, attraverso il ricorso al *P2P lending* o alle piattaforme di *crowdfunding*<sup>32</sup>.

#### 4. *Equilibrio tra sostenibilità e innovazione*

Riprendendo il *file rouge* del discorso avviato in apertura, occorre a questo punto verificare, tornando alla domanda iniziale, se l’ulteriore equazione strettamente connessa al carattere inclusivo delle nuove piattaforme digitali possa ritenersi altrettanto sussistente. Ci si riferisce a quell’equilibrio tra sostenibilità e innovazione tecnologica, indicato nel titolo, che merita anch’esso un’attenta riflessione. C’è allora da chiedersi ulteriormente se esiste un modello di piattaforma che può essere considerato sostenibile. E se sì, in che modo questa nuova frontiera del credito impatta sul nostro sistema di società, sui cittadini, creando condizioni ottimali di lungo periodo<sup>33</sup>.

---

<sup>32</sup> In questa fase di particolare delicatezza si viene a scardinare – sull’onda lunga di un cambiamento già avviato da tempo – quella “rendite di posizione” degli operatori tradizionali rimettendo al centro del rapporto contrattuale il “fruitore di servizi” mediante l’offerta di soluzioni online semplici, comode e rapide e maggiormente rispondenti ai diversi bisogni. Per un primo inquadramento della disciplina sul *P2P Lending* mi sia consentito il rinvio a B. RUSSO, *Il passaporto europeo per le piattaforme di peer to peer lending: profili regolamentari e operatività cross border*, in *Bancaria*, 2019, 19, 62-71; ID., *The International P2P Market System. American and Italian Context Compared*, in *Il diritto dell’economia*, 2020, 369-387, per un’analisi comparata della disciplina italiana con il mercato americano e inglese, considerati tra i più evoluti in Europa.

<sup>33</sup> L’argomento è stato oggetto di discussione nell’ambito del Forum per la Finanza Sostenibile promossa dall’ABI dal titolo «*L’Unione Europea e la finanza sostenibile. Impatti e prospettive per il mercato italiano*», ottobre 2019. In particolare circa il carattere sostenibile delle piattaforme digitali, cfr. AA.VV., *Platform economy e sostenibilità sociale: una relazione controversa*, 2020, reperibile all’indirizzo [culturedigitali.org](http://culturedigitali.org).

In termini prospettici, occorre chiederci se le piattaforme digitali possono consentire un uso virtuoso dell'ambiente e dell'economia favorendo un adeguato processo di "trasformazione sociale" ad appannaggio delle future generazioni<sup>34</sup>.

È evidente che declinare gli impatti della tecnologia digitale sulla "sostenibilità" significa soprattutto ragionare su due dimensioni: da una parte, interrogarci – e quindi riconoscere – le potenzialità delle piattaforme quali sistemi interattivi che mettono in comunicazione persone e risorse mirando al miglior risultato possibile (si pensi ai modelli *P2P*); dall'altra analizzare le modalità con cui esse ridefiniscono attivamente gli scenari in cui operano, assurgendo a strumenti d'integrazione e ottimizzazione delle dinamiche economico-sociali (e anche ambientali)<sup>35</sup>.

Dunque è corretto ritenere che la sostenibilità si lega, sotto diversi aspetti, allo sviluppo delle piattaforme nella misura in cui molte di esse – facendo uso di strumenti di *social lending* – sono diventate dei veri e propri motori di crescita inclusiva.

Ancora. Declinare gli impatti della trasformazione digitale sulla sostenibilità vuol dire riconoscere che il miglioramento della società, inteso come "lascito" per le generazioni future, non può prescindere dalla costruzione di condizioni di uguaglianza delle opportunità d'utilizzo della rete (che costituisce certamente l'altra faccia della medaglia, quella che poi lega l'inclusione alla sostenibilità), presupponendo una maggiore attenzione alla prospettiva di genere e, in egual misura, a fenomeni di disuguaglianza sociale e territoriale e mettendo a fattore comune il livello di conoscenze e competenze digitali essenziali.

---

<sup>34</sup> Si riferisce alle piattaforme digitali come a veri e propri catalizzatori di sostenibilità S. EPIFANI, *Sostenibilità digitale*, in *Digital Transformation Institute*, 2020, laddove parla di *digital transformation* come una delle grandi sfide dello "sviluppo sostenibile".

<sup>35</sup> Cfr., AA.VV., *Business platform ecosystem: un nuovo modello organizzativo per l'innovazione sostenibile*, Milano, 2020; H. BALLELL, T. RODRÍGUEZ DE LAS, *Il paradigma della responsabilità degli intermediari digitali nel contesto di una economia di piattaforme (platform economy)*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 2018, 1/2, 203-221; A. MANDELLI, *Big Data Marketing: Creare valore nella platform economy con dati, intelligenza artificiale e IoT*, SDA - Bocconi School of Management, Milano, 2017.

Come si diceva poc'anzi alfabetizzazione digitale e accesso alla rete devono creare addizionalità e diventare diritti fondamentali per tutti i cittadini, tendenti a superare ogni forma di *digital divide*<sup>36</sup>.

Le piattaforme digitali, in questa sfida, non solo costituiscono un prezioso alleato, ma il motore dello stesso cambiamento: esse, interfacce semplificate e integrate di un universo in rete, rappresentano infatti il punto di contatto, la porta di ingresso per approdare in modo

---

<sup>36</sup> La questione è ripresa nel lavoro di AA.Vv., *Divario digitale, competenze e percezioni sulla digitalizzazione nell'Unione europea: verso un mercato del lavoro intelligente*, 2020, reperibile all'indirizzo <https://journals.plos.org/plosone/article?id=10.1371/journal.pone.0232032>. Per gli autori la cattiva gestione dei processi digitali da parte delle autorità e dagli stessi cittadini può alimentare gruppi vulnerabili e generare una polarizzazione più profonda, l'isolamento di gruppo, oltre ad altri fattori negativi. A questo proposito, quasi due decenni fa, l'Organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo economico (OCSE) ha richiamato l'attenzione sul fenomeno del divario digitale, definito come «il divario tra individui, famiglie, imprese e aree geografiche a differenti livelli economici per quanto riguarda sia le loro opportunità di accesso alle tecnologie dell'informazione e della comunicazione (TIC) sia il loro uso di Internet per un'ampia varietà di attività». Cfr., OCSE, *Understanding the Digital Divide*, OECD Digital Economy Papers, n. 49, OCSE Publishing, Paris, 2001, disponibile alla pagina <http://dx.doi.org/10.1787/236405667766>. Lo stesso studio ha evidenziato inoltre le principali categorie di fattori che possono determinare il *digital divide*: a) accessibilità dell'infrastruttura (infrastrutture di comunicazione, disponibilità di computer e accesso a Internet); b) il tenore di vita (reddito) e il livello di istruzione; c) altri fattori quali età, sesso, provenienza razziale e linguistica e ubicazione dei nuclei familiari. Secondo tale ripartizione, il divario digitale è visto come una riflessione sulle disuguaglianze nella società e continuerà ad esistere finché queste differenze esisteranno; inoltre, c'è un altro rischio significativo che fa riferimento ai problemi legati alla *privacy* e alla sicurezza. Ad alimentare il confronto sui temi in oggetto, cfr., V.D. AJAM, K. MOSSBERGER, *Anything for any? A new digital divide in internet of things skills*, in *Policy and Internet*, 2018, 122-140; V.D. JAGM, *L'evoluzione del divario digitale: il divario digitale si trasforma in disuguaglianza di competenze e utilizzo*, in *Digital Enlightenment Yearbook, 2012*, 57-78; V.D. AJAM, V.D. JAGM, *Verso un modello multiforme di accesso a Internet per comprendere i divari digitali: un'indagine empirica*, in *Società dell'informazione*, 2015, 31 (5), 379-391; M. NEGREIRO, *Colmare il divario digitale nell'UE*, EPRS-Servizio di ricerca del Parlamento europeo, 2015, disponibile all'indirizzo [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2015/573884/EP\\_RS\\_BRI\(2015\)573884\\_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2015/573884/EP_RS_BRI(2015)573884_EN.pdf); AA.Vv., *Disuguaglianze digitali nell'Internet delle cose: differenze negli atteggiamenti, accesso ai materiali, abilità e utilizzo*, in *Informazione, comunicazione e Società*, 2019, 47-56.

propositivo all'interno dei nuovi ecosistemi in formazione, ridisegnando appunto una rinnovata catena del valore.

##### 5. *La risposta del sistema bancario ai cambiamenti tecnologici in atto*

Non è difficile comprendere, alla luce delle considerazioni fin qui svolte, come l'emergere delle piattaforme di credito digitali abbia dato luogo inevitabilmente ad un'accesa competitività in un segmento di mercato, quale quello bancario, che sconta la difficoltà (almeno iniziale) di porsi al passo con i tempi, integrando i servizi di FinTech nei loro sistemi operativi.

Una difficoltà che individua sullo fondo anche l'aggravarsi, a cavallo tra le due crisi, dei problemi endemici che hanno connotato il sistema bancario italiano di questi ultimi decenni: ridimensionamento dell'attività d'intermediazione (ad opera di Basilea) e recrudescenza dei crediti deteriorati (retaggio della crisi dei *subprime* americani), seguita da massicce operazioni di *cessione* ad appositi fondi di NPLs<sup>37</sup>.

In questo duplice scenario si è materializzata tutta la fragilità del sistema bancario, aggravato dal sovrapporsi di due crisi di eccezionale gravità e dalla contrapposta capacità delle nuove piattaforme di ritagliarsi spazi competitivi, sottraendo fette di mercato sempre più ampie.

Punto di forza delle attuali tecnologie – che via via è andato a scardinare quel radicato sistema “bancocentrico” della nostra società – è stato quello di aver generato forme nuove d'intermediazione basate su un uso integrato (tra i diversi operatori) dei dati sensibili dei fruitori, venendo così a creare un modello finanziario fondato sulla *conoscenza*. Questo fa capire come i meccanismi tradizionali attraverso i quali si sviluppa l'elemento *fiducia* – che nei rapporti bancari è una variabile fondamentale, strettamente collegata al fattore umano – sia stato stravolto in profondità dalla rivoluzione digitale, superato da una componente più “sensoriale” – ovvero la *customer experience* – che attiene alle modalità con cui le piattaforme interagiscono con la propria clientela, in ogni fase del rapporto, sfruttando una strategia gestionale

---

<sup>37</sup> Sul tema specifico, v. B. RUSSO, *Incentivi alla gestione dei crediti deteriorati: lo schema di garanzia GACS e l'attività dei Fondi Atlante*, in *Riv. dir. banc. fin.*, 2018, 2, 225-274.

volta a captare i comportamenti e gli orientamenti dei consumatori e i mutati legami con il mondo della finanza.

Ad esempio, nel modello di business *peer-to-peer* (*P2P*), tipico delle piattaforme di *lending*, il cliente è ben disposto a fornire volontariamente i propri dati – frutto oramai di una tendenza generazionale alla condivisione – a fronte della possibilità di usufruire di una *customer experience* più personalizzata ed efficiente. Le richieste di prestiti vengono processate in modo da garantire un’offerta più in linea con i diversi bisogni, consentendo un rapido contatto tra investitori e aziende e una veloce verifica delle condizioni finanziarie: fungendo da “intermediari” – o da “neointermediari” come più opportunamente andrebbero definite – tali piattaforme consentono di gestire correttamente il ‘merito creditizio’ al fine di ridurre al minimo il rischio d’insolvenza per gli *investor* e un più agevole accesso al credito per i *borrower*<sup>38</sup>.

Ora traslando la domanda iniziale al mercato bancario tradizionale è opportuno capire se il carattere inclusivo sia oramai solo prerogativa delle nuove piattaforme o esistono ancora spazi ritagliabili per gli intermediari tradizionali.

Si tenga in debito conto, a tal proposito, che la necessità di raggiungere un equilibrio tra sostenibilità e innovazione ha innescato un processo (sia pur lento) di svecchiamento del sistema bancario favorendo un percorso evolutivo delle proprie infrastrutture, in un momento in cui sicurezza, affidabilità e velocità sono divenuti fondamentali per la

---

<sup>38</sup> Con l’avanzare delle intelligenze artificiali, le società di *P2P* sono state in grado di automatizzare alcune fasi delle richieste di finanziamento, soprattutto quelle di istruttoria, attraverso le quali è possibile poi compiere un *check* automatico di alcuni parametri rilevanti (fatturato, margini economici, indici patrimoniali) consentendo, per tale via, di giudicare con maggiore attendibilità la “meritevolezza del credito”. Cfr., AA.VV., *How Signaling and Search Costs Affect Information Asymmetry in P2P Lending: The Economics of Big Data*, in *Financial Innovation a Springer Open Journal*, 2015, vol. 2, secondo cui il processo di valutazione del rischio è molto più semplice nelle piattaforme online rispetto alle banche tradizionali ma ha bisogno di una quantità elevata di dati. Per gli autori l’utilizzo dei *big data* può essere un valido strumento per avere un quadro completo della situazione finanziaria del richiedente da parte delle piattaforme. A tal proposito, si veda anche E. MACCHIAVELLO, *Peer-to-Peer lending e informazione: la tutela dell’utente online tra innovazione finanziaria, disintermediazione e limiti cognitivi*, IV Convegno annuale dell’Associazione Italiana «Orizzonti del diritto commerciale» sul tema «Il diritto commerciale e l’informazione», Roma, 20-21 febbraio 2015.

qualità dei processi: tecnologie emergenti, come *blockchain*, *machine learning* e intelligenza artificiale rappresentano oggi, anche per questo settore, una leva di differenziazione e di crescita<sup>39</sup>.

Più volte, nel recente passato, la letteratura in materia si era interrogata sulla possibilità per le banche di mantenere la loro centralità nella gestione dell'attività d'intermediazione, partendo dalla considerazione che la finanza alternativa – nascendo come una sfida fra intermediari tradizionali e innovativi – ha finito con il tradursi in una forte contrazione del numero degli sportelli bancari a fronte di una preferenza sempre maggiore della clientela alla fruizione di servizi su piattaforma<sup>40</sup>.

Il *gap* operativo tra nuovi e vecchi *player* ha subito – ciononostante – una trasformazione in senso tendenzialmente positivo: di fronte al bivio della competitività esercitata dalle nuove piattaforme digitali le banche hanno preferito optare per l'innovazione nel *digital* tramite la

---

<sup>39</sup> Per tutti, BANCA D'ITALIA, *FinTech in Italia. Indagine conoscitiva sull'adozione delle innovazioni tecnologiche applicate ai servizi finanziari*, Roma, 21 dicembre 2017.

<sup>40</sup> Alla domanda sembra aver risposto esaurientemente il vice direttore generale della Banca d'Italia, F. Panetta, nel corso dell'Annual Reunion of the Harvard Law School Association of Europe (intitolata *Fintech and banking: today and tomorrow*) tenutosi a Roma il 12 maggio 2018, laddove sottolinea il ruolo di *marketplace banking* oggi intrapreso da alcune grandi banche, ovvero di aggregatore di servizi (provenienti da più *partners* e terze parti), mediante politiche di investimento in nuovi incubatori oppure in piani di acquisizione di Startup FinTech. Nel far riferimento all'uso della tecnologia e agli investimenti in essa, l'autore testualmente ha affermato che «*It is therefore hard to predict what will be the ultimate effect on the supply structure of financial services and banks' profitability. I believe, however, that there are already two clear implications. First, banks will have to invest heavily in technology to compete with one another and with new entrants: this is necessary for their very survival. Second, the structure of the financial systems will change radically in the next ten years with the entry of new non-bank operators. Banks need to use technology more efficiently than in the past, when it was used to duplicate traditional activities. They must use remote digital services to replace, rather than flank, the traditional distribution channels, although bank branches will not disappear entirely, because I can't see many customers getting a mortgage online*». Secondo quanto argomentato rimane da comprendere se alcuni gruppi bancari possiedono già, al loro interno, una solida ed estesa cultura digitale – sempre più indispensabile per fare davvero innovazione – e se esse sapranno impiegare in tale direzione anche il capitale umano di cui già dispongono al fine di valorizzare al meglio le tecnologie e l'insieme dei dati e delle informazioni sulla loro clientela.

collaborazione con le nuove realtà *FinTech*, spingendo verso politiche di *fintegration*, così da dare spazio a possibili accordi operativi<sup>41</sup>. Non va dimenticato, tra l'altro, che l'impatto della PSD 2 sui servizi di pagamento – aprendo le porte ai nuovi *player* non tradizionali – ha delineato un nuovo quadro di rapporti tra banche, intermediari finanziari, assicurativi e mondo *FinTech*<sup>42</sup>.

---

<sup>41</sup> Esempi recenti in Italia di questa collaborazione attiva riguardano il Banco BPM, Banca Etica e Intesa San Paolo, banche che hanno incluso nei loro servizi l'*equity crowdfunding*. In argomento, R. DURANTI, *Fintegration: perché banche e fintech sono destinati a collaborare con successo*, 2020, reperibile all'indirizzo <https://www.centodieci.it/innovability/>, parlando di simbiosi tra banche fintech con vantaggi in termini di collaborazione. Secondo l'autore, le banche possono innovare e diventare più digitali tramite l'integrazione con le *fintech companies*, mentre queste ultime potranno accedere alle enormi *customer base* delle banche riuscendo ad accelerare il proprio business e abbattendo i costi di marketing.

<sup>42</sup> Come è possibile evincere dal nuovo Pacchetto di Finanza Digitale, su cui si ritornerà a breve, si prevede anche una Strategia per i Pagamenti al Dettaglio che si va ad allineare al quadro giuridico dell'UE per i pagamenti al dettaglio (PSD2 e EMD2). La Commissione ha presentato la Strategia per i Pagamenti al Dettaglio con l'obiettivo di rendere le transazioni online più sicure e convenienti, e di realizzare un sistema di pagamenti al dettaglio completamente integrato nell'UE, comprese le soluzioni di pagamento transfrontaliero istantaneo. La Commissione ha identificato i seguenti obiettivi: (i) promuovere mercati dei pagamenti al dettaglio innovativi e competitivi (favorendo soluzioni di *open-banking*; assicurando che il quadro giuridico copra tutti gli attori rilevanti dell'ecosistema dei pagamenti, comprese le imprese tecnologiche; allineando ulteriormente il quadro giuridico dell'UE per i pagamenti al dettaglio (PSD2 e EMD2); garantendo un elevato livello di protezione dei consumatori); (ii) promuovere sistemi di pagamento al dettaglio efficienti e interoperabili e altre infrastrutture di supporto (garantendo l'accesso diretto degli operatori non bancari a tutti i sistemi di pagamento; rivedendo la legislazione esistente; eliminando le restrizioni di accesso alle infrastrutture tecniche essenziali per facilitare i pagamenti mobili senza contatto); (iii) promuovere pagamenti internazionali efficienti (sostenendo pagamenti internazionali più economici; adottando standard di messaggistica globale; favorendo i collegamenti tra sistemi di pagamento in diverse giurisdizioni; riducendo i tempi di elaborazione delle transazioni e aumentando la trasparenza attraverso l'azione normativa; incoraggiando le iniziative regionali di pagamento attraverso la politica di sviluppo dell'UE). Mi sia consentito, per una ricostruzione della disciplina antecedente il rinvio a B. RUSSO, *Tecnologie digitali e tutela dei dati personali: quali possibili impatti sulla PSD2?*, in Atti del Convegno nazionale di Taormina del 15-16 febbraio 2018 «I servizi di pagamento nell'era della digitalizzazione: innovazione tecnologica, esigenze della clientela e regolazione» in ricordo di Giuseppe Restuccia, di B. RUSSO (a cura), Padova, 2019, 88-126.

Si guardi alle iniziative straniere avviate in questi ultimi anni. Procedendo a grandi linee nel Regno Unito dal 2017 è in vigore un *Referral Scheme* (una sorta di “marketing del passaparola”) che prevede come ogni richiesta di finanziamento, fatta da una PMI e non gestita dalla banca, debba essere segnalata alle piattaforme, le quali possono offrire un servizio alternativo con un duplice vantaggio per entrambe<sup>43</sup>. Ma ancora si può parlare di RegTech ovvero di quella scelta, da parte delle imprese bancarie tradizionali, di adottare tecnologie innovative per l'automazione delle procedure di *compliance* (pensiamo, ad esempio, al *cloud computing*, al *big data*), le quali assommano ai benefici dell'utilizzo di algoritmi e soluzioni di intelligenza artificiale il conseguente impatto positivo sull'offerta di prodotti alla clientela<sup>44</sup>. Sfide importanti, quelle appena descritte, che hanno richiesto nuovi strumenti per competere in un mutato scenario, conoscere meglio i propri clienti e i propri mercati di riferimento – grazie a una più puntuale e costante analisi dei dati – automatizzando e, di conseguenza, semplificando tutti i processi correlati a sicurezza (nell'interscambio di informazioni tra i diversi attori) e *compliance*.

Considerando poi la regolamentazione domestica, la necessità d'implementare il carattere inclusivo dell'attività bancaria ha trovato spazio nelle recenti disposizioni del Decreto Crescita (n. 34/2019) che

---

<sup>43</sup> Vantaggi traducibili, per le banche, nel considerare i prodotti offerti dalle piattaforme, soprattutto quelli dedicati alle PMI, come complementari alla propria offerta sfruttando l'accesso alle tecnologie abilitanti e le nuove relazioni con la clientela; e per le piattaforme individuabili in un'occasione per acquisire in maniera rapida ed economica canali di distribuzione diretta, utilizzando l'esperienza e la conoscenza approfondita delle banche in questo campo. Per ulteriori commenti, cfr., G. GRECO, *Referral Marketing: 7 strategie per innescare il passaparola*, 2017, reperibile all'indirizzo <https://it.shopify.com/blog/referral-marketing-7-strategie>.

<sup>44</sup> In tema di RegTech si rinvia, più opportunamente, a A. PERRONE, *La nuova vigilanza. RegTech e capitale umano*, in *Diritto del Fintech*, M. CIAN, C. SANDEI (a cura di), Milano, 2020, 27-38 ss. Sull'attività di regolazione condotta essenzialmente attraverso procedimenti automatizzati (c.d. “*algorithmic regulation*”) si veda, in generale, K. YEUNG, *Algorithmic Regulation: A critical Interrogation*, 2018, in <https://doi.org/10.1111/reg.12158>; F. MATTASSOGLIO, *Algoritmi e regolazione. Circa i limiti del principio di neutralità tecnologica*, in *Rivista della Regolazione dei mercati*, 2018, 2, 229 ss.; su questo tema v., pure, F. ANNUNZIATA, *I processi di mercato automatizzati e il trading algoritmico*, in *Diritto del Fintech*, M. CIAN, C. SANDEI (a cura di), Milano, 2020, 397-409; M. T. PARACAMPO, *FinTech tra algoritmi, trasparenza e algo-governance*, in *Dir. banc. fin.*, 2019, 2, 228 ss.

include la programmazione di un “*regulatory sandbox*” italiano<sup>45</sup>, strumento già presente in altre giurisdizioni, con l’obiettivo di

---

<sup>45</sup> Con la Legge n. 58/2019 di conversione del Decreto Crescita (conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 30 aprile 2019, n. 34, recante «*misure urgenti di crescita economica e per la risoluzione di specifiche situazioni di crisi*»), il legislatore italiano autorizza ufficialmente le principali autorità italiane in ambito finanziario e assicurativo (Banca d’Italia, Consob, Mef e Ivass) a istituire un “*Sandbox regolamentare*” per l’istituzione di ambiti normativi semplificati o spazi di sperimentazione normativa (c.d. “*regulatory sandbox*”) volto a creare un ambiente favorevole all’innovazione dei servizi e prodotti nei settori finanziario, creditizio, assicurativo e dei mercati regolamentati mediante nuove tecnologie, quali l’intelligenza artificiale e i registri distribuiti. Le “sperimentazioni” in ambiente controllato, così come delineate dal Decreto in parola, ricalcano le principali caratteristiche dei *Sandbox* europei che consentono deroghe temporanee ai requisiti specifici previsti dalla legislazione dell’UE (MiFID II, CSDR): in tal modo, le autorità di regolamentazione possono acquisire esperienza sull’uso della tecnologia di registro distribuito (DLT) nelle infrastrutture di mercato e adoperarsi per gestire i rischi, offrire protezione agli investitori, garantire l’integrità del mercato e la stabilità finanziaria. Pertanto quello italiano si dovrà conformare al *principio di proporzionalità* e in particolare dovrà esser caratterizzato da: 1) una durata massima di diciotto mesi; 2) requisiti patrimoniali ridotti; 3) adempimenti semplificati e proporzionati alle attività che si intende svolgere; 4) tempi ridotti delle procedure autorizzative ed infine dalla definizione di perimetri di operatività. I regolamenti adottati dalle autorità dovranno stabilire sia i requisiti di ammissione alla sperimentazione; i requisiti patrimoniali; gli adempimenti semplificati e proporzionati alle attività che si intende svolgere; sia i perimetri di operatività; gli obblighi informativi; i tempi per il rilascio di autorizzazioni; i requisiti di professionalità degli esponenti aziendali; i profili di governo societario e di gestione del rischio e le forme societarie ammissibili anche in deroga alle forme societarie previste dal TUB. Le misure di cui sopra potranno esser differenziate in considerazione delle particolarità e delle esigenze dei casi specifici, avranno carattere temporaneo e garantiranno forme d’informazione e di protezione a favore di consumatori e investitori, nonché del corretto funzionamento dei mercati. L’operatività delle misure cesserà al termine del relativo periodo, ovvero alla perdita dei requisiti o al superamento dei limiti operativi stabiliti. Come per gli altri *Sandbox* attivi a livello europeo, la sperimentazione non comporterà il rilascio di autorizzazioni per l’esercizio di attività riservate da svolgersi al di fuori di essa. Per raggiungere lo scopo dei *Sandbox* – ossia quello di addivenire a nuove proposte legislative e promuovere, in tal modo, lo sviluppo del FinTech – il decreto Crescita prevede che la Banca d’Italia, la Consob e l’Ivass redigano annualmente una relazione d’analisi sul settore FinTech «*riportando quanto emerge dall’applicazione del regime di sperimentazione e segnalando eventuali modifiche normative o regolamentari necessarie per lo sviluppo del settore, la tutela del risparmio e la stabilità finanziaria*». Viene inoltre costituito il Comitato FinTech, con il compito «*di individuare gli obiettivi, definire i programmi e porre in essere le azioni*

consentire la sperimentazione di applicazioni tecnologiche innovative nel settore creditizio, finanziario e assicurativo. Senza trascurare – nell’intento di bilanciare la promozione all’innovazione e la sicurezza informatica – anche un’adeguata attenzione verso i sistemi di protezione (dei consumatori e degli investitori) rispetto ai rischi della rete. Quest’ultimo obiettivo pone particolare considerazione anche alle questioni, più ampie, legate alla *cybersecurity*, le quali aprono un ulteriore scenario – quello della “resilienza operativa digitale”<sup>46</sup> – traducibile come insieme di tecnologie utili a proteggere il sistema informatico bancario da attacchi che possono portare alla perdita o compromissione di dati ed informazioni della clientela.

Pur non entrando nelle maglie di questioni che sicuramente meritano più ampia trattazione, si ricordano solo per completezza i provvedimenti messi in campo dall’UE per fronteggiare i livelli di

---

*per favorire lo sviluppo del FinTech, anche in cooperazione azione con soggetti esteri, nonché di formulare proposte di carattere normativo».* Oltre ai ministeri delle Finanze, dello Sviluppo e degli Affari europei, Banca d’Italia, Consob e Ivass, ne faranno parte anche l’Agcm, il Garante privacy, l’Agid e l’Agenzia delle entrate. Il legislatore italiano sembra quindi cogliere uno dei suggerimenti forniti dal Report dell’ESA, ossia quello di favorire l’interdisciplinarietà legata al settore innovativo. Con Decreto MEF del 30 aprile 2021, n. 100 si segna un ulteriore passaggio nella disciplina in oggetto che entrerà in vigore dal 17 luglio 2021, rafforzando le funzioni del Comitato e la sperimentazione FinTech. Per una descrizione più analitica di tale strumento si rinvia a E. CORAPI, *Regulatory sandbox nel Fintech?*, in *I diversi settori del Fintech*, Padova, 2019, 27 ss.; S. VEZZOSO, *Sabbie, innovazione e concorrenza: il caso Fintech*, in *Fintech: diritto, concorrenza, regole*, 2019, 86 ss.; M.T. PARACAMPO, *Dalle regulatory sandboxes al network dei facilitatori di innovazione tra decentramento sperimentale e condivisione europea*, in questa *Rivista*, 2019, II, 219 ss.

<sup>46</sup> La “resilienza operativa digitale” è la capacità delle imprese di garantire di poter resistere ad ogni tipo di perturbazione e minaccia collegata alle tecnologie dell’informazione e della comunicazione (TIC). La dipendenza sempre più elevata del settore finanziario dai software e dai processi digitali comporta che i rischi collegati alle TIC siano ormai intrinseci all’attività delle imprese del settore. Le imprese finanziarie sono diventate il bersaglio di attacchi informatici che possono causare gravi danni finanziari o alla reputazione per i consumatori e le imprese. Tali rischi devono essere ben compresi e gestiti, soprattutto in periodi di stress. Cfr. COMITATO ECONOMICO E SOCIALE EUROPEO, Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio relativo alla resilienza operativa digitale per il settore finanziario e che modifica i regolamenti (CE) n. 1060/2009, (UE) n. 648/2012, (UE) n. 600/2014 e (UE) n. 909/2014.

sofisticazione raggiunti dalla criminalità informatica. Condensando le risultanze di un processo complesso, ricordiamo la proposta di Regolamento (sul rafforzamento della) resilienza digitale delle soluzioni tecnologiche nel settore *finance* (c.d. *DORA Regulation*)<sup>47</sup>, volta a disegnare – condividendo molti concetti chiave del Regolamento *Data Protection* del 2016<sup>48</sup> – un modello di resilienza digitale *by design* basato sulla progettazione di una gestione del rischio

---

<sup>47</sup> Al quale si accompagna anche la proposta di Direttiva (COM(2020) 596) che, nel rispetto del Regolamento sulla resilienza digitale, provvederà a emendare coerentemente altre direttive europee in vigore. La crescente dipendenza del settore finanziario dal software e dai processi digitali ha infatti offerto opportunità ma allo stesso tempo ha esposto il settore ai rischi delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione (ICT) che interessano oggi più che mai anche i mercati finanziari. Di conseguenza, sono stati necessari sforzi a livello comunitario affinché tutti i partecipanti al sistema finanziario fossero salvaguardati per mitigare gli attacchi informatici e gli altri rischi. A tal fine, la Commissione ha proposto una legge sulla resilienza operativa digitale, cd. "Regolamento DORA" che si pone come obiettivo quello di creare un impianto che faccia sì che le imprese interessate siano in grado di resistere a tutti i tipi di pericoli e minacce legate alle tecnologie dell'informazione e della comunicazione (ICT). Le misure proposte sono volte quindi all'armonizzazione e snellimento delle norme esistenti (limitate) sulla gestione del rischio ICT e sulla segnalazione di incidenti legati alle ICT. Vengono introdotte nuove regole su misura per i test digitali, la condivisione delle informazioni e la gestione del rischio di terzi ICT, ed è previsto un quadro di sorveglianza per monitorare il rischio digitale dei fornitori di servizi ICT critici di terzi, come i fornitori di servizi di *cloud computing*. Per garantire la coerenza con i requisiti di gestione del rischio ICT applicabili al settore finanziario, il Regolamento DORA si applicherà a 20 tipi di soggetti finanziari regolamentati nell'Unione Europea. Ciò dovrebbe facilitare un'applicazione omogenea e coerente di tutte le componenti di gestione del rischio nelle aree correlate all'ICT, salvaguardando la parità di condizioni tra i soggetti finanziari in relazione ai loro obblighi normativi, riconoscendo la naturale presenza di differenze significative in termini di dimensioni, profili aziendali o esposizione al rischio digitale tra le varie entità finanziarie. Nell'ottica di migliore armonizzazione, la Commissione ha anche proposto un adeguamento della regolamentazione esistente, modificando le direttive sui servizi finanziari per introdurre riferimenti incrociati al DORA e aggiornare le deleghe per l'elaborazione di standard tecnici.

Cfr., <https://legaliastudio.it/it/fintech-nuovo-pacchetto-per-la-finanza-digitale>.

<sup>48</sup> Cfr., Regolamento (UE) 679/2016 «relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati». Per un commento al Regolamento, B. RUSSO, *La data protection nel settore bancario: gli adempimenti privacy in termini di compliance al regolamento*, in *Riv. dir. banc. fin.*, 2019, 3, 467-504.

rinforzata nell'intero ciclo di vita dei servizi<sup>49</sup>, che integra i compiti già assegnati precedentemente all'Agenzia per la *cybersicurezza*<sup>50</sup>.

Di recente, ulteriori interventi del Governo hanno contribuito a ridare alle banche, strette nella morsa della competitività, l'opportunità di continuare a svolgere una funzione di supporto al settore produttivo, mediante l'adozione di regole più flessibili rispetto alle rigide leggi di Basilea, tanto da garantire, nell'attuale momento di difficoltà operativa, possibilità di crescita per le strutture creditizie e dunque, in ultima analisi, del loro carattere inclusivo.

Ci si riferisce, anche qui procedendo a grandi linee, al Decreto Cura n. 18/2020, il quale ha introdotto alcune «*misure a sostegno della liquidità attraverso il sistema bancario*» affiancando, proprio nella fase più cruciale della crisi pandemica, il ruolo delle banche alle iniziative in rete (a sostegno alle imprese) provenienti dalle piattaforme di *P2P Lending* – e, a seguire, il Decreto Rilancio n. 34/2020 che, intervenendo in modo trasversale, ha proteso essenzialmente per il recupero del rapporto banca-cliente con l'intento di assicurare la tutela delle famiglie e dei lavoratori, la salvaguardia e il sostegno delle imprese, lo snellimento e velocizzazione della strumentazione digitale nonché la coesione sociale.

---

<sup>49</sup> Il Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio sulla resilienza operativa digitale per il settore finanziario, che modifica i Regolamenti (CE) n. 1060/2009, (UE) n. 648/2012, (UE) n. 600/2014 e (UE) n. 909/2014 mira a rafforzare e razionalizzare la gestione dei rischi relativi alle TIC da parte delle entità finanziarie, introdurre dei test accurati della resilienza dei sistemi di TIC, promuovere la condivisione di informazioni e sensibilizzare le autorità di vigilanza in merito ai rischi informatici e agli incidenti connessi alle TIC cui sono esposte le entità finanziarie, nonché conferire alle autorità di vigilanza finanziaria poteri di sorveglianza sui rischi dovuti alla dipendenza delle entità finanziarie da fornitori terzi di servizi TIC. La proposta intende altresì creare un meccanismo coerente di segnalazione degli incidenti che potrebbe contribuire a ridurre gli oneri amministrativi a carico delle entità finanziarie e rafforzare l'efficacia della vigilanza. Cfr., Proposta Regolamento COM(2020) 595 final.

<sup>50</sup> Regolamento (UE) 2019/881 «*relativo all'ENISA, l'Agenzia dell'Unione europea per la cybersicurezza, e alla certificazione della cybersicurezza per le tecnologie dell'informazione e della comunicazione, e che abroga il regolamento (UE) n. 526/2013 ("Regolamento sulla cybersicurezza")*».

## 6. Scenari operativi futuri per le piattaforme digitali

Mantenendo fermo il tema della regolazione è opportuno, sia pur brevemente, tornare con qualche considerazione finale al tema delle piattaforme di *social lending* spostando l'attenzione su alcuni aspetti giuridici che fino ad oggi hanno costituito un concreto ostacolo alla loro completa operatività.

Da tempo si parlava della necessità di far emergere uno spazio *transfrontaliero* unitamente all'istituzione di un quadro normativo paneuropeo che basandosi sul principio di “neutralità tecnologica” (: “*same services - same risk - same rules*” e “*same supervision*”)<sup>51</sup>, mirasse a garantire parità di condizioni tra i fornitori di servizi finanziari, siano essi banche tradizionali, FinTech o Big Tech.

Con l'introduzione del Pacchetto sulla finanza digitale (“*Digital Finance Package*”)<sup>52</sup>, presentato dalla Commissione Europea il 24 settembre 2020, si definiscono, per la prima volta, alcune importanti linee programmatiche per la finanza digitale le quali affrontano in concreto i temi della frammentazione del mercato unico digitale con l'obiettivo di attuare, entro il 2024, un solido quadro, armonizzato legislativamente, che permetta l'utilizzo di soluzioni *interoperabili* per l'identità digitale<sup>53</sup> e l'accesso ai servizi *cross-border*: l'obiettivo è

---

<sup>51</sup> Di diverso avviso, circa il carattere “rassicurante” del “principio di neutralità tecnologica”, R. LENER, *Tecnologie e attività finanziarie*, in *Riv. trim. dir. econ.*, 2019, 3, 271 ss., nel ritenere che esso, in quanto teoricamente votato a garantire condizioni di mercato paritarie, «non è agevole disegnare norme che davvero lo impongano e consentano di monitorarlo».

<sup>52</sup> Il Pacchetto di Finanza Digitale è stato emanato a seguito di diverse consultazioni, frutto dell'iniziativa Digital Finance Outreach e, come dichiarato nel comunicato stampa che accompagna la pubblicazione del Pacchetto di Finanza Digitale «sarà fondamentale per sostenere la ripresa economica dell'UE, in quanto aprirà nuove vie per canalizzare i finanziamenti alle imprese europee, svolgendo al tempo stesso un ruolo chiave nella realizzazione dell'European Green Deal and the New Industrial Strategy for Europe». La rilevante portata dell'iniziativa è di chiara evidenza per ampiezza, ambizione e favore di mercato. L'Unione Europea si schiera in prima linea per mantenere il mercato finanziario interno al passo con i tempi. Cfr. <https://legaliastudio.it/it/fintech-nuovo-pacchetto-per-la-finanza-digitale>.

<sup>53</sup> Giuridicamente, l'*interoperabilità* viene definita come la «capacità di un prodotto o di un sistema informatico – la cui interfaccia è completamente dichiarata, quindi senza parti di codice celato – di interagire e funzionare con altri prodotti o sistemi, esistenti o ancora in divenire, senza alcuna restrizione per l'accesso o le

---

*implementazioni*». Grazie all'*interoperabilità*, sistemi informativi eterogenei possono dialogare tra loro, attivare in modo automatico processi elaborativi per lo scambio di informazioni a livello di applicazioni, e “funzionare” insieme, scambiandosi dati ed informazioni. Questa possibilità non dev'essere però confinata all'importazione o all'esportazione puntuale dei dati stessi: affinché si possa parlare d'*interoperabilità*, il flusso delle informazioni dev'essere potenzialmente ininterrotto, quasi senza soluzione di continuità per le parti, le funzionalità e i dati che i gestori dei vari sistemi coinvolti hanno deciso che debba intervenire l'*interoperabilità* stessa. Cfr., R. WEBER, *The digital future. A challenge for privacy?*, in *Computer and Security Law Review*, 2015, 234 ss.; ID., *Data Portability and Big Data analytics. New competition policy challenges*, in *Concorrenza e mercato*, 2016, 59 ss. Secondo l'autore, l'*interoperabilità* è importante non solo quale dispositivo di *empowerment* del consumatore – al quale è consentito di accedere ai servizi finanziari in modo rapido e semplice (c.d. “*onboarding*”) – ma anche, e specialmente, rispetto ai dati non personali, per facilitare l'accesso di nuove imprese al mercato digitale, ferma restando la necessità di tutelare gli investimenti in innovazione già fatti dagli *incumbent*. Negli ultimi anni si è ritenuto necessario accelerare la piena *interoperabilità* tra enti pubblici e le loro basi informative, per snellire le procedure pubbliche grazie alla piena realizzazione del principio dell’“*once only*”, un concetto di *e-government* per cui cittadini e imprese dovranno fornire “una sola volta” le loro informazioni ad autorità ed amministrazioni. Con il recepimento del Regolamento europeo *eIDAS* (n. 910 del 23 luglio 2014, entrato in vigore il 1° luglio 2016 in tutti gli Stati dell'Unione Europea, obbligatorio da subito per tutte le Pubbliche Amministrazioni), le credenziali SPID dei cittadini e delle imprese italiane sono riconosciute a livello comunitario, offrendo quindi l'accesso ai servizi della PA in tutto Europa. Sostanzialmente il Regolamento ha definito il quadro normativo in merito ai servizi d'identificazione e autenticazione, firme, sigilli, marche temporali, documenti elettronici e più in generale di tutti i servizi digitali in cui è essenziale la fiducia nella controparte, riorganizzando le relative leggi nazionali introdotte dagli Stati membri in merito al recepimento della Direttiva Europea 1999/93/EC. In buona sostanza, l'*eIDAS* garantisce l'*interoperabilità* a livello comunitario di tutti i sistemi citati definendo una base comune per interazioni elettroniche sicure fra cittadini, imprese e autorità pubbliche. A far data dal 29 settembre 2018 tutti i Paesi dell'Unione Europea sono obbligati a riconoscere i sistemi nazionali già notificati alla Commissione Europea, conformi ai regolamenti di identificazione elettronica, riconosciuti dalla Commissione e inseriti nell'elenco pubblico dei regimi notificati ai sensi dell'art. 9 del Regolamento Europeo. L'obiettivo della nuova normativa europea è di promuovere e migliorare la fiducia, la sicurezza e la convenienza online, fornendo la possibilità, alle persone fisiche e alle aziende, di utilizzare le proprie identità nazionali elettroniche nello svolgimento delle attività commerciali e nella relazione con gli enti pubblici: una possibilità valida anche quando queste risiedono o hanno sede in un altro Paese dell'Unione Europea. Con il riconoscimento delle identità digitali in Europa è possibile ridurre la burocrazia, supportando l'alta velocità online e la mobilità transfrontaliera. Le imprese possono aumentare la propria sicurezza, svolgendo maggiori e più rigorosi controlli

quello di promuovere un'innovazione responsabile nel settore finanziario dell'Unione con regole più sicure per i consumatori e, allo stesso tempo, più favorevoli allo sviluppo digitale, attenuando i potenziali rischi in relazione alla protezione degli investitori, al riciclaggio di denaro e alla criminalità informatica.

Con il nuovo Regolamento europeo (2020/1503/UE) per le piattaforme di *crowdfunding* – le quali intendono raccogliere fondi su base transfrontaliera – dal prossimo novembre 2021 si aprono enormi prospettive di sviluppo dal momento che, introducendo operativamente

---

sull'identità dei clienti e delle altre aziende. Le identità digitali possono inoltre essere utilizzate dalle aziende per creare un meccanismo di fiducia nei confronti dei clienti; la conseguenza indiretta è un aumento del proprio giro d'affari anche in altri Paesi. Con l'identità digitale e le credenziali SPID (Sistema Pubblico di Identità Digitale) è possibile avvalersi di un sistema di identificazione digitale che permette ai cittadini e alle imprese italiane di accedere ai servizi online della pubblica amministrazione e dei privati attraverso credenziali uniche. I dati forniti per ottenere le credenziali SPID sono tutelati dai controlli eseguiti dall'Agenzia per l'Italia Digitale che vigila sul rispetto delle norme in collaborazione con il Garante per la *Privacy*, sia in merito all'attività svolta dagli *Identity Provider* sia per quanto riguarda i servizi messi a disposizione dalle pubbliche amministrazioni e dai privati. Ad esempio, i dati forniti dai cittadini privati o dalle aziende non possono essere utilizzati in alcun modo per scopi commerciali; non possono nemmeno essere ceduti a terzi senza l'autorizzazione da parte dell'utente. Nell'ottica di una maggiore sicurezza dell'identità digitale, le credenziali SPID sono caratterizzate da tre livelli di sicurezza. Un primo livello permette di accedere ai servizi online attraverso un nome utente e una password scelti dall'utente stesso. Un secondo livello, necessario in caso di servizi che richiedono maggiore sicurezza, in cui è previsto l'utilizzo del nome utente e della password combinati con un codice temporaneo di accesso (*one time password*). Infine, un terzo livello di sicurezza, nel caso in cui per alcuni tipi di operazioni sia previsto l'utilizzo di un supporto fisico, per esempio la *smart card*, per potersi identificare e accedere allo specifico servizio. L'Italia, secondo quanto previsto dal Regolamento *eIDAS*, ha provveduto a notificare alla Commissione Europea il Sistema Pubblico di Identità Digitale (SPID) per l'estensione del suo impiego in Europa. Il percorso di notifica è iniziato il 24 novembre 2017 e si è concluso l'11 luglio 2018, con il parere favorevole di tutti gli Stati membri. Lo SPID è stato quindi riconosciuto come lo strumento italiano di accesso ai servizi digitali delle pubbliche amministrazioni degli Stati dell'Unione Europea. Molto presto, in un'ottica di una sempre maggiore e necessaria digitalizzazione, SPID abiliterà tutti i soggetti accreditati, persone fisiche e imprese, ad accedere, ai servizi nazionali della Pubblica Amministrazione italiana e a tutti i servizi dell'Unione Europea. Si rinvia, per approfondimenti, alle Linee Guida per la definizione del Modello di Interoperabilità pubblicato dall'Agenzia per l'Italia Digitale del 23 aprile 2021.

il c.d. “passaporto UE” o “patente FinTech”, si potrà agire su base transnazionale sotto la vigilanza della stessa autorità europea.

Volendo trarre le fila dell’analisi fin qui condotta quel che soprattutto emerge dall’ambizioso Pacchetto sulla finanza digitale è l’insieme delle misure volte a incentivare prevalentemente il flusso d’investimenti verso “attività sostenibili” in tutta l’Unione Europea.

Viene così in rilievo un rafforzamento di quel carattere di sostenibilità della nuova finanza, più volte evidenziato, che certamente trova, nel supporto delle tecnologie abilitanti, un ideale strumento d’interazione e, nelle piattaforme di servizi/pagamento e *marketplace* d’investimento, quella necessaria *partnership* strategica per riuscire ad aprire inedite finestre di mercato, dando luogo ad un processo distributivo attraverso un’offerta di prodotti e servizi innovativi e tecnologicamente avanzati.

Tuttavia tale carattere, per affiancarsi ad un adeguato livello d’“inclusività” e superare alcune criticità che ancora si frappongono al suo completo riconoscimento – richiederà un approccio sistemico, soprattutto politico e di governo, affinché l’impatto finale della trasformazione digitale, incrociando e integrando le prospettive dello sviluppo sostenibile, crei un corretto bilanciamento tra le esigenze delle generazioni presenti e le potenzialità delle generazioni future anche mediante una distribuzione più equa dei vantaggi che essa sarà in grado di generare.



## **La figura del *lead independent director***

**SOMMARIO:** 1. Introduzione: la scarsa considerazione del *lead independent director*. – 2. Le attribuzioni del *lead independent director*. – 3. Le ragioni alla base dell'istituzione dell'ufficio. - 3.1. L'utilità del *lead independent director* per le “grandi società”. L'adeguatezza delle previsioni autodisciplinari. – 3.2. L'utilità del *lead independent director* in caso di cumulo della carica del presidente con la posizione di CEO e/o di azionista di controllo. – 3.3. (*Segue*): L'inadeguatezza delle previsioni autodisciplinari.

### *1. Introduzione: la scarsa considerazione del lead independent director*

Il *lead independent director* è una figura del tutto peculiare nell'ambito della disciplina della *corporate governance* delle società quotate. Se, da un lato, essa è ormai raccomandata da circa 15 anni dal codice di autodisciplina di Borsa Italiana (di seguito, il “Codice”)<sup>1</sup>, dall'altro lato, non è mai stata recepita dalla normativa cogente. A differenza, infatti, di molte disposizioni che hanno fatto ingresso nel nostro sistema a livello di *soft law* per essere successivamente elevate a norme di legge vincolanti dopo un certo periodo di “rodaggio”, tale destino non è toccato al *lead independent director*. Ciò risulta ancora più sorprendente là dove si pensi che il legislatore ha importato nell'art. 147-ter t.u.f. la previsione autodisciplinare che chiedeva la presenza di una certa quota di amministratori indipendenti in seno al consiglio, mentre, all'opposto, non si è mai sentito l'esigenza di imporre pure la nomina del loro *leader*.

Si potrebbe, allora, essere indotti a pensare che, nella prassi concreta, la presenza del *lead independent director* abbia dato prova di non essere effettivamente adeguata a tutte le società, giustificando così il suo “esilio” nella sola autodisciplina. E in effetti, come meglio si vedrà nel prosieguo, pure il Codice consiglia di istituire tale funzione solo alle società che presentino date caratteristiche. Nondimeno, però, dando uno sguardo alle statistiche, emerge subito come si tratti di una *best practice*

---

<sup>1</sup> La previsione del *lead independent director* fu inserita per la prima nella versione del Codice del 2006 (v. il criterio applicativo 2.C.3. e il relativo commento).

ampiamente seguita dalle società a cui è rivolta<sup>2</sup>, dimostrando così come, almeno per tali emittenti, si tratti di una funzione tutt'altro che “problematica”<sup>3</sup>.

Si ha, invece, l'impressione che, sempre da un punto di vista pratico, nel nostro sistema l'ufficio in questione sia spesso considerato come poco influente nelle dinamiche interne del consiglio di amministrazione: una funzione di scarsa rilevanza, assegnata semplicemente per mostrarsi in linea con i dettami del Codice, ma sostanzialmente incapace di incidere significativamente sul governo societario. Oltretutto, una simile sensazione risulta ulteriormente rafforzata dalla scarsissima attenzione che a tale carica è stata finora dedicata dalla dottrina interna in tema di *corporate governance*<sup>4</sup>.

---

<sup>2</sup> I dati riportati dal COMITATO ITALIANO CORPORATE GOVERNANCE, *Relazione 2020 sull'evoluzione della corporate governance delle società quotate*, 40 ss. indicano che tra le 68 società quotate che ricadono nei casi in cui il Codice raccomanda la nomina del *lead independent director*, ben 63 risultano *compliant* (pari all'89%). Sostanzialmente analoghi sono i risultati riportati da ASSONIME, *La Corporate Governance in Italia: autodisciplina, remunerazioni e comply-or-explain (anno 2020)*, febbraio 2021, Note e Studi, 3/2021, 37 ss., dove si dà conto di come siano 82 le società a cui si rivolge la raccomandazione e, di queste, 68 si sono adeguate (pari all'83%). Le lievi differenze tra i due studi sono sostanzialmente riferibili alla costruzione del campione di riferimento analizzato: il primo, infatti, è condotto sulle sole società che dichiarano di aderire alla versione del Codice in vigore al 2019; il secondo, invece, include tutti gli emittenti quotati.

<sup>3</sup> Una conferma si trae pure dalle dichiarazioni rese dalle (poche) società che risultano *non-compliant*, la maggior parte delle quali ha affermato che la mancata designazione del *lead independent director* è una situazione meramente provvisoria: v. ASSONIME, *op. cit.*, 38.

<sup>4</sup> Non si rinvengono, infatti, studi dedicati a tale figura, che viene talvolta trattata, oltre che nella manualistica (A. DE NICOLA, *Il diritto dei controlli societari*, Torino, 2018, 33; F. CHIAPPETTA, *Diritto del governo societario*, Milano, 2020, 126 ss.), nell'ambito di lavori dedicati, più in generale, agli amministratori indipendenti (G. FERRARINI, *Ruolo degli amministratori indipendenti e lead independent director*, in *La corporate governance e il risparmio gestito*, a cura di Assogestioni, 2006; D. REGOLI, *Gli amministratori indipendenti*, in *Liber Amicorum Campobasso*, vol. 2, Torino, 2006, 428 ss.) o al presidente del consiglio di amministrazione (P.M. SANFILIPPO-G. SPADARO, *Il presidente del consiglio di amministrazione e il lead independent director*, in *Assetti adeguati e modelli organizzativi nella corporate governance delle società di capitali*, M. Irrera (a cura di), Bologna, 2016, 420 ss.; L.M. PASSADOR, *Le funzioni del presidente del consiglio di amministrazione nelle società per azioni: tra disciplina di settore e autodisciplina*, Milano, 2021, 163 ss.).

Tuttavia, una maggiore consapevolezza dell'importanza del *lead independent director* si rinviene dall'analisi comparatistica. Il riferimento corre, *in primis*, agli ordinamenti di *common law* dove la figura (talvolta anche denominata "senior independent director"), pur rimanendo meramente auspicata e non imposta, è stata ideata proprio dalla stessa prassi ed è senz'altro maggiormente tenuta in considerazione: sia a livello operativo<sup>5</sup>, sia a livello accademico<sup>6</sup>. Nell'ambito dell'Europa continentale, inoltre, degno di nota è

---

<sup>5</sup> Un esempio che testimonia la maggiore pregnanza della figura in parola in USA è dato dalla mobilitazione contro il *lead independent director* di JP Morgan (Lee Raymond), avviata da un gruppo ambientalista (Majority Action) che, sostenuto da alcuni investitori della banca, lo ha considerato inidoneo a ricoprire tale carica a causa della sua lunga permanenza nel *board*, nonché delle sue posizioni sul cambiamento climatico e dei suoi interessi nel mercato del petrolifero (dove ha per anni operato quale *ex* CEO e presidente della società petrolifera ExxonMobil). V. le FAQ pubblicate sul sito di Majority Action, dove, alla domanda "Why is Lee Raymond unfit to provide independent leadership to address the risks of climate change at JPMorgan Chase?" viene risposto «Raymond has served on the Board of JPMorgan Chase (and its predecessor) for 33 years, far longer than corporate governance best practices suggest. As lead independent director, he is supposed to exercise independent oversight over Jamie Dimon, who holds both CEO and Chair roles at JPMorgan Chase. However, as the Council of Institutional Investors cautions, "extended periods of service may adversely impact a director's ability to bring an objective perspective to the boardroom." Moreover, as former chair and CEO of ExxonMobil (and its predecessor Exxon), Raymond was the architect of the company's efforts to promote denial of the risks and likelihood of climate change, even after Exxon scientists warned executives of the dangers of warming due to rising CO2 emissions. Raymond's family members, and potentially Raymond himself, have ongoing financial interests in the fossil fuel industry at a time when financial leaders and regulators are warning of the risks of sudden re-valuations of assets in the sector. Considering Raymond's long tenure, his uniquely poor record on climate issues, and his potential conflicts of interests, he is unqualified to provide the kind of oversight needed to drive reforms on climate, promote long-term shareholder value at JPMorgan Chase, and protect the financial system as a whole» (<https://www.majorityaction.us/jpm-faq>).

<sup>6</sup> *Ex multis*, T. RAJKOVIC, *Lead independent directors and investment efficiency*, in *Journal of corporate finance*, 2020, 101690 ss.; Y. NILI, *Successor Ceos*, in *Boston University Law Review*, 2019, 788 ss.; P. T. LAMOREAUX-L. P. LITOV-L. MAULER, *Lead Independent Directors: Good Governance or Window Dressing?*, 2018, reperibile al sito [www.ssrn.com](http://www.ssrn.com); R. KRAUSE-M.C. WITHERS-M. SEMADENI, *Compromise on the board: investigating the antecedents and consequences of lead independent director appointment*, in *Academy of Management Journal*, 2017, 2239 ss.; B. GAO-T.C. OMER, *Do Lead Independent Directors Influence Investor Valuations through Corporate Tax Policies?*, 2018, reperibile al sito [www.ssrn.com](http://www.ssrn.com).

l'ordinamento spagnolo, ove l'articolo 529-*septies* della *Ley de Sociedades de Capital* prevede, in alcune circostanze specifiche, un vero e proprio obbligo di nominare il *lead independent director* (lì denominato “consejero coordinador”)<sup>7</sup>.

Si pone allora l'interrogativo se il *lead independent director*, per come ideato nella nostra autodisciplina, risulti effettivamente un ufficio capace di migliorare in modo significativo le dinamiche di *corporate governance* delle società quotate e se non vi siano casi in cui sarebbe bene costringere gli emittenti a designarlo. Per dare risposta al quesito posto è necessario partire dall'analisi dei compiti allo stesso affidati, per poi valutare se questi sono in grado di rispondere alle esigenze di *governance* che si pongono nell'ambito delle società a cui si suggerisce di dotarsi di tale figura. Verranno infine sviluppate alcune valutazioni, in un'ottica *de jure condendo*.

## 2. Le attribuzioni del *lead independent director*

Il *lead independent director*, fin dalla sua prima introduzione, è stato definito come il «punto di riferimento e di coordinamento delle istanze e dei contributi degli amministratori non esecutivi e, in particolare, di quelli che sono indipendenti» (racc. n. 14, lett. a, del Codice, rimasta del tutto identica a quanto veniva già sancito nel criterio applicativo 2.C.3 nella versione del 2006). Ciò significa – banalmente - che, come ogni *leader*, egli è chiamato a fungere da guida, coordinando l'azione degli amministratori non esecutivi, in modo da rendere più incisiva la loro attività di controllo sugli amministratori delegati<sup>8</sup> e, così, contribuire al corretto funzionamento del c.d. *monitoring board* (tipico delle società per azioni, specialmente se quotate)<sup>9</sup>.

---

<sup>7</sup> Per una analisi v. il documento dell'IC-A (Istituto de Consejeros-Administradores) dal titolo *El papel del consejero coordinador*, reperibile al sito [www.iconsejeros.com](http://www.iconsejeros.com). Di particolare interesse è anche lo studio del Global Corporation Center, *El Consejero Coordinador*, reperibile al sito <https://www.globalcorporationcenter.com/wp-content/uploads/Informe-El-Consejero-Coordinador.pdf>, che addirittura contiene alcune raccomandazioni pensate per facilitarne l'azione.

<sup>8</sup> In questo senso: D. REGOLI, *op. cit.*, 429; P.M. SANFILIPPO-G. SPADARO, *op. cit.*, 421.

<sup>9</sup> Nel nostro sistema, infatti, il modello del *monitoring board* (ossia lo schema secondo cui il *plenum* fissa le linee strategiche della gestione e ne monitora

A fronte del riconoscimento formale di tale ruolo di vertice, però, l'attuale versione del Codice è piuttosto avara nell'individuazione dei relativi poteri-doveri, cosicché, inevitabilmente, il *lead independent director* rimane una figura dai contorni fumosi.

L'unica disposizione sul punto, infatti, è la racc. n. 14, lett. *b*, la quale si limita a sancire che il *lead independent director* «*coordina le riunioni dei soli amministratori indipendenti*» (c.d. *executive sessions*). Tale formula sembra evocare (in termini più concisi) quanto veniva precisato nel commento all'art. 2 delle pregresse edizioni del Codice, ove si leggeva che «*[a]l lead independent director è attribuita, tra l'altro, la facoltà di convocare, autonomamente o su richiesta di altri consiglieri, apposite riunioni di soli amministratori indipendenti per la discussione dei temi giudicati di interesse rispetto al funzionamento del consiglio di amministrazione o alla gestione sociale*»<sup>10</sup>. Ci si può, inoltre, agevolmente spingere a ritenere che il compito di “coordinare” le

---

l'attuazione da parte dell'amministratore delegato) viene delineato dalla disciplina codicistica della delega gestoria e, soprattutto, del riparto di funzioni tra delegati e deleganti che ad essa consegue (art. 2381, co. 2, 3, 4 e 5, c.c.). Tuttavia, nelle società azionarie chiuse non è infrequente la previsione di deleghe circoscritte, che di fatto lasciano che sia il consiglio a decidere in prima persona, non solo i profili inerenti all'alta amministrazione, ma anche questioni più di dettaglio. Ed è chiaro che tanto più il *board* interviene nella gestione *day to day*, tanto più esso rinuncia al ruolo di *monitoring*. Di contro, nelle società quotate, la composizione del c.d.a. imposta dall'art. 147-ter t.u.f. - e, nello specifico, la previsione di amministratori indipendenti - rende evidente la necessità che il *plenum* si occupi soltanto dell'amministrazione strategica, delegando invece la totalità della gestione operativa (sulla quale viene chiamato a svolgere una mera attività di monitoraggio). In questo senso si esprime anche l'art. 1 del Codice, ai sensi del quale «*[l]'organo di amministrazione [...] definisce le strategie della società e del gruppo ad essa facente capo [...] e ne monitora l'attuazione*». Per tali notazioni v. M. REBOA, *Il monitoring board e gli amministratori indipendenti*, in *Giur. Comm.*, 2010, I, 658; in generale, sul modello del *monitoring board*, cfr. tra i molti G. FERRARINI, *Funzione del consiglio di amministrazione, ruolo degli amministratori indipendenti e doveri fiduciari*, M. Bianchini-C. Di Noia (a cura di), *I controlli societarie. Molte regole nessun sistema*, Milano, 2010, 51; nella letteratura anglosassone, cfr. S. BAINBRIDGE, *The new corporate governance in theory and practice*, Oxford, 2008, 160 ss.; M.A. EISENBERG, *Corporation and other business organisation*, New York, 2008; ID., *The structure of the corporation: a legal analysis*, Whashington, 1976, 162 ss.

<sup>10</sup> Con le modifiche apportate nel 2020 si è, quindi, dato ascolto a quella dottrina che aveva ritenuto opportuno spostare tale previsione dai commenti ai principi generali o ai criteri applicativi: P.M. SANFILIPPO-G. SPADARO, *op. cit.*, 242 nt. 133.

*executive sessions* includa pure tutta quella serie di ulteriori compiti necessari a organizzare e gestire dette riunioni, quali: la fissazione dei temi da trattare, l'inoltro di eventuali informazioni utili alla riunione<sup>11</sup>, la direzione della discussione<sup>12</sup>, la documentazione di quanto accaduto, ecc. Si tratta, pertanto, di prerogative di carattere prettamente ordinatorio<sup>13</sup>, funzionali a fare sì che i lavori della componente indipendente del consiglio di amministrazione si svolgano in modo ordinato e, perciò, efficiente.

Benché quella appena descritta sia senz'altro un'attribuzione immancabile del *lead independent director*<sup>14</sup> (come del resto testimonia

---

<sup>11</sup> Va precisato, infatti, che le *executive sessions*, in base a quanto previsto dallo stesso Codice, sono tese a «valutare i temi ritenuti di interesse rispetto al funzionamento dell'organo di amministrazione e alla gestione sociale» (racc. n. 5): il riferimento a quest'ultima implica che durante questi incontri si affrontino questioni di cui tali amministratori non hanno diretta conoscenza, sì che diviene essenziale che il *lead independent director* provveda a fornire le informazioni necessarie.

<sup>12</sup> P.M. SANFILIPPO-G. SPADARO, *op. cit.*, 426.

<sup>13</sup> Simili a quelli affidati al presidente dell'organo gestorio dall'art. 2381, co. 1, c.c. [sui quali cfr. F. BARACHINI, sub art. 2381 c.c., in *Comm. s.p.a. Abbadessa-Portale*, Milano, 2016, 1194; P. MORANDI, sub art. 2381 c.c., in *Il nuovo diritto delle società*, A. Maffei Alberti (a cura di), Padova, 2005, 667; P.M. SANFILIPPO-G. SPADARO, *op. cit.*, 393 e 410; F. BONELLI, *Presidente del consiglio di amministrazione di s.p.a.: poteri e responsabilità*, in *Giur. Comm.*, 2013, I, 217; L. NAZZICONE, sub art. 2381 c.c., in *Società per azioni. Amministrazioni e Controlli*, L. Nazzicone-S. Providenti (a cura di), in *La riforma del diritto societario*, G. Lo Cascio (diretto da), Milano, 2003, 25; M. SPIOTTA, *Il management*, in *Assemblea e amministratori*, G. Cavalli (a cura di), Torino, 2013, 711 ss., spec. 715; A. DE NICOLA, sub art. 2381 c.c., in *Comm. alla riforma delle società diretto da Marchetti-Bianchi-Ghezzi-Notari*, Milano, 2005, 113 nt. 49; F. VASSALLI, sub art. 2381 c.c., in *Commentario romano al nuovo diritto delle società*, II, 2, F. D'Alessandro (a cura di), Padova, 2010, 25 s.; S. BRUNO, sub art. 2381 c.c., in *Codice commentato delle s.p.a.*, G. Fauceglia-G. Schiano di Pepe (a cura di), II, Milano, 2007, 633; e prima della riforma G. SCALFI, *Il presidente del consiglio di amministrazione nelle società per azioni*, in *Riv. soc.*, 1969, 26 ss.; O. CAGNASSO, *L'amministrazione collegiale e la delega*, in *Tratt. Colombo-Portale*, 4, Torino, 1991, 260; F. BONELLI, *Gli amministratori di società per azioni*, Milano, 1985, 23] con l'importante differenza, però, che mentre la presenza di quest'ultimo è strettamente legata al metodo collegiale imposto per l'assunzione delle decisioni dell'organo, lo stesso non può certo dirsi per le riunioni ristrette degli amministratori indipendenti. V. anche *infra*, par. 3.1.

<sup>14</sup> V. M. IRRERA, *Il ruolo del presidente del consiglio di amministrazione nella governance delle banche*, in *Assetti adeguati e modelli organizzativi nella corporate governance delle società di capitali*, M. Irrera (diretto da), Bologna, 2016, 678; P.M.

anche la comparazione con altri codici di autodisciplina stranieri)<sup>15</sup>, non pare potersi dire che questa esaurisca le mansioni che secondo l'autodisciplina è bene assegnargli. Come si è detto, infatti, egli è considerato dal Codice come la persona di riferimento di *tutti* gli amministratori non esecutivi, ivi inclusi quelli che non risultano dotati del requisito di indipendenza posto dalla racc. n. 7. E visto che rispetto a questi ultimi non viene prevista alcuna forma di dialogo extra-consiliare, non si può che concludere che, in qualche modo, il Codice chiede pure di assegnare al *lead independent director* dei compiti attinenti alle adunanze del consiglio di amministrazione. Tuttavia, da questa prospettiva, l'attuale versione del Codice non rende in nessun modo esplicita l'assegnazione di qualche mansione a tale soggetto. E ciò a differenza di quanto veniva previsto nella edizione passata, dove si affermava espressamente che il *lead independent director* «collabora con il presidente del consiglio di amministrazione al fine di garantire che gli amministratori siano destinatari di flussi informativi completi e tempestivi» (criterio applicativo 2.C.5., lett. b)<sup>16</sup>. Nonostante sarebbe stato meglio non rimuovere la *best practice* appena riportata, sembra che la scelta di eliminarla sia stata dettata da mere esigenze di sintesi (che hanno mosso l'intera revisione del Codice) e non da un reale ripensamento sulla bontà della stessa. Anzi. Il coinvolgimento del *lead independent director* nella predisposizione della documentazione pre-consiliare si può trarre da altre previsioni del Codice, espressamente dedicate al presidente. Il riferimento va, da un lato, al principio n. X che chiede a quest'ultimo di operare un «*raccordo tra gli amministratori esecutivi e gli amministratori non esecutivi*», che si risolve essenzialmente nel predisporre l'informativa pre-consiliare<sup>17</sup>; e,

---

SANFILIPPO-G. SPADARO, *op. cit.*, 425 s.; G. FERRARINI, *Ruolo degli amministratori indipendenti e lead independent director*, cit.

<sup>15</sup> Cfr. il principle V, lett. d) dei *Common Sense Principles 2.0* nordamericani; la provision n. 12 dello *UK Corporate Governance Code*; la raccomandazione n. 34 del *Good Governance Code of Listed Companies* spagnolo.

<sup>16</sup> Su tale disposizione v. P.M. SANFILIPPO-G. SPADARO, *op. cit.*, 426.

<sup>17</sup> Per la notazione che anche nelle società chiuse il presidente svolge un'opera di raccordo tra le varie componenti del c.d.a. mediante la predisposizione dell'informativa pre-consiliare: F. BARACHINI, *op. cit.*, 1185 s. e 1188 s.; V. CALANDRA BUONAURA, *L'amministrazione nelle società per azioni nel sistema tradizionale*, in *Tratt. Buonocore*, IV, 4.VI\*, Torino, 2019, 187; L. ARDIZZONE, *Il ruolo del presidente nelle società bancarie*, in *Riv. soc.*, 2014, 1328.

dall'altro lato, alla raccomandazione n. 12, che, in applicazione di tale principio, stabilisce che lo stesso presidente debba curare «*che l'informativa pre-consiliare e le informazioni complementari fornite durante le riunioni siano idonee a consentire agli amministratori di agire in modo informato nello svolgimento del loro ruolo*». Il che implica, tra il resto, che dette informazioni debbano essere calibrate sulle specifiche esigenze conoscitive degli amministratori non esecutivi: profilo, questo, particolarmente delicato, atteso che, per un verso, tali amministratori non esecutivi (specie se di società quotate) sono molto lontani dalla gestione operativa e spesso hanno scarsa dimestichezza con le dinamiche interne all'azienda<sup>18</sup> e, per l'altro verso, essi sono dotati di competenze profondamente diverse tra loro. In presenza del *lead independent director* - che per espressa previsione è l'esponente delle "istanze" degli amministratori non esecutivi - tale opera di raccordo tra le varie componenti del consiglio diviene intermediata. Ciò implica che il presidente, nell'adempimento dei propri compiti informativi, dovrà interfacciarsi con detto ufficio, che si

---

<sup>18</sup> Si tratta di un problema noto e particolarmente allarmante, poiché la ridotta conoscenza del *business* da parte degli amministratori non esecutivi (e in particolare di quelli indipendenti) conduce tali consiglieri a essere spesso "catturati" da quelli esecutivi (G. MEO, *Per un ripensamento dell'organo amministrativo delle società quotate*, in *Analisi giur. econ.*, 2019, 533), ovvero ad affidarsi supinamente a quanto gli viene riportato dai delegati (o dai vertici aziendali), senza (la capacità di) rilevare eventuali lacune, contraddizioni o atti di *mala gestio*. In queste condizioni è chiaro che si pregiudica alla radice sia la possibilità che si instauri una reale funzione di monitoraggio sulla gestione operativa, sia l'effettiva partecipazione di tutti i membri all'attività collegiale (L. ARDIZZONE, *op. cit.*, 1328 nt. 76). Per tale ragione, il Codice dedica particolare attenzione al tema dell'informativa pre-consiliare (cfr. principio n. IX, racc. nn. 11 e 12 lett. a), considerato il principale rimedio al rischio indicato. È ovvio, infatti, che la conoscenza del *business* e del suo andamento rappresenta la base imprescindibile per poter partecipare alla gestione: G. MEO, *op. cit.*, 532, il quale nota che «l'asse determinante in cui s'incardina l'azione imprenditoriale è quello informazione-decisione»; G. MERUZZI, *L'informativa endo-societaria nella società per azioni*, in *Contr. impr.*, 2010, 737 ss.; P. MONTALENTI, sub *art. 2381 c.c.*, in *Il nuovo diritto societario*, a cura di G. Cottino, Bologna, 2004, 680; P.M. SANFILIPPO-G. SPADARO, *op. cit.*, 393; F. BARACHINI, *op. cit.*, 1188; F. BONELLI, *Presidente*, cit., 219; M. IRRERA, *op. cit.*, 675 nt. 8; L. ARDIZZONE, *op. cit.*, 1323. A questa si affiancano pure altri istituti, quali gli *induction programs* di cui alla racc. n. 12 lett. d (sui quali v. U. SIMONELLI, *Induction program*, in *La segreteria societaria*, B. Cova-E. Nitti-W. Carraro (a cura di), Milano, 2018, 245 ss.), o la possibilità di avvalersi di consulenti esterni prevista dalla racc. n. 17 (M. REBOA, *op. cit.*, 665).

pone come una sorta di “porta-voce” delle esigenze degli amministratori deleganti, verso il quale questi convogliano le proprie richieste affinché vengano “filtrate” e trasmesse al presidente. Il tutto nell’ottica di garantire una partecipazione effettiva (poiché ben informata) dei membri non esecutivi al procedimento collegiale<sup>19</sup> e, così, consentire un concreto controllo del lavoro svolto dagli amministratori delegati.

Emerge, dunque, come il *lead independent director*, nel nostro sistema, rivesta un ruolo di carattere eminentemente organizzativo, chiamato, da un lato, a preparare e dirigere le attività degli amministratori indipendenti condotte fuori dalle riunioni consiliari, e dall’altro lato, a collaborare con il presidente affinché la componente non esecutiva del consiglio sia destinataria di flussi informativi che la mettano in condizioni di contribuire alla discussione consiliare<sup>20</sup>. Il tutto nel chiaro intento di aiutare il presidente a garantire il buon funzionamento del metodo collegiale e del *monitoring board*<sup>21</sup>. Si può

---

<sup>19</sup> Nel senso che il presidente debba promuovere l’effettiva partecipazione dei singoli amministratori: P.M. SANFILIPPO, *Il presidente del consiglio di amministrazione*, in *Liber Amicorum Campobasso*, vol. 2, Torino, 2006, 452; P.M. SANFILIPPO-G. SPADARO, *op. cit.*, 410; F. BONELLI, *Gli amministratori di s.p.a. a dieci anni dalla riforma del 2003*, Torino, 2013, 61, il quale nota altresì che «in tanto ha senso affidare l’amministrazione a un consiglio – anziché ad un amministratore unico – in quanto il maggior “costo” della collegialità sia compensato dall’effettivo contributo di tutto il consiglio alla gestione della società»; v. anche P. CUOMO, *Il presidente del consiglio di amministrazione di s.p.a.*, in *Riv. dir. soc.*, 2012, 572.

<sup>20</sup> Qualche dubbio può essere nutrito sulla riferibilità della raccomandazione in questione alle società che adottano il modello dualistico, tenuto conto che il consiglio di sorveglianza (a cui il Codice assegna la qualifica di “organo di amministrazione”, almeno quando è dotato dei poteri di alta amministrazione *ex art. 2409-terdecies*, co. 1, lett. f-bis, c.c.) è, come noto, un organo formato da soli soggetti dotati dei requisiti di indipendenza (almeno quelli previsti dall’art. 148 t.u.f.). Ne deriva che, in questo contesto: da un lato, perdono di significato le c.d. *executive sessions*, giacché ogni riunione dell’organo di sorveglianza è il luogo ove la componente indipendente della funzione gestoria si confronta; dall’altro lato, già esiste il presidente dell’organo chiamato a organizzare la funzione di *monitoring*, rendendo sostanzialmente inutile il *lead independent director*. Non per nulla la carica che ci occupa non è contemplata nell’ambito del *German Code of Corporate Governance* (2019).

<sup>21</sup> In termini generali, ravvisano nel presidente il garante della collegialità, F. BARACHINI, *op. cit.*, 1185; P. MORANDI, *op. cit.*, 666; P.M. SANFILIPPO-G. SPADARO, *op. cit.*, 416; F. BONELLI, *Gli amministratori di s.p.a. a dieci anni dalla riforma*, cit., 61; ID., *Il presidente*, cit., *passim*; più in generale, sulla funzione di garante

affermare, dunque, di essere innanzi (non certo a un organo societario, ma semplicemente) a un ufficio interno al consiglio di amministrazione<sup>22</sup>, la cui creazione non per nulla è rimessa dal Codice al *plenum*, in attuazione del principio n. XI che chiede proprio a detto

---

dell'efficienza del c.d.a., A. AIELLO-C. PISTOCCHI, *Il ruolo del presidente del consiglio di amministrazione nelle società quotate*, in *Diritto Bancario*, 2018, 1; L. NAZZICONE, *op. cit.*, 26; M. SPIOTTA, *op. cit.*, 711; M. IRRERA, *op. cit.*, 674. Tale ruolo, peraltro, è reso esplicito nella disciplina bancaria, che sancisce che «[i]l presidente del consiglio di amministrazione svolge una funzione cruciale per garantire il buon funzionamento del consiglio» (Parte Prima, Titolo IV, Capitolo I, Sezione V, par. 2.1., Circolare n. 285 del 17 dicembre 2013): v. L. ARDIZZONE, *op. cit.*, 1326, secondo il quale si tratta di una disposizione in linea con la normativa civilistica.

<sup>22</sup> Il tema della differenza tra “uffici-organi” e meri “uffici” è questione complessa che non può certo essere trattata diffusamente in questo contesto. Qui basti notare che la dottrina giuscommercialistica più recente spesso connette la qualifica di “organo” alla presenza del potere di compiere atti aventi rilevanza “esterna”, che si risolve nella capacità di formare (e attuare) la volontà dell’ente e, pertanto, di essere lo strumento tramite il quale a questo vengono imputate situazioni giuridiche. Per tale ragione, si reputano “organi” soltanto quelli previsti dalla legge, giacché solo questa può fissare i criteri di legittimazione (attiva e passiva) degli enti. In questi termini cfr. V. CARIELLO, *Operazioni con parti correlate e sistema dualistico*, in *Le operazioni con parti correlate*, ID. (a cura di), Milano, 2011, 112; M. STELLA RICHTER jr., *I comitati interni all’organo amministrativo*, in *Riv. soc.*, 2007, 261; R. LENER, *Comitati interni e consiglieri «non sorveglianti»*, in *AGE*, 2007, 2, 369 ss.; per un’analisi critica anche alla luce delle risultanze del diritto amministrativo v. S. HOUBEN, *I comitati endoconsiliari privi di compiti decisionali: struttura e funzionamento dell’organo amministrativo di una società quotata*, in *Codice di Corporate Governance. Commentario*, A. Abu Awwad-F. Bordiga (a cura di), Torino, in corso di pubblicazione; sulla differenza v. anche, in termini generali, M.S. GIANNINI, *Organi (teoria generale)*, in *Enc. dir.*, XXXI, Milano, 1981, 45. Preme altresì notare che talvolta, per riconoscere o negare la natura di “organo” a un certo ufficio previsto dalla legge, si è dato rilievo anche alla relativa obbligatorietà o facoltatività: sulla base di tale criterio, ad esempio, è stata da alcuni negata la natura organica dell’organismo di vigilanza ex d.lgs. 231/2001 (P. MONTALENTI, *Organismo di vigilanza e sistemi di controlli*, in *Giur. Comm.*, 2009, I, 650; M. IRRERA-E. FREGONARA, *L’organismo di vigilanza*, in *Diritto del governo delle imprese*, M. Irrera (diretto da), Torino, 2016, 531; per una critica C. FRIGENI-C. PRESCIANI, *Commento agli art. 5-6-7 decreto legislativo n. 231/2001. Profili societari - § F) L’organismo di vigilanza*, in *Compliance. Responsabilità da reato degli enti collettivi*, D. Castronuovo-G. De Simone-E. Ginevra-A. Lionzo-D. Negri-G. Varraso (a cura di), Milano, 2019, 251 ss.).

organo di «assicura[re] una adeguata ripartizione interna delle proprie funzioni».

### 3. *Le ragioni alla base dell'istituzione dell'ufficio*

Illustrate le prerogative che il Codice ritiene opportuno attribuire al *lead independent director*, ci si deve ora chiedere se queste siano effettivamente in linea con le esigenze che si pongono nelle società alle quali si chiede di procedere alla sua istituzione. Si tratta, in altri termini, di comprendere quali sono i problemi di *governance* che si vorrebbero risolvere mediante l'individuazione del *leader* degli amministratori non esecutivi e se la posizione ad esso attribuita sia effettivamente in grado di risolverli.

A questo proposito, è bene distinguere tra le diverse ipotesi in cui il Codice raccomanda la creazione della carica in questione. Come anticipato, infatti, la racc. n. 13 non si rivolge a tutte le società quotate, bensì soltanto a quelle che abbiano determinate caratteristiche e, segnatamente stabilendo la necessità di tale nomina: «*a) se il presidente dell'organo di amministrazione è il chief executive officer o è titolare di rilevanti deleghe gestionali; b) se la carica di presidente è ricoperta dalla persona che controlla, anche congiuntamente, la società; c) nelle società grandi, anche in assenza delle condizioni indicate alle lettere a) e b), se lo richiede la maggioranza degli amministratori indipendenti*».

Per ragioni espositive, si partirà dall'analisi dell'ultima ipotesi (*sub c*), ove la designazione del *lead independent director* è legata essenzialmente alle dimensioni dell'emittente, tenendola distinta dalle prime due (*sub a, b*), in cui si consiglia di istituire l'ufficio *de quo* viene considerato opportuno in presenza di alcune condizioni peculiari in cui si può trovare il presidente.

#### 3.1. *L'utilità del lead independent director per le "grandi società". L'adeguatezza delle previsioni autodisciplinari*

Abbastanza immediata è l'individuazione della *ratio* della previsione che chiede la nomina del *lead independent director* nelle

“società grandi”<sup>23</sup>, almeno qualora ne faccia richiesta la maggioranza degli amministratori indipendenti. Si deve premettere che, in questi contesti, l’elevato livello di complessità che la gestione raggiunge rende senz’altro opportuno intensificare il *monitoring* sugli amministratori esecutivi, onde evitare che la spiccata lontananza dalla gestione corrente della componente non esecutiva e indipendente consenta ai delegati di estrarre facilmente benefici privati. In quest’ottica, l’istituzione del *lead independent director* si affianca alla racc. n. 5, la quale, mossa chiaramente dal medesimo obiettivo, chiede proprio alle “società grandi” di avere un numero più alto di amministratori indipendenti<sup>24</sup>, ai quali viene inoltre suggerito di riunirsi «*in assenza degli altri amministratori, con cadenza periodica e comunque almeno una volta all’anno per valutare i temi ritenuti di interesse rispetto al funzionamento dell’organo di amministrazione e alla gestione sociale*» (racc. n. 5).

Si capisce, allora, che l’elevato numero di amministratori indipendenti richiesti per le “società grandi” potrebbe porre l’esigenza di avere una figura che si occupi di coordinarne l’azione<sup>25</sup>, soprattutto considerando che è buona prassi che questi, anziché formare la propria opinione soltanto in seno alle adunanze consiliari, si confrontino tra loro pure all’esterno dell’organo, in assenza degli amministratori esecutivi. Inoltre, la presenza massiccia in consiglio di membri indipendenti potrebbe rendere maggiormente complicato per il presidente accertarsi che ciascuno di loro abbia tutto quanto gli serve

---

<sup>23</sup> Definite dal Codice come quelle società «*la cui capitalizzazione è stata superiore a 1 miliardo di euro l’ultimo giorno di mercato aperto di ciascuno dei tre anni solari precedenti*». Nelle scorse edizioni del Codice (a partire da quella del 2011), invece, tale ipotesi era riferita alle società appartenenti all’indice FTSE-MIB. Per una analisi della disposizione precedente v. P.M. SANFILIPPO-G. SPADARO, *op. cit.*, 419 ss. Nella dottrina anteriore al 2011: D. REGOLI, *op. cit.*, 429; U. TOMBARI, *Amministratori indipendenti, “sistema dei controlli e corporate governance: quale futuro?”*, in *Corporate governance e “sistema dei controlli”*, U. Tombari (a cura di), Torino, 2013, 49.

<sup>24</sup> Pari ad almeno 1/3 dell’intero c.d.a. per le “società grandi a proprietà concentrata” e ad almeno 1/2 nelle altre “società grandi” (racc. n. 5).

<sup>25</sup> In dottrina si è segnalata la possibilità di designare simile carica anche nell’ambito delle società chiuse che abbiano statutariamente previsto la necessaria presenza di amministratori indipendenti: P.M. SANFILIPPO-G. SPADARO, *op. cit.*, 419 ss. e nt. 17.

per prepararsi adeguatamente alle riunioni dell'organo, cosicché potrebbe porsi la necessità di avere un certo supporto nella fase di "raccolta" delle relative istanze<sup>26</sup>.

Appare evidente, pertanto, che, rispetto alle esigenze appena illustrate, i compiti assegnati al *lead independent director* risultano perfettamente coerenti. Tuttavia, non sembra che detto ufficio assuma nelle dinamiche interne del consiglio di amministrazione un'importanza tale da richiedere una previsione di *hard law*: e ciò nemmeno in quei casi in cui vi sia un numero elevato di amministrazioni indipendenti.

Anzitutto, va osservato che il vincolo normativo alla nomina di una carica dotata di poteri ordinatori si giustifica soltanto là dove si imponga parallelamente il rispetto del metodo collegiale per la formazione "artificiale" di una volontà collettiva. Tuttavia, le *executive sessions* risultano semplicemente strumentali a sviluppare un dialogo costruttivo tra soggetti deputati a svolgere la medesima funzione in seno al consiglio, ma non sono certo volte all'assunzione di decisioni vincolanti per tutti coloro che vi partecipano. Sicché non ha alcuna ragione di porsi la collegialità.

A ciò si aggiunga che non pare potersi escludere che gli amministratori indipendenti siano effettivamente in grado di organizzarsi autonomamente. Del resto, come visto, lo stesso Codice chiede la nomina di un *lead independent director* solo qualora siano gli stessi amministratori indipendenti a farne esplicita richiesta, a dimostrazione del fatto che questa figura potrebbe, in concreto, non essere necessaria<sup>27</sup>.

---

<sup>26</sup> In questo senso, è chiaro che il nostro Codice si è ispirato a quanto previsto dallo *UK Corporate Governance Code*, il quale, però, statuisce che in tutte le società (e non solo quelle di maggiori dimensioni) «*At least half the board, excluding the chair, should be non-executive directors whom the board considers to be independent*» e, di conseguenza, chiede sempre la designazione da parte del *board* di un *senior independent director* «*to provide a sounding board for the chair*».

<sup>27</sup> Al massimo, può porsi il dubbio se, innanzi a una esplicita richiesta in tal senso formulata dalla maggioranza degli amministratori indipendenti, non vi sia un vero e proprio obbligo del *board* di procedere all'istituzione del *lead independent director*. In realtà, nelle passate versioni del Codice, al *plenum* veniva riconosciuta la possibilità di disattendere tale istanza, purché la scelta venisse motivata e le ragioni rese note al mercato tramite la relazione sul governo societario (v. criterio applicativo 2.C.4 Codice 2018). Sembra tuttavia possibile ritenere che il generale obbligo di diligenza

Né a reggere una disposizione di questo calibro sembra potersi addurre il bisogno di creare un *trait d'union* tra gli amministratori non esecutivi e il presidente: anche in questo caso, sarà eventualmente il consiglio di amministrazione a valutare l'opportunità di istituire al proprio interno la funzione *de qua*<sup>28</sup>.

---

degli amministratori (in cui ricade pure l'obbligo del consiglio di auto-organizzarsi) imponga al *plenum* di procedere alla nomina del *lead independent director* ogniqualvolta ne faccia domanda la maggioranza degli amministratori indipendenti: là dove, infatti, questa pretesa non sia manifestamente infondata, essa dimostra con evidenza l'inadeguatezza della struttura interna dell'organo.

<sup>28</sup> Non sembra potersi condividere l'idea di chi (P.M. SANFILIPPO-G. SPADARO, *op. cit.*, 422 nt. 130) ritiene che in questi casi il c.d.a. non possa decidere di designare un *lead independent director* in assenza dell'iniziativa proveniente dalla maggioranza degli amministratori indipendenti. Tale impostazione, infatti, giunge a operare una compressione ingiustificata del potere di auto-organizzazione spettante al *plenum*, anche tenuto conto che il nostro Codice ha scelto di mantenere in capo allo stesso il compito di istituire tale figura, senza rimmetterlo all'esclusiva competenza degli amministratori indipendenti (come invece avviene in altri sistemi: v. art. 529-*septies* della *Ley de Sociedades de Capital*, che richiede l'astensione degli amministratori esecutivi per la nomina di tale figura). Ciò implica che all'organo gestorio vada riconosciuta una certa discrezionalità sul punto, anche considerando che, come visto, la previsione del *lead independent director* si spiega al fine di aiutare il *board* a svolgere al meglio la propria funzione di *monitoring* e parallelamente alleggerire il carico di lavoro del presidente del c.d.a. per porlo nelle condizioni di espletare il suo ruolo nell'interesse di tutti gli amministratori (a prescindere se esecutivi, non esecutivi o indipendenti). Al più, si potrebbe discutere se siffatta discrezionalità possa essere compressa dall'autonomia statutaria. A questo proposito, però, sembrano doversi ritenere inammissibili clausole "estreme" che obblighino o vietino *tout court* al c.d.a. di istituire al proprio interno l'ufficio in questione (ma *contra* P.M. SANFILIPPO-G. SPADARO, *op. cit.*, 422, che ammettono la possibilità di imporre sempre la nomina). In questo senso spinge, non solo l'idea generale che nelle s.p.a. debbano ritenersi tendenzialmente inderogabili le prerogative proprie dei singoli organi (non ammettendosi ingerenze fuori dai casi previsti dalla legge: v. da ultimo F. BORDIGA, *Spunti in tema di autonomia statutaria nelle società per azioni*, in corso di pubblicazione su *Riv. soc.*), ma anche la dottrina che si è formata sullo specifico istituto della delega gestoria (principale strumento di riparto interno di funzioni del c.d.a.), la quale: da un lato, riconosce ormai pacificamente l'ammissibilità delle c.d. deleghe atipiche e, conseguentemente, lascia al *plenum* la piena facoltà di auto-organizzarsi come meglio crede pure in difetto dell'autorizzazione espressamente prevista *ex art.* 2382, co. 2, c.c. (cfr. *ex multis*, P. ABBADESSA, *Profili topici della delega amministrativa*, in *Liber Amicorum Campobasso*, 2, Torino, 2006, 507 ss.; F. BONELLI, *Gli amministratori di s.p.a. a dieci anni dalla riforma del 2003*, cit., 42; F. BARACHINI, *op. cit.*, 1200, il quale, però, pure ammettendo la delega atipica, riconosce

Al più si potrebbe pensare, in una prospettiva *de codice condendo*, di inserire nell'autodisciplina delle prerogative ulteriori in favore del *lead independent director*, sempre nell'ottica di garantire una adeguata organizzazione della funzione di monitoraggio svolta dai membri non esecutivi dell'organo gestorio. Così, ad esempio, si potrebbe prevedere un coinvolgimento attivo di questa figura nella fase di predisposizione delle procedure consiliari deputate ad «assicurare un'efficace gestione dell'informativa consiliare» (principio n. IX e racc. n. 11). Prendendo spunto, poi, dalla analisi comparatistica, sarebbe anche il caso di assegnare allo stesso un ruolo specifico nell'ambito della verifica periodica del mantenimento dell'indipendenza dei singoli membri del consiglio (racc. n. 6), nonché nel processo di autovalutazione dell'organo gestorio (principio XIV) e nella formulazione degli orientamenti sulla composizione dello stesso (racc. n. 23)<sup>29</sup>. Infine, di sicuro impatto rispetto all'obiettivo di mettere il *lead independent director* nella posizione di guidare al meglio gli amministratori non esecutivi sarebbe il riconoscimento allo stesso della possibilità di partecipare alla fase di c.d. *investors relations*, ossia ai contatti che si sviluppano tra gli azionisti rilevanti e i gestori<sup>30</sup>: la cui gestione è oggi

---

all'autonomia statutaria la possibilità di vietare al collegio il ricorso alla delega); e dall'altro lato, è ormai abbastanza concorde nel negare validità alle c.d. deleghe obbligatorie (O. CAGNASSO, *Nomina dei delegati e "interferenze" di organi o soggetti esterni al consiglio*, in questa *Riv. soc.*, 2007, 1074; F. BONELLI, *Gli amministratori di s.p.a. a dieci anni dalla riforma del 2003*, cit., 42; F. BORDIGA, *op. cit.*; *contra*, P.M. SANFILIPPO, *Riforma delle società e interpreti in controtendenza: il caso della delega amministrativa "obbligatoria"*, in *Banca borsa*, 2007, I, 353 ss.; v. anche F. BARACHINI, *op. cit.*, 1202, ove ampie citazioni della dottrina maggioritaria; ID., *La gestione delegata nella società per azioni*, Torino, 2008, 93 ss.). Si potrebbero (forse) considerare ammissibili, invece, clausole che si limitano a rafforzare il potere degli amministratori indipendenti nella designazione del *lead independent director* (ad es. riconoscendo il potere di pretendere la nomina a ciascuno di essi e non solo alla maggioranza: v. la nota precedente), incidendo sul processo di nomina, senza che le valutazioni dei soci si sostituiscano a quelle dell'organo amministrativo (in senso affermativo, v. ancora P.M. SANFILIPPO-G. SPADARO, *op. cit.*, 422).

<sup>29</sup> V. *Common Sense Principles 2.0.*, i quali includono tra le responsabilità di tale soggetto anche: «*Guiding the annual board self-assessment*» nonché «*Guiding the board's consideration of CEO compensation*» e infine «*Guiding the CEO succession planning process*» (principle V, lett. c-d).

<sup>30</sup> Per la notazione secondo cui nel nostro sistema manchi un momento di contatto diretto tra azionisti e amministratori indipendenti, v. D. REGOLI, *op. cit.*, 430; P.M. SANFILIPPO-G. SPADARO, *op. cit.*, 420; ma *contra* A. DE NICOLA, *Il diritto dei*

rimessa dal Codice al solo presidente (v. racc. n. 3 che chiede a quest'ultimo di assicurare «*che l'organo di amministrazione sia in ogni caso informato, entro la prima riunione utile, sullo sviluppo e sui contenuti significativi del dialogo intervenuto con tutti gli azionisti*»)<sup>31</sup>.

### 3.2. *L'utilità del lead independent director in caso di cumulo della carica del presidente con la posizione di CEO e/o di azionista di controllo*

Diversa, invece, è la *ratio* della previsione di un *lead independent director* quando il presidente sia al contempo il CEO e/o l'azionista di controllo dell'emittente. Si tratta di ipotesi accomunate dal fatto che colui che determina le principali scelte gestorie (in via diretta o tramite la nomina della maggioranza degli amministratori)<sup>32</sup> viene

---

*controlli societari*, cit., 33, secondo il quale «*il ruolo del lead independent director può altresì estrinsecarsi nell'attività di "rappresentanza" degli amministratori indipendenti nel rapporto con gli azionisti – come peraltro accade nell'esperienza anglosassone – al fine di garantire che le relative istanze possano essere adeguatamente discusse in sede consiliare*». Per tale funzione v.: il principle V, lett. d dei *Common Sense Principles 2.0.*; la prevision n. 12 dello *UK Corporate Governance Code*, che sancisce che il *senior independent director* «*serve as an intermediary for the other directors and shareholders*»; la raccomandazione n. 34 del *Good Governance Code of Listed Companies* spagnolo, che chiede allo statuto o al regolamento del *board* di assegnare al *lead independent director* il potere di «*maintain contacts with investors and shareholders to hear their views and develop a balanced understanding of their concerns, especially those to do with the company's corporate governance*»; analogamente la raccomandazione n. 4.4 del *Corporate Governance Code of Listed Corporations* francese stabilisce che «*[s]hareholder relations with the Board of Directors, particularly with regard to corporate governance aspects, may be entrusted to the Chairman of the Board of Directors or, if applicable, to the Lead Director. He or she shall report on this task to the Board of Directors*» e la successiva 3.3. precisa che «*[i]f the Board decides to confer upon a director, and in particular a Lead Director, special tasks that relate to governance or shareholder relations, these tasks and the resources and prerogatives available to him or her must be described in the internal rules*».

<sup>31</sup> In generale, sull'importanza del dialogo tra amministrazioni e azionisti (fuori dai contesti assembleari), v. G. STRAMPELLI, *Engagement degli investitori istituzionali e colloqui riservati con gli emittenti*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2018, 393 ss.; sia altresì consentito il rinvio a C. PRESCIANI, *La trasparenza degli azionisti istituzionali di società quotate*, Torino, 2020, 191 ss.

<sup>32</sup> La capacità di nomina della maggioranza degli amministratori, infatti, è considerata indice inequivocabile della sussistenza di un controllo di fatto: Consob,

parallelamente investito anche dei poteri funzionali a garantire il buon funzionamento del collegio e, dunque, del monitoraggio su quelle stesse scelte.

I problemi di *corporate governance* che una simile evenienza genera sono palesi. È facile, infatti, che in entrambe le circostanze indicate (delle quali si tratterà qui in via congiunta) il presidente sia indotto a tenere comportamenti inquinati da azzardo morale, utilizzando in modo distorto i propri poteri *ex art.* 2381, co. 1, c.c. al fine di sottrarsi al controllo del *board*. Così, ad esempio, il presidente potrebbe omettere importanti informazioni al *plenum* o fornire dati decettivi per evitare di incorrere in responsabilità<sup>33</sup>. Anche fuori da ipotesi di *mala gestio*, inoltre, è ben possibile che il presidente non dia adeguato impulso ai lavori del consiglio, riducendo al minimo le convocazioni per evitare di subire interferenze e mantenere un maggior spazio di manovra nella gestione sociale. *A fortiori* è difficile immaginare che il presidente ponga all'ordine del giorno proposte per impartire direttive o avocare decisioni e men che meno revocare le deleghe.

Non stupisce, allora, che una parte della dottrina sia dell'idea che, al fine di garantire il buon funzionamento del c.d.a., sarebbe opportuno affidare il ruolo di presidente soltanto a chi si trovi in una posizione di reale imparzialità<sup>34</sup>. E in questa direzione si è mossa la disciplina

---

Comunicazione del 13 novembre 2003, n. DEM/3074183; Consob, Comunicazione del 13 settembre 2017, n. 106341.

<sup>33</sup> P.M. SANFILIPPO-G. SPADARO, *op. cit.*, 418. Si consideri, peraltro, che, quando il presidente è pure azionista di controllo, i normali rimedi previsti dal diritto societario (revoca per giusta causa e azione di responsabilità sociale) risultano di fatto inattivabili. Inoltre, anche nell'ipotesi di cumulo delle cariche di presidente e CEO si è ritenuto che tali strumenti non abbiano una reale efficacia dissuasiva: P. CUOMO, *op. cit.*, 594.

<sup>34</sup> Cfr. F. BARACHINI, *op. cit.*, 1186 ss. spec. 1189; F. BONELLI, *Presidente*, cit., 216 e nt. 2; G.M. ZAMPERETTI, *La convocazione e l'ordine del giorno del consiglio di amministrazione*, in *Società*, 2006, 277; A. AIELLO-C. PISTOCCHI, *op. cit.*, 9; M. STELLA RICHTER, *Scelta del sistema di amministrazione*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, 496; nella dottrina europea v. K.J. HOPT, *Comparative Corporate Governance: The State of the Art and International Regulation*, in ECGI Law Working Paper n. 170, 2011, 35; nello stesso senso sembrano orientati pure coloro che vedono nel presidente una figura di "contrappeso" rispetto agli amministratori esecutivi: M. IRRERA, *op. cit.*, 674. Si esprime in favore della separazione pure P. CUOMO, *op. cit.*, 571 ss. spec. 594, ancorché limitatamente alle società quotate.

bancaria<sup>35</sup>, nonché quella rivolta agli intermediari finanziari e SGR<sup>36</sup>, che, a differenza del diritto societario comune<sup>37</sup> (e delle società quotate)<sup>38</sup>, impediscono categoricamente il cumulo della carica di

---

<sup>35</sup> Le Disposizioni di Vigilanza per Banche (in ottemperanza alle previsioni contenute nella CRD IV) statuiscono che «*il presidente deve avere un ruolo non esecutivo e non svolgere, neppure di fatto, funzioni gestionali*» e affidano a tale figura, oltre ai consueti compiti, pure di quello di «*assicurare il bilanciamento dei poteri*» all'interno del consiglio e, in particolare, di garantire «*l'equilibrio di poteri rispetto all'amministratore delegato e agli altri amministratori esecutivi*» (Parte Prima, Titolo IV, Capitolo I, Sezione V, par. 2.1., della Circolare n. 285 del 17 dicembre 2013). Su tale previsione, v. L. ARDIZZONE, *op. cit.*, 1309 ss.; in senso critico L. ENRIQUES-D.A. ZETZSCHE, *Quack Corporate Governance, Round III? BankBoard Regulation Under the New European Capital Requirement Directive*, in ECGI Law Working Paper n. 249, 2014, 21; sul tema si è espressa anche la giurisprudenza euro-unitaria: Trib. UE, 24 aprile 2018, caso Crédit Agricole v/BCE cause riunite T-133/16 – T-136/16. In generale, sul ruolo del presidente nell'ambito bancario v. A. AIELLO-C. PISTOCCHI, *op. cit.*, 6 ss.; F. VELLA, *Banche e assicurazioni: le nuove frontiere della corporate governance*, in *Governo delle società quotate e attivismo degli investitori istituzionali*, M. Maugeri (a cura di), Milano, 2015, 43; M. IRRERA, *op. cit.*, 677 ss.; P. ABBADESSA, *L'amministrazione nelle società bancarie secondo il sistema tradizionale*, in *La governance delle società bancarie*, V. Di Cataldo (a cura di), Milano, 2014, 16.

<sup>36</sup> Per gli intermediari e le SGR (diverse da quelle sottosoglia) è disposto che «*[q]ualora negli intermediari sia istituita la carica di amministratore delegato, essa non può essere cumulata con quella di presidente dell'organo con funzione di supervisione strategica*» (artt. 15, co. 5 e 38 del reg. Banca d'Italia del 5 dicembre 2019 di attuazione degli articoli 4-undecies e 6, comma 1, lettere b e c-bis, del TUF).

<sup>37</sup> È affermazione pacifica, infatti, che nella disciplina codicistica non vi sono impedimenti a investire il presidente del c.d.a. di deleghe gestorie: cfr. tra i molti P.M. SANFILIPPO-G. SPADARO, *op. cit.*, 416; P. CUOMO, *op. cit.*, 571 ss. spec. 593; O. CAGNASSO, *op. cit.*, 260; M. SPIOTTA, *op. cit.*, 718; V. CALANDRA BUONAURA, *op. cit.*, 187; P. MORANDI, *op. cit.*, 667; P. MONTALENTI, *op. cit.*, 679; S. BRUNO, *op. cit.*, 633; G. SCALFI, *op. cit.*, 27; A. DE NICOLA, sub *art. 2381 c.c.*, cit., 115, che ammette però la possibilità di vietare statutariamente l'attribuzione di deleghe gestorie al presidente. Enfatizzano la diversità tra assegnazione delle funzioni presidenziali e della delega gestoria: F. BONELLI, *Presidente*, cit., 217; B. LIBONATI, *Il governo del consiglio di amministrazione*, in *Riv. dir. comm.*, 2011, 23.

<sup>38</sup> Un tentativo (fallito) di inserire il divieto di cumulo nella disciplina speciale delle società quotate è stato fatto in sede di predisposizione della legge per la tutela del risparmio (l. 28 dicembre 2005, n. 262): per una critica all'eliminazione di tale previsione v. P. ABBADESSA, *Nuove regole di governance nel progetto di legge sulla tutela del risparmio*, in *Dir. banc. fin.*, 2005, I, 542; G.M. ZAMPERETTI, *op. cit.*, 277 nt. 3; si mostrano favorevoli all'inserimento di un divieto normativo pure A. AIELLO-C. PISTOCCHI, *op. cit.*, 9.

presidente con quella di amministratore delegato (ancorché nulla sia previsto per l'azionista di controllo)<sup>39</sup>.

Va osservato, però, che tale posizione non è unanimemente condivisa<sup>40</sup> e, anzi, risulta aspramente avversata dalla dottrina nordamericana, che maggiormente si è concentrata sul tema della c.d. CEO *duality* (ovvero della concentrazione delle cariche di CEO e di *chair*). Non si può escludere, infatti, che l'attribuzione del delicato compito di dirigere i lavori del *board* a un soggetto dotato di una approfondita conoscenza del *business* possa anche essere foriera di efficienza. Oltre alla maggiore capacità di comprendere i reali bisogni della società, il cumulo consente un non indifferente risparmio di costi e di tempi, derivanti dall'esigenza che il presidente si coordini di volta in volta con il CEO o altri amministratori delegati per capire quando è necessario l'intervento del collegio e per collezionare l'informativa da distribuire ai vari consiglieri<sup>41</sup>. Tanto è vero che pure le scienze economiche non sono ad oggi riuscite a dimostrare con sicurezza l'astratta superiorità di un modello di *governance* che imponga la presenza di un presidente imparziale rispetto a quello ove la medesima

---

<sup>39</sup> Le ragioni della diversa scelta operata in questi settori possono essere rintracciate nel fatto che qui i problemi di agenzia che la disciplina cogente si ripropone di eliminare sono molto più spiccati e rischiano di pregiudicare le esigenze di tutela del risparmio (valore, questo, costituzionalmente tutelato dall'art. 47 Cost.): il che spiega, più in generale, la maggiore pervasività dei vincoli di *governance* normativamente imposti.

<sup>40</sup> Nella nostra letteratura, enfatizzano gli aspetti positivi connessi al cumulo di funzioni: P.M. SANFILIPPO-G. SPADARO, *op. cit.*, 416 ss. spec. 428; P. CUOMO, *op. cit.*, 571 ss. spec. 594, il quale, tuttavia, ritiene opportuna la separazione di cariche nelle società aperte; già G. SCALFI, *op. cit.*, 27, che segnalava come «l'assegnazione al presidente di poteri e di attribuzioni in relazione alla gestione – cioè di una competenza interna alla società – è [...] una creazione della vita economica, sotto la spinta di una esigenza che ha trovato espressione, negli ultimi decenni, nella legislazione francese con la configurazione del presidente-direttore generale». In relazione al settore bancario, v. *supra* a nt. 35.

<sup>41</sup> Sui costi connessi alla separazione delle funzioni cfr. J.A. BRICKLEY-J.L. COLES-G. JARRELL, *Leadership structure: Separating the CEO and chairman of the board*, in *Journal of Corporate Finance*, 1997, 189; W. GONTAREK-Y. BELGHITAR, *CEO chairman controversy: evidence from the post financial crisis period*, in *Review of Quantitative Finance and Accounting*, 2020, 25, secondo i quali «*duality may impact boardroom communication and disrupt freeflow of information, impacting effective risk oversight*», v. anche D.F. LARCKER-B. TAYAN, *Chairman and ceo. The controversy over board leadership structure*, 2016, reperibile al sito [www.ssrn.com](http://www.ssrn.com).

figura sia coinvolta nella gestione<sup>42</sup>. Ciò che conta, si dice, è che in quest'ultima ipotesi vengano attivati dei presidi di *corporate governance* che consentano di contenere il rischio di azzardo morale del presidente<sup>43</sup>.

Sulla scia di tali considerazioni, la normativa del settore assicurativo ha adottato una soluzione diversa da quella che è stata applicata per le banche e gli intermediari: da un lato, prevedendo che «*[i]l presidente ha di norma un ruolo non esecutivo e non svolge alcuna funzione gestionale*»; dall'altro lato, ammettendo che «*[l]addove, in ragione delle ridotte dimensioni o complessità dell'impresa, il presidente ricopra anche un ruolo esecutivo, l'impresa adotta adeguati presidi al fine di evitare conseguenze negative sul corretto funzionamento dell'organo*» (art. 5, co. 9-10, regolamento Ivass, 3 luglio 2018, n. 38). La medesima impostazione è seguita anche nel Codice, il quale, a differenza di quanto talvolta sostenuto<sup>44</sup>, ha optato per non avversare

---

<sup>42</sup> V., in luogo di molti, D.R. DALTON-C.M. DAILY-A.E. ELLSTRAND-J.L. JOHNSON, *Meta-Analytic Reviews of Board Composition, Leadership Structure, and Firm Performance*, in *Strategic Management Journal*, 1998, 269. Per una sintesi dei risultati ottenuti in diverse ricerche empiriche condotte sul punto R. KRAUSE-M. SEMADENI-A.A. CANNELLA, *CEO Duality: A Review and Research Agenda*, in *Journal of Management*, 2014, 257 ss.; D.R. DALTON-C.M. DALTON, *Integration of micro and macro studies in governance research: CEO duality, board composition, and financial performance*, in *Journal of Management*, 2011, 405; W. GONTAREK-Y. BELGHITAR, *op. cit.*, 25.

<sup>43</sup> W. GONTAREK-Y. BELGHITAR, *op. cit.*, 25, i quali, avendo riguardo alle società bancarie, alla domanda «*[i]s Duality bad for effective corporate governance of banks?*» rispondono «*it depends in part on the strength of interactions of other monitoring mechanisms in place*».

<sup>44</sup> Nonostante, infatti, in letteratura si dia spesso conto di un certo *favor* del Codice verso la separazione delle funzioni di presidente e CEO (F. BARACHINI, *op. cit.*, 1189; P. MONTALENTI, *op. cit.*, 679; A. DE NICOLA, *sub art. 2381 c.c.*, *cit.*, 115; A. AIELLO-C. PISTOCCHI, *op. cit.*, 5; L. ARDIZZONE, *op. cit.*, 1336; M. IRRERA, *op. cit.*, 678; S. BRUNO, *op. cit.*, 633; G.M. ZAMPERETTI, *op. cit.*, 277), l'autodisciplina non ha mai previsto una raccomandazione in tal senso. Né così poteva essere letto il commento all'articolo 2 della edizione anteriore del Codice, nella parte in cui affermava che: «*[l]a best practice internazionale raccomanda di evitare la concentrazione di cariche in una sola persona senza adeguati contrappesi; in particolare, viene sovente raccomandata la separazione dei ruoli di presidente e di chief executive officer, quest'ultimo inteso come amministratore che, in virtù delle deleghe ricevute e dell'esercizio in concreto delle stesse, è il principale responsabile della gestione dell'emittente (CEO). Il Comitato ritiene che, anche in Italia, la separazione dei*

frontalmente le ipotesi in questione<sup>45</sup>, ma ha chiesto di spiegare al mercato le ragioni di una simile scelta (racc. n. 4)<sup>46</sup>, al contempo prevedendosi di doversi designare il *lead independent director*<sup>47</sup>. In

---

*predetti ruoli possa rafforzare le caratteristiche di imparzialità ed equilibrio che si richiedono al presidente del consiglio di amministrazione. Il Comitato, nel prendere atto che l'esistenza di situazioni di cumulo dei due ruoli può rispondere, in particolare negli emittenti di minori dimensioni, ad apprezzabili esigenze organizzative, raccomanda che in tale eventualità sia istituita la figura del lead independent director».* Il passo riportato spiega, quindi, che si è preferito rimettere ai singoli emittenti la scelta sul punto: in questo senso P.M. SANFILIPPO-G. SPADARO, *op. cit.*, 417 nt. 11; F. CHIAPPETTA, *op. cit.*, 127.

<sup>45</sup> Per il rilievo secondo cui la separazione di funzioni non debba essere considerata una *best practice*: R. KRAUSE-M. SEMADENI-A.A. CANNELLA, *op. cit.*, 257 ss. spec. 282; A. DEY-E. ENGEL-X. LIU, *CEO And Board Chair Roles: To Split or Not to Split?*, in *Journal of Corporate Finance*, 2011, 1595 ss.; W. GONTAREK-Y. BELGHITAR, *op. cit.*, 25; M. TONELLO, *Separation of Chair and CEO Roles*, 2011, in *Harvard Law School Forum on Corporate Governance*, reperibile al sito <https://corpgov.law.harvard.edu/2011/09/01/separation-of-chair-and-ceo-roles/#1b>; S. FINKELSTEIN-R. A. D'AVENI, *CEO duality as a double-edged sword: How boards of directors balance entrenchment avoidance and unity of command*, in *Academy of Management Journal*, 1994, 1080, secondo i quali «*CEO duality can be conceptualized as a double-edged sword forcing boards to choose between the contradictory objectives of unity of command and entrenchment avoidance*».

<sup>46</sup> Si tratta di una previsione simile a quanto impone (a livello di *hard law*) l'ordinamento americano, dove la Section 14B del *Security Exchange Act* (inserita ai sensi § 972 del *Dodd-Frank Act* del 2010) chiede alla Sec di dettare regole che impongano agli emittenti di comunicare al mercato le ragioni per cui hanno scelto «(1) *the same person to serve as chairman of the board of directors and chief executive officer (or in equivalent positions); or (2) different individuals to serve as chairman of the board of directors and chief executive officer (or in equivalent positions of the issuer)*». L'attuazione di tale delega è avvenuta con la previsione dell'Item 407, lett. h), della *Regulation S-K* (17 CFR § 229.407), sulla quale v. SEC, *Proxy Disclosure Enhancements*, " *Securities and Exchange Commission Final Rule*, reperibile al sito <https://www.sec.gov/rules/final/2009/33-9089.pdf>. Tale disposizione è poi ribadita pure dal principle V.b dei *Common Sense Principle 2.0*. Si segnala, però, che il Codice raccomanda tale forma di *disclosure* soltanto per il caso di presidente-CEO, mentre nulla viene previsto per l'ipotesi del presidente-controllante. Tuttavia, posta la menzionata affinità delle fattispecie, forse sarebbe stato opportuno estendere la trasparenza *de qua* anche a tale ultima evenienza.

<sup>47</sup> La medesima impostazione si rinviene nella maggior parte dei principali codici di autodisciplina esteri. In USA i *Common Sense Principle 2.0* affermano che «*[i]ndependent leadership of the board is essential to a well-functioning board and, in particular, effective oversight of the company and its management. There are two common structures for independent board leadership in the U.S.: (1) an independent*

questi contesti, dunque, tale figura dovrebbe assumere una valenza molto diversa da quella che si è visto nel paragrafo precedente, divenendo una sorta di *contrappeso* del presidente<sup>48</sup>. Si tratta, a ben vedere, di un ruolo di *governance* decisamente più pregnante, poiché funzionale (non tanto ad aiutare il presidente nell'esercizio dei suoi compiti di raccordo tra esecutivi e non esecutivi, quanto piuttosto) a

---

*chair; or (2) a lead independent director» (principle V.a) e si precisa ulteriormente che «[i]f a board decides to combine the chair and CEO roles, it is critical that the board has in place a strong designated lead independent director and governance structure. The role of the lead independent director should be clearly defined and sufficiently robust to ensure effective and constructive leadership» (principles V, lett. c); in modo del tutto analogo statuisce anche il principle 5 dei Corporate Governance Principles For US Listed Companies adottati dall'Investor Stewardship Group (ISG); nonché i Principles of Corporate Governance della Business Roundtable. Nel contesto europeo, invece, il Good Governance Code of Listed Companies spagnolo (versione 2020) afferma che «[w]here [the chairman] is also a company executive, additional powers should be given to the lead independent director» (Principio 16). Ancora, nel codice francese si dispone che: «corporations with a Board of Directors can choose separation of the offices of Chairman and Chief Executive Officer and the combination of such offices. The law does not favour either formula and allows the Board of Directors to choose between the two forms of exercise of executive management. It is up to the Board to decide and explain its decision. The Board may appoint a Lead Director from among the independent directors, particularly when it has been decided to combine such offices» (3.2.).*

In controtendenza, invece, risulta il codice belga dove viene sancito in modo categorico che «[i]n a one-tier structure, there should be a clear division of responsibilities between the person presiding over the board of directors (the chair) and the person assuming executive responsibility for running the company's business (the CEO). The chair of the board of directors and the CEO should not be the same individual» (art. 3.12). Allo stesso modo, anche lo UK Code of Corporate Governance afferma che «[t]he roles of chair and chief executive should not be exercised by the same individual. A chief executive should not become chair of the same company», tuttavia qualche apertura sembra potersi individuare nella previsione immediatamente successiva, ai sensi della quale «If, exceptionally, this is proposed by the board, major shareholders should be consulted ahead of appointment. The board should set out its reasons to all shareholders at the time of the appointment and also publish these on the company website» (Provision 9).

<sup>48</sup> In questi termini si esprime il COMITATO ITALIANO CORPORATE GOVERNANCE, *op. cit.*, 40; e in letteratura A. DE NICOLA, *Il diritto dei controlli societari*, cit., 33; P.M. SANFILIPPO-G. SPADARO, *op. cit.*, 420; D. REGOLI, *op. cit.*, 429; V. CALANDRA BUONAURA, *op. cit.*, 187 nt. 9; F. CHIAPPETTA, *op. cit.*, 127; sia altresì consentito il rinvio a BAGLIONI-PRESCIANI, *Nuova edizione del Codice di autodisciplina delle società quotate*, in *Società*, 2012, 921.

esercitare un controllo sull'operato del presidente, affinché non arrechi pregiudizio al buon funzionamento della collegialità nel suo complesso.

### 3.3. (Segue): *L'inadeguatezza dell'autodisciplina*

Ciò posto, nel tentativo di formulare una valutazione in merito alla capacità del *lead independent director* di presidiare i problemi di *governance* appena illustrati, mette conto anzitutto notare che, in termini generali, il tema dei comportamenti opportunistici del presidente meriterebbe di essere affrontato direttamente al livello di *hard law*, atteso che pure nelle società quotate si pongono le medesime esigenze di tutela del risparmio che hanno indotto i regolatori del settore bancario, assicurativo e dell'intermediazione finanziaria a prendere posizione sulla questione<sup>49</sup>. Tuttavia, a questo proposito, se, per un verso, pare preferibile evitare un categorico divieto di affidare la presidenza all'amministratore delegato e/o al socio di controllo (che potrebbe rilevarsi inopportuno per alcune società quotate, specie se PMI o se a conduzione familiare), per altro verso, pure il semplice inserimento dell'obbligo di nominare un *lead independent director*, così come disegnato dalla nostra autodisciplina, non sembra risolvere il problema.

In primo luogo, non si può fare a meno di notare che una normativa che voglia sottoporre il presidente a un controllo più pervasivo per garantirne la lealtà, prima ancora di chiedere la designazione della carica che ci occupa, dovrebbe aumentare gli amministratori indipendenti presenti in consiglio<sup>50</sup>. Oltretutto, come si è detto, solo quando il numero di questi consiglieri è elevato, assume utilità la presenza di un soggetto chiamato a organizzarne l'azione. Da questo punto di vista, peraltro, va segnalato un importante profilo di incoerenza

<sup>49</sup> V. *supra*, nota 39.

<sup>50</sup> L'idea che l'attività di monitoraggio svolta dagli amministratori indipendenti sia diretta a verificare soprattutto il rispetto del *duty of loyalty* degli altri amministratori si trae dai compiti agli stessi attribuiti dall'ordinamento e, segnatamente, dal ruolo che questi svolgono nell'ambito delle OPC (Reg. Consob, 21624 del 10 dicembre 2010) nonché in caso di opa lanciate dai soci di controllo o dagli amministratori (art. 39-*bis* del Reg. Consob 11971 del 14 maggio 1999): *ex multis* D. REGOLI, *op. cit.*, 387 ss.; A. DE NICOLA, *Il diritto dei controlli societari*, cit., 8; F. CHIAPPETTA, *op. cit.*, 123; U. TOMBARI, *op. cit.*, 44 s.; G. FERRARINI, *Ruolo degli amministratori indipendenti e lead independent director*, cit.).

interna dello stesso Codice, il quale, per le ipotesi in discorso, non prevede un generale rafforzamento della componente indipendente del consiglio di amministrazione, né pretende la celebrazione delle *executive sessions* (raccomandazioni, queste, rivolte esclusivamente alle “grandi società”), con conseguente perdita di significatività del ruolo di coordinatore affidato al *lead independent director*.

In secondo luogo, sempre nell’ottica di impedire che il presidente possa pregiudicare il corretto funzionamento collegiale dell’organo gestorio, oltre al rafforzamento del monitoraggio, sarebbe necessario investire l’ufficio in parola anche di poteri che consentano di garantire la correttezza dei lavori consiliari. In questa prospettiva, una certa utilità può essere riconosciuta all’altro compito che il Codice (implicitamente) assegna al *lead independent director*, ovvero quello di partecipare alla predisposizione dell’informativa pre-consiliare: in un’ottica, però, non di mera collaborazione con il presidente (come quella che si è vista *supra*, § 3.1), ma di vero e proprio controllo sullo stesso, funzionale a evitare la circolazione di informazioni decettive o insufficienti. Tuttavia, come si è detto, vi sono altre gravi condotte che il presidente potrebbe tenere per sottrarsi al monitoraggio del *plenum* e capaci di frustrare il corretto funzionamento dell’organo: prima tra tutte quella di non convocare il collegio<sup>51</sup> o di non inserire all’ordine del giorno materie di particolare rilievo<sup>52</sup>. Si capisce che, per rappresentare un

---

<sup>51</sup> Si deve, infatti, ricordare che l’art. 2381, co. 1, c.c. assegna il potere di convocazione esclusivamente al presidente, sicché si deve ritenere che agli altri amministratori sia inibita la possibilità di indire autonomamente le riunioni (G.M. ZAMPERETTI, *op. cit.*, 276 s.; O. CAGNASSO, *op. cit.*, 266; P. CUOMO, *op. cit.*, 578). Secondo l’opinione più accreditata, però, il presidente sarebbe tenuto a procedere alla convocazione ogniqualvolta ne faccia richiesta anche un solo amministratore, salvo, però, che si tratti di istanze manifestamente pretestuose o illegittime (P.M. SANFILIPPO, *Il presidente*, cit., 454 e 459; B. LIBONATI, *op. cit.*, 22; V. CALANDRA BUONAURA, *op. cit.*, 161; L. NAZZICONE, *op. cit.*, 26; P. MORANDI, *op. cit.*, 667; S. BRUNO, *op. cit.*, 633; G.M. ZAMPERETTI, *op. cit.*, 278; prima della riforma O. CAGNASSO, *op. cit.*, 266; A. MIGNOLI-R. NOBILI, voce «Amministratori», in *Enc. Dir.*, II, Milano, 1958, 139; *contra*, è stato ritenuto che tale potere di iniziativa individuale dovrebbe essere previsto in una esplicita clausola statutaria M. SPIOTTA, *op. cit.*, 711 s.; F. VASSALLI, *op. cit.*, 25; F. BONELLI, *Presidente*, cit., 218).

<sup>52</sup> Anche il potere di fissazione dell’o.d.g., come quello di convocazione (v. la nota precedente), spetta in via esclusiva al presidente e si ritiene che i singoli amministratori possano solo presentare a questo una richiesta volta a ottenere l’integrazione dell’elenco delle materie da trattare: richiesta che potrà essere disattesa

effettivo rimedio ai possibili abusi del presidente<sup>53</sup>, il *lead independent director* dovrebbe essere dotato del potere di procedere autonomamente alla convocazione del consiglio e all'integrazione l'ordine del giorno, senza passare dal vaglio del presidente: come, del resto, espressamente previsto dalla disciplina spagnola<sup>54</sup>. Nulla di tutto questo è però raccomandato nelle previsioni autodisciplinari: e ciò probabilmente in ragione del fatto che nell'attuale quadro normativo la dottrina ha espresso diversi dubbi sulla possibilità di assegnare statutariamente siffatte prerogative a più di un amministratore contemporaneamente<sup>55</sup>.

---

solo qualora risulti pretestuosa o tardiva. Cfr. G.M. ZAMPERETTI, *op. cit.*, 284; L. NAZZICONE, *op. cit.*, 27; in termini dubitativi S. BRUNO, *op. cit.*, 633; P. MONTALENTI, *op. cit.*, 680. Giova precisare, però, che secondo alcune voci un simile potere di integrazione non trova fondamento nella legge, ma dovrebbe essere riconosciuto ai singoli amministratori tramite una esplicita clausola statutaria: P. CUOMO, *op. cit.*, 582 s.; A. DE NICOLA, sub *art. 2381*, cit., 113 nt. 47; F. VASSALLI, *op. cit.*, 25; F. BONELLI, *Presidente*, cit., 218.

<sup>53</sup> Il problema è particolarmente rilevante, anche considerando che il nostro diritto non offre rimedi efficaci per bypassare l'ostilità del presidente. Sebbene, infatti, l'art. 151, co. 2, t.u.f. consenta agli amministratori di sollecitare il collegio sindacale affinché provveda alla convocazione, è stato condivisibilmente segnalato come tale strumento di reazione risulta insufficiente, attesi i lunghi tempi di azione dell'organo di controllo (così B. LIBONATI, *op. cit.*, 17). Si consideri, inoltre, che pure nelle società non quotate (dove manca una norma analoga a quella appena indicata), persino nelle ipotesi di vera e propria "urgenza" è dubbio che i singoli amministratori abbiano il potere di surrogarsi al presidente per procedere alla convocazione consiliare (in senso favorevole cfr. P.M. SANFILIPPO, *Il presidente*, cit., 460; O. CAGNASSO, *op. cit.*, 266; *contra* B. LIBONATI, *op. cit.*, 20, che evidenzia come si creerebbe incertezza nell'identificare quando un atto può considerarsi urgente). Parimenti non risolutiva è anche la tesi che riconosce alla maggioranza del consiglio il potere di convocare l'organo a proprio piacimento (e quindi anche in situazioni non urgenti) sostituendosi al presidente (P. CUOMO, *op. cit.*, 577; B. LIBONATI, *op. cit.*, 21; v. anche Trib. Campobasso, 31 ottobre 2007, in *www.ilcaso.it*; *contra* G.M. ZAMPERETTI, *op. cit.*, 277): tralasciando ogni valutazione sulla condivisibilità di detta impostazione, basti notare che resterebbe comunque insoluto il problema in tutti i casi in cui la componente indipendente risulti in minoranza.

<sup>54</sup> L'art. 529-*septies* della *Ley de Sociedades de Capital*, infatti, espressamente sancisce che il c.d. *consejero coordinador* «*estará especialmente facultado para solicitar la convocatoria del consejo de administración o la inclusión de nuevos puntos en el orden del día de un consejo ya convocado*».

<sup>55</sup> In senso contrario: P.M. SANFILIPPO, *Controllo di meritevolezza degli statuti di società*, in *Giur. Comm.*, 2015, I, 177; P. CUOMO, *op. cit.*, 580.

Il che conferma ulteriormente l'esigenza di un intervento del legislatore sul tema.

Infine, un ulteriore fattore di debolezza delle previsioni autodisciplinari può essere individuato nel fatto che il nostro Codice assegna la competenza alla nomina del *lead independent director* all'intero consiglio, sicché, in forza dei principi di diritto societario, questo dovrebbe avere altresì il potere di revocarlo a piacimento<sup>56</sup>. E se un tale potere si giustifica là dove si tratti di un ufficio posto semplicemente a servizio del presidente (affinché sia nelle condizioni di esercitare al meglio le proprie funzioni a beneficio di tutti gli amministratori), lo stesso non è quando si vorrebbe assegnare al *lead independent director* il ruolo di supervisione qui in discussione, poiché esso rimarrebbe esposto a indebiti condizionamenti da parte del presidente stesso, che potrebbe porre all'ordine del giorno la rimozione della sua carica. Per ovviare a questo problema, diverse sono le soluzioni che la normativa potrebbe individuare. Anzitutto, se il prospettato incremento dei membri indipendenti giungesse fino a renderli la componente maggioritaria del consiglio, il rischio in questione verrebbe sostanzialmente annullato. In alternativa, si potrebbe seguire l'esempio spagnolo e imporre l'astensione degli amministratori esecutivi in sede di nomina e revoca di tale carica<sup>57</sup>, oppure limitare la revoca del *plenum* ai soli casi in cui vi sia una giusta causa<sup>58</sup>.

---

<sup>56</sup> La previsione della revocabilità *ad nutum* degli amministratori da parte dell'assemblea, sancito dall'art. 2383, co. 3, c.c., viene infatti considerata un principio di più ampia portata, considerato applicabile, ad esempio, pure alle ipotesi di revoca delle deleghe gestorie (P.M. SANFILIPPO, *Gli amministratori*, in *Diritto Commerciale*, III, *Diritto delle società*, M. Cian (a cura di), 2017, 495; A. DE NICOLA, sub art. 2381, cit., 130; F. BARACHINI, *op. cit.*, 1205; F. BONELLI, *Gli amministratori di s.p.a.*, cit., 48 ss.; Cass., 15 aprile 2016, n. 7587, in *Dejure.it*). In riferimento al *lead independent director*, però, va segnalata l'opinione che subordina la legittimità della delibera consiliare di revoca alla sussistenza di una giusta causa: P.M. SANFILIPPO-G. SPADARO, *op. cit.*, 424.

<sup>57</sup> Art. 529-*septies* della *Ley de Sociedades de Capital*.

<sup>58</sup> V. *supra* nota 56.

**I soggetti coinvolti nella *Product Oversight and Governance* (POG) per le assicurazioni: produttori (imprese di assicurazione), produttori di fatto (intermediari) ... e produttori “silenziosi” (riassicuratori)**

**SOMMARIO:** 1. Gli obblighi in materia di *Product Oversight and Governance*: tra impresa e contratto – 2. I soggetti tenuti alla disciplina POG: produttori e produttori *de facto* – 3. La posizione del riassicuratore nel processo di *product oversight and governance*.

*1. Gli obblighi in materia di Product Oversight and Governance: tra impresa e contratto*

L’acronimo “POG”, sconosciuto sino a pochi anni fa’, è ormai all’ordine del giorno nelle riflessioni sulle dinamiche che sottendono all’attività assicurativa. Esso indica la c.d. *Product Oversight and Governance* e trova la sua fonte, per quanto riguarda il comparto assicurativo, nell’art.25 della direttiva 2016/97/UE (“IDD”- *Insurance Distribution Directive*), completata dal Regolamento UE n. 2017/23589 oltre che dalle fonti nazionali, da ultimo per quanto riguarda l’Italia il regolamento IVASS 45/2020, secondo il modello ormai consolidato di regolazione per livelli<sup>1</sup>. Ulteriori novità arriveranno per effetto della Comunicazione della Commissione Europea COM/2021/188, “*Tassonomia dell’UE, comunicazione societaria sulla sostenibilità, preferenze di sostenibilità e doveri fiduciari: dirigere i finanziamenti verso il Green Deal europeo*”: si tratta di un intervento che

---

<sup>1</sup> Per un commento alla disciplina POG, si veda G. VOLPE PUTZOLU, *La realizzazione del POG nell’ordinamento italiano*, in *Diritto dei mercati finanziari e assicurativi*, 2020, 163 ss.; P. MARANO, *Le regole autarchiche sul governo e controllo (Product Oversight and Governance) dei prodotti assicurativi nel prisma dell’ordinamento europeo*, in *Rivista di diritto bancario*, 1/2021, 217 ss. Sul Reg. IVASS 45/2020 si rinvia all’analisi di C. CORVESE, *La disciplina del “governo e controllo” dei prodotti assicurativi ed i suoi riflessi sul governo societario di imprese di assicurazione e di intermediari*, in *Dir. banc. fin.*, 2020, I, 146 ss.; A. CAMEDDA, *La “Product Oversight and Governance” dei prodotti assicurativi: un primo sguardo al Regolamento IVASS n. 45 del 4 agosto 2020*, in *Giust. civ.*, 2020, II, 9, 1 ss. Si veda EIOPA, *Supervisory expectations on Product Oversight and Governance Requirements amidst the COVID-19 situation*, Luglio 2020.

preannuncia l'adozione di un insieme di misure, senza dubbio poderose, da realizzarsi attraverso futuri atti delegati - alcuni già in fase di avanzata discussione ed altri ancora in buona parte da scrivere - volti, nel loro insieme, a direzionare con rinnovato vigore gli investimenti verso attività sostenibili, con un impatto importante anche sugli obblighi in chiave di POG in relazione alla ideazione dei prodotti e dei doveri fiduciari verso l'utenza.

L'attività di POG non è tipica esclusivamente del comparto assicurativo, in quanto si ritrova applicata in tutto il settore finanziario<sup>2</sup>. Essa implica che i soggetti che “producono” (secondo il lessico europeo) un contratto assicurativo, bancario o di investimento siano chiamati a controllarne tutto il ciclo di vita. L'obiettivo è, in altri termini, verificare in forma dinamica l'adeguatezza del prodotto rispetto al mercato di riferimento prescelto già nella fase prevendita, sorvegliarne il corretto funzionamento una volta che il prodotto sia distribuito all'utenza ed eventualmente rivederne, per il futuro, caratteristiche e contenuti contrattuali ed economico-tariffari<sup>3</sup>. In questo modo, attraverso un set di regole da realizzarsi sia internamente all'impresa-prodotto, sia in collaborazione con i distributori, la procedura POG si affianca alle norme in tema di trasparenza, alle regole di correttezza e comportamento ed agli obblighi precontrattuali e contrattuali di assistenza e consulenza al cliente, in modo da garantire la perfetta combine tra l'adeguatezza e la coerenza del prodotto offerto rispetto al target market nel suo complesso (dimensione collettiva), da un lato, e le esigenze del cliente finale (dimensione individuale), dall'altro lato, salvaguardando nel contempo la solvibilità dell'impresa assicuratrice che tale prodotto va ad offrire.

Non sfugge il fatto che l'imposizione dei richiamati obblighi in chiave

---

<sup>2</sup> Si vedano le Linee Guida di EBA 2015 e successivamente 2019, come illustrato nei relativi paragrafi iniziali. Sulla POG in materia finanziaria, v.: V. RAVAGNANI, *Direttrici evolutive e persistenti disarmonie nei regimi legali a tutela degli investitori*, in *Contr. Impr.*, 2020, III, 1381 ss.; F. GRECO, *Dall'informazione pre-contrattuale alla product governance: la tutela del risparmiatore tra paternalismo normativo e nuovi modelli di controllo*, in questa *Rivista*, II, 2017; A. SCIARRONE ALIBRANDI, *Dalla tutela informativa alla product governance: nuove strategie regolatorie dei rapporti tra clientela e intermediari finanziari*, in *Rivista della Regolazione dei Mercati*, 2016, I, 1 ss.; M. SIRI, *I sistemi alternativi di risoluzione delle controversie e la product oversight and governance nei servizi finanziari*, in *Econ. Dir. Terz.*, 2016, I, 149 ss.; V. TROIANO – R. MONTRONI (a cura di), *La MiFID II*, Padova, 2016, in particolare 215 ss.; M. DE MARI, *Product governance e product intervention nella MiFID 2: dalle regole di comportamento al controllo sui prodotti finanziari?*, in *Riv. dir. impr.*, 2015, III, 671 ss.

<sup>3</sup> Si consideri che questo sistema di controllo e governo sul prodotto è stato efficacemente paragonato a quello previsto per i farmaci che, una volta messi in circolazione, sono oggetto di continuo monitoraggio.

POG per tutti gli operatori del mercato finanziario (estesa dunque al mondo bancario così come a quello assicurativo) sia volta a realizzare condizioni sempre più armonizzate non solo di tutela dell'utenza, anticipate alla fase di ideazione del prodotto, ma anche di governance delle attività tipiche delle imprese, anche grazie ad un coordinamento tra le vigilanze di settore (EBA ed EIOPA) attraverso il fondamentale ruolo di ESMA<sup>4</sup>.

Comune ai vari Paesi europei (ed anche al Regno Unito, che aveva non solo ispirato ma anche attuato le normative in materia prima dei Brexit) è l'individuazione dei soggetti tenuti a svolgere la procedura POG, ossia (a) i soggetti produttori – siano essi le imprese prodotte o i produttori di fatto – e, in misura diversa, (b) i distributori (che possono essere le stesse imprese-prodotto oppure soggetti intermediari).

La scelta di adottare regole comuni ai diversi segmenti del comparto finanziario non è certamente nuova e si fonda su una compenetrazione sempre più profonda tra prodotti ed attività. Si deve tener altresì conto di come spesso la vendita di prodotti finanziari sia abbinata<sup>5</sup>, il che richiede una valutazione complessiva del progetto distributivo e del funzionamento integrato dei vari prodotti anche in ottica di disciplina POG<sup>6</sup>.

---

<sup>4</sup>*European Securities and Markets Authority*. Cfr., in merito, quanto contenuto nel documento diffuso dal Ministero del Tesoro del Regno Unito (H.M. Treasury), *A new approach to financial regulation: judgment, focus and stability*, July 2010, *Summary of consultation responses*, il quale conferma la matrice anglosassone della disciplina POG sospinta dalla necessità di affrontare il periodo post-crisi finanziaria 2007-2008 con strategie trasversali applicabili a tutto il comparto finanziario: “*During the financial crisis, which in the UK involved a run on a high-street bank and nationalisation of two of the largest banks in the world, serious deficiencies in the UK’s regulatory system were revealed (...)The coalition Government has therefore committed to fundamental reform of the framework for financial regulation*”. Nello stesso senso il documento di FSA, *Feedback on Discussion Paper on Product Intervention*, June 2011. Per approfondimenti sulla genesi della disciplina POG cfr. P. MARANO, *La product oversight and governance tra innovazione europea e “divergenze parallele” italiane*, in *Assicurazioni*, 2-3/2017, 213.

<sup>5</sup>Ne discute A. SCIARRONE ALIBRANDI, *Dalla tutela informativa alla product governance: nuove strategie regolatorie dei rapporti tra clientela e intermediari finanziari*, Editoriale, in *Rivista della regolazione dei mercati*, 1/2016, 1-8 ed ivi in particolare p.4.

<sup>6</sup>Tale aspetto è ben evidenziato dal Provvedimento di Banca d'Italia, punto 1-bis, 1, con riferimento ai prodotti composti, identificati secondo le definizioni di *Trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari correttezza delle relazioni tra intermediari e clienti*, Sezione I, art. 3: «*Prodotti composti: schemi negoziali composti da due o più contratti tra loro collegati che realizzano un'unica operazione economica*».

In questo quadro, e con specifico riferimento al settore assicurativo, il fine di garantire un procedimento di controllo e governo sui prodotti unitamente alla solvibilità del si lega al ruolo fondamentale che ha l'assicurazione per la società. L'assicurazione rappresenta oggi non solo lo strumento giuridico ed economico fondamentale nella gestione dei rischi da parte di consumatori, professionisti, imprese ed enti nel settore pubblico così come in quello privato, ma anche in tempo di crisi pandemica e sanitaria ha costituito un partner fondamentale del settore pubblico per offrire continuità nelle coperture medico-sanitarie, e non solo, anche attraverso l'innovazione delle strategie di distribuzione e assistenza alla clientela. Si comprendono, dunque, sia l'importanza del controllo sull'attività assicurativa, esercitato attraverso l'autorizzazione preventiva all'esercizio e la supervisione dei soggetti, sia la presenza di numerose norme a tutela dell'utenza, di cui la procedura POG rappresenta solo il più recente ed imponente step<sup>7</sup>. In questo processo, si può anzi affermare come la disciplina di matrice europea e nazionale, dopo aver introdotto importanti obblighi di trasparenza e doveri di comportamento verso gli assicurati, abbia realizzato un cambio di passo con la disciplina POG, che si colloca sull'onda di quel rafforzamento del controllo sulla *governance* dei soggetti, più che sui contratti tout court, con l'imposizione di soluzioni altamente proceduralizzate volte a ricondurre i passaggi già tipici, per molte imprese, dei processi aziendali fondamentali che preludono alla creazione dei prodotti e definizione delle strategie entro schemi maggiormente uniformi e, come tali, più verificabili e controllabili<sup>8</sup>. Ciò già avviene in modo massivo con le norme in tema di governo societario e funzioni aziendali, che come ben noto sono ispirate all'esigenza di realizzare una più efficace

---

<sup>7</sup> È evidente, infatti, l'esigenza di tutela di coloro che, attraverso lo strumento assicurativo, mirano a garantirsi prestazioni fondamentali grazie a contratti contro i rischi di danno o polizze sulla vita umana. Pertanto, oltre ad un controllo sul contenuto dei prodotti offerti, specialmente in relazione alle assicurazioni obbligatorie (quali ad esempio la r.c.a) vi sono, ormai, numerosissime norme che mirano a presidiare la libertà di scelta e la comprensione dell'utenza durante il processo di distribuzione dei prodotti, attraverso le regole di accesso a tali attività e l'individuazione di c.d. norme di comportamento alle quali sia imprese che intermediari devono conformarsi.

<sup>8</sup> Cfr. ad esempio quanto indicato nello stesso Reg. IVASS n. 45/2020, art.10: «L'identificazione dei flussi informativi di cui al comma 1: a) è finalizzata a guidare il distributore nella conoscenza del prodotto e ad assicurare che la distribuzione sia rivolta a clienti appartenenti al mercato di riferimento di cui all'articolo 6; b) è finalizzata a favorire l'adempimento da parte del distributore dell'obbligo di cui all'articolo 11 del Regolamento (UE) 2017/2358; c) è soggetta a revisione periodica; d) favorisce l'esercizio dell'azione di vigilanza sul pieno rispetto degli obblighi di cui al Regolamento (UE) 2017/2358 e al presente Regolamento da parte delle Autorità di vigilanza competenti».

vigilanza sulle imprese anche a fronte delle crisi finanziarie degli ultimi decenni e, soprattutto, alla luce del percorso di completamento del mercato Unico Europeo che con *Solvency I* e *Solvency II* ha voluto accentuare il processo di armonizzazione delle regole di *governance* in termini di solvibilità e gestione dei rischi. Ci si è resi, dunque, conto di come l'aver consentito il *Single European Passport* alle imprese, fondato su regole di accesso all'attività per molti versi armonizzate, non fosse sufficiente e si è così passati ad un controllo più pregnante e non solo di tipo quantitativo (riserve, etc.), ma anche qualitativo, volto a valutare la modalità di organizzazione interna, gestione e governo dell'impresa di assicurazione, passando anche attraverso l'innalzamento dei requisiti professionali e della formazione continua delle figure societarie apicali. *Solvency II*, in particolare, si caratterizza per un approccio orientato al rischio che tiene conto della molteplicità dei rischi che le imprese si trovano ad affrontare.

Le compagnie sono, dunque, chiamate a muoversi secondo un approccio ad ampio spettro che tenga in considerazione tutti i rischi ai quali sono esposte, ivi compresi i rischi dal lato dell'attivo e delle interrelazioni tra tutti i rischi in capo all'impresa (approccio *total balance sheet*), gestendo tali rischi in maniera efficace ed efficiente<sup>9</sup>. L'attività in chiave di *Product oversight governance* appare dunque l'ultimo tassello in tale direzione di riassetto delle procedure di controllo pantografico dei rischi dell'impresa.<sup>10</sup>

La tendenza ad "interferire" con l'eteroregolazione sull'organizzazione interna ed alle politiche di gestione (la c.d. *governance*), più in generale, nonché la spinta a richiedere una proceduralizzazione uniforme, o quantomeno armonizzata dei flussi interni ed organizzativi delle imprese

---

<sup>9</sup> Come è stato opportunamente osservato (cfr. L. VELLISCIG, *L'accesso e l'esercizio dell'attività assicurativa tra normativa europea e normativa italiana: il modello di Solvency II*, in *Contr. Impr. Eur.*, 2017, 36) la nuova strategia di vigilanza non è meramente *rules based*, ma *principles based* poiché oltre alla individuazione di regole di dettaglio (che pur rimangono e anche in forma non poco complessa ed analitica) in realtà esse non esauriscono ma richiedono di essere finalizzate ad un obiettivo di stabilità che l'impresa deve raggiungere e proprio in questa priorità di obiettivo l'impresa può anche modulare attraverso l'adozione di modelli interni, che saranno di seguito meglio osservati. Si rammenti che, tenuto conto della complessità delle soluzioni necessarie per conformarsi a Solvency II, il nuovo regime non si applica alle imprese di assicurazioni che presentano un incasso annuo di premi lordi contabilizzati pari ad € 5 mln o che il totale delle riserve tecniche, a lordo degli importi recuperabili dalla riassicurazione, non supera € 25 mln. Alcune imprese di assicurazioni saranno, quindi, fuori dallo *scope* in funzione dell'ammontare dei premi, del valore delle riserve tecniche o del tipo di business intrapreso.

<sup>10</sup> Cfr. ancora L. VELLISCIG, *op. cit.*

assicuratrici (funzionale anche ad una facilitazione dei controlli esterni)<sup>11</sup> ha avuto impatto anche sull'attività più tipica, ossia la progettazione dei prodotti e la loro distribuzione. La disciplina POG prevede, infatti, l'obbligo per coloro che ideano un prodotto assicurativo - le imprese assicuratrici, ma anche quegli intermediari che assumono la qualità di c.d. produttori di fatto - di adottare un processo per fasi: progettazione, gestione e controllo post vendita del prodotto assicurativo. Ciò include la fase di identificazione del mercato di riferimento (c.d. target market), ossia di quel segmento di clientela al quale è dedicato tale prodotto, sino ad arrivare al controllo sul ciclo di vita del prodotto assicurativo, vale a dire la valutazione di come tale prodotto sia accolto dal mercato, quali problemi crei con la/alla clientela, se appare adeguato a soddisfare le esigenze del target market che era stato individuato, se è sostenibile sul piano tecnico e commerciale e così via; il controllo deve proseguire, poi, attraverso la raccolta di dati dalla rete distributiva al fine poter rielaborare le informazioni e realizzare il controllo e la c.d. *governance* di ritorno, così da comprendere se sia necessario porre in essere attività ed azioni utili per modificare o rivedere il prodotto stesso ovvero le sue strategie distributive. Tali adempimenti corrispondono, sul piano fattuale, a ciò che anche prima della nuova normativa molte imprese provvedevano a realizzare al loro interno, cioè un vero e proprio controllo commerciale, operativo ed economico sui prodotti immessi sul mercato, in virtù di buone pratiche<sup>12</sup>. Nel mutato quadro normativo, tali attività vengono rese obbligatorie e procedimentalizzate.

La POG assolve, così, ad un duplice fine, in quanto da un lato essa si inserisce in un processo interno attraverso il quale l'impresa può ridurre i rischi operazionali (inserendosi così pienamente nel quadro di azioni correlate

---

<sup>11</sup> Ne discute ampiamente P. MONTALENTI, *I sistemi dei controlli interni nel settore assicurativo*, in *Assic.*, 2013, 210 ss. L'approvazione, a livello europeo, del modello "Solvency II" ha rappresentato una svolta epocale nel diritto d'impresa: a sua volta, l'esigenza di recepire le regole previste da *Solvency II* ha riportato al centro del dibattito (europeo e dei Paesi membri, compresa l'Italia), non solo il diritto dell'impresa di assicurazione ma anche la vigilanza di settore, osservata nella duplice prospettiva della tutela del mercato, da un lato, e dell'utenza assicurativa, dall'altro. Il lungo periodo di gestazione della Direttiva *Solvency II* e delle ulteriori norme che la accompagnano, sia a livello legislativo europeo sia a livello di c.d. *soft law*, hanno reso necessario un ampio processo di recepimento ed adeguamento da parte di tutti gli Stati membri, ivi compresa l'Italia.

<sup>12</sup> Non v'è dubbio infatti che la c.d. procedura di governo del prodotto traduce in processo quello che le imprese già erano portate a svolgere al loro interno e nel rapporto con i distributori per una corretta gestione delle proprie attività assicurative.

agli adempimenti previsti dal sistema di *Solvency II*<sup>13</sup>, ed allo stesso tempo dà vita, almeno sulla carta, ad un ulteriore contributo per la definizione e l'offerta di prodotti adeguati per la clientela: si tratta evidentemente di una "adeguatezza per segmenti di mercato (i c.d. *targets*), che viene a coordinarsi con la dimensione di adeguatezza "individualizzata", ossia l'esigenza presidiata dall'art.120 bis del CAP in base al quale a ciascun cliente deve essere offerto un prodotto adeguato<sup>14</sup>.

Gli operatori sono, infatti, chiamati ad identificare ed approvare, attraverso gli organi collegiali competenti, politiche interne idonee a realizzare tutte le fasi che realizzano la POG: (a) studio del prodotto, ossia delle sue condizioni economiche e contrattuali (*product design*) e conseguente identificazione del target market in fase prevendita<sup>15</sup>; (c) test sul prodotto (*product testing*) e (d) definizione delle strategie distributive, (e) monitoraggio sulla distribuzione, (f) revisione eventuale del prodotto per il futuro.

Con particolare riferimento all'identificazione del target market, esso appare fondamentale non solo per l'utenza ma anche per garantire la "sostenibilità" economica del prodotto nel tempo: si tratta, evidentemente, di una valutazione più ampia di quella tipica attuariale. Come si vedrà poco oltre, in questa fase può essere determinante il ruolo assunto dal riassicuratore, che non di rado contribuisce all'identificazione delle strategie di offerta del prodotto, specialmente se si è di fronte ad una impresa che esercita la riassicurazione in ambito di gruppo a supporto delle compagnie operanti in diversi mercati nazionali<sup>16</sup>. L'impresa e, come si vedrà a breve, anche gli intermediari che assumono la qualifica di produttori di fatto possono affidarsi ai criteri generali pre-elencati in via esemplificativa dagli enti di vigilanza per circoscrivere il mercato di riferimento<sup>17</sup>, ma resta sempre determinante

---

<sup>13</sup> Sul legame tra *Solvency II* e la disciplina POG cfr. EIOPA, *Preparatory guidelines on product oversight and governance, arrangements by insurance undertakings and insurance distributors*, March 2016, 4.

<sup>14</sup> In altri termini, l'adeguatezza – come traduzione nel rapporto bilaterale tra cliente ed intermediario di una prestazione individuale ed ad hoc, trova una ulteriore sponda nella dimensione più ampia in base alla quale l'impresa prodotto deve innanzitutto identificare un target market all'interno del quale si collocherà poi il singolo cliente.

<sup>15</sup> Cfr. in merito Reg. IVASS 45/2020, art.5, 5: "*Le imprese di assicurazione mettono a disposizione dell'IVASS, su richiesta di quest'ultima, la politica di cui al comma 2, gli elementi di cui al comma 4, nonché la documentazione relativa al processo di approvazione di ciascun prodotto di cui all'articolo 30-decies, comma 3, del Codice*".

<sup>16</sup> Cfr. *infra*, § 3.

<sup>17</sup> Si noterà come l'identificazione del target market può rappresentare una fase delicata per le imprese. Al fine di realizzarla, è utile osservare le indicazioni rese dalle

l'imprinting aziendale e dei *partners* che collaborano per l'identificazione delle strategie di distribuzione.

Va, infine, dato conto del fatto che, così come già era avvenuto con l'architettura di *Solvency*, che aveva profondamente innovato anche rispetto al sistema delle fonti, dando luogo ad un patchwork normativo e di regole secondo il modello Lamfalussy, anche la procedura POG si compone di norme armonizzate europee (contenute nella IDD) cui si affianca un testo regolamentare uniforme (Regolamento UE/2017/2358) corredato poi da norme legali e sub-legali nazionali (per l'Italia il regolamento IVASS

---

autorità di settore. Ad esempio, ESMA ha individuato i seguenti elementi per guidare gli operatori finanziari, ossia: la classificazione di clienti a cui il prodotto è indirizzato; la conoscenza e l'esperienza dell'investitore cui il prodotto è indirizzato; la sua situazione finanziaria, e in particolare la sua capacità di sopportare eventuali perdite; la tolleranza al rischio e i profili di rischio del prodotto; gli obiettivi e le esigenze della clientela a cui il prodotto è indirizzato. A ciò si aggiunge l'esame delle caratteristiche e degli obiettivi del mercato di riferimento, da effettuarsi esaminando tra l'altro: a) la coerenza del profilo di rischio/rendimento dello strumento finanziario con il mercato di riferimento; b) la rispondenza dello strumento finanziario all'interesse del cliente, prestando attenzione a eventuali conflitti determinati da un modello di business redditizio per l'intermediario e svantaggioso per il cliente (art. 64, comma 5 Regolamento Intermediari). Criteri sostanzialmente analoghi sono identificati anche da EBA, come riassunto nel secondo Rapporto del novembre 2020 sull'applicazione delle linee guida in materia di POG. Si veda inoltre quanto espresso già nel documento di ESA, *Joint Position of the European Supervisory Authorities on Manufacturers' Product Oversight & Governance Processes* – doc. JC- 2013-77; nonché document ESMA, *Structured retail products – Good practices for product governance arrangements*, March 2014, available at [https://www.esma.europa.eu/sites/default/files/library/2015/11/2014332\\_esma\\_opini\\_on\\_u\\_structured\\_retail\\_products\\_good\\_practices\\_for\\_product\\_governance\\_arrangements.pdf](https://www.esma.europa.eu/sites/default/files/library/2015/11/2014332_esma_opini_on_u_structured_retail_products_good_practices_for_product_governance_arrangements.pdf). Cfr. anche i criteri individuati da EBA, EBA/REP/2020/28, § 62: «- category of customer (e.g. retail customers, private banking customers, micro-businesses); - customer segment (e.g. interests and spending habits such as current/savings account holder) – according to the respondents, this aims to identify the viability of the business case and if the critical mass required for product profitability can be met; - demographic data (e.g. age, gender); - potential interest in the product (including pricing policy); - risk profile and the financial situation of the customer, including creditworthiness assessment, accepted investment horizon, accepted risk level and ability to incur losses; - financial objectives; - minimum level of customer knowledge and experience required to understand the product and related purposes». Infine il doc. *EIOPA, Approach to the supervision of product oversight and governance*, Ottobre 2020, in particolare 10-12.

n.45/2020)<sup>18</sup>.

## 2. I soggetti tenuti alla disciplina POG: produttori e produttori de facto

L'implementazione della disciplina POG in ambito assicurativo ha richiesto, innanzitutto, numerosi interventi disciplinanti ed altrettanto rilevanti, oltre a poderose azioni di adattamento agli operatori del mercato finanziario in tutta Europa relative sia alle imprese prodotto (a) che ai distributori meri (b)<sup>19</sup>.

(a) *Produttori istituzionali (imprese assicuratrici) e produttori di fatto (intermediari)*

Secondo l'articolo 25 della Direttiva IDD, rubricato “*governo e controllo dei prodotti*”, le imprese - così come gli intermediari che realizzano prodotti assicurativi da offrire in vendita ai clienti - adottano e gestiscono specifiche procedure volte alla preventiva approvazione e definizione dei relativi contenuti così come di ogni modifica significativa prima della commercializzazione. La norma va, quindi, ad identificare due gruppi di soggetti: innanzitutto le imprese-prodotto, cioè le compagnie, in secondo luogo i “produttori di fatto”, ossia gli intermediari che costruiscono - più correttamente studiano e propongono- modelli o soluzioni contrattuali *ad hoc*<sup>20</sup>.

Prima e naturale destinataria degli adempimenti previsti in ambito di disciplina POG è, dunque, l'impresa assicuratrice, ossia il soggetto che immette il prodotto/servizio sul mercato.

La presenza di un *manufacturer de facto*, ossia l'intermediario che abbia un ruolo determinante nell'ideazione e nella creazione di un dato prodotto, è eventuale e prende atto di una realtà del mercato che caratterizza in molti casi

---

<sup>18</sup> Si suole ricordare come l'intera normativa multilivello di *Solvency* assuma un approccio pantografico che, proprio per il suo carattere “dirompente” rispetto ai vecchi schemi di *governance*, è divenuta per molti aspetti disciplina modello al di fuori dal contesto europeo. Cfr. per una analisi L. VELLISCIG, *op. cit.*, 30.

<sup>19</sup> Si veda P. MARANO, *The Contribution of Product Oversight and Governance (POG) to the Single Market: A Set of Organizational Rules for Business Conduct* in Marano - Noussia, *Insurance distribution directive. A legal analysis*, 2021.

<sup>20</sup> Sembrerebbe, in altre parole, che si vada a recepire indistintamente per qualsiasi contratto assicurativo, regole che richiamano ancora una volta taluni dei principi indicati nella lettera congiunta di Banca d'Italia ed IVASS in materia di polizze abbinate ai finanziamenti.

l'attività di grandi intermediari, oppure di intermediari altamente specializzati nello studio di prodotti assicurativi, anche di nicchia, per la propria clientela. Nella sua posizione di *manufacturer de facto* l'intermediario ha un ruolo attivo nel definire caratteristiche essenziali ed elementi principali di un prodotto assicurativo (coperture, costi, rischi, mercato di riferimento, diritti di risarcimento). Quando questi elementi, come previsti dall'intermediario, non vengono sostanzialmente modificati dall'impresa che sopporta in definitiva il rischio, il distributore è dunque anche *manufacturer de facto* e, come tale, tenuto ad applicare una serie di presidi in materia di governo e controllo dei prodotti in modo simile a quanto avviene per le imprese assicuratrici.

Tutto ciò richiede di adottare un sistema di gestione e controllo (incluso il *product testing*) per ciascun prodotto assicurativo inedito o per ogni modifica significativa di un prodotto assicurativo esistente e di porre in atto un sistema di monitoraggio nel corso della sua commercializzazione al fine di valutare la sua "efficacia" sul mercato di riferimento. Si è peraltro chiarito che l'attività di *design* di contratti "*tailor made*" su richiesta di un cliente specifico al fine di soddisfare le sue esigenze assicurative, oppure la possibilità di proporre ad un cliente o a un *cluster* di clienti degli sconti di premio non sono sufficienti a definire un *manufacturer de facto*.

Tale processo è sicuramente impegnativo ed oneroso, in particolare per alcuni piccoli distributori. Di fronte a queste indicazioni in Italia si constata che in fondo i *manufacturers de facto* sono rimasti relativamente pochi<sup>21</sup>.

Ovviamente anche quando vi sia un produttore di fatto, il governo del prodotto non è un processo che l'impresa può delegare interamente, perché è proprio dal governo del prodotto e dalle attività di verifica e monitoraggio che da esso discendono che possono derivare importanti impatti sul rischio medesimo<sup>22</sup>. È ben noto, solo per fare un esempio, che il contatto della rete o

---

<sup>21</sup> Come è stato opportunamente osservato, non è probabilmente stata colta appieno l'opportunità di fare emergere il *know-how* espresso dal mondo intermediario. Si constata, infatti, assai sovente una "fuga" dal ruolo di produttore di fatto, soprattutto in un mercato nel quale le realtà distributive sono in larga misura medio-piccole. A rendere coerente con il dato normativo tale soluzione vi è del resto la circostanza per cui è quasi impossibile, sul piano pratico ed operativo, che l'impresa non effettui nessuna modifica (sostanziale) al prodotto assicurativo proposto dal broker prima di metterlo in circolazione, il che consente all'intermediario di non apparire come *manufacturer*.

<sup>22</sup> Il Codice delle Assicurazioni Private, anche a seguito delle più recenti modifiche che hanno ridefinito il sistema di governo e controllo societario, ha previsto una maggiore attenzione sia in relazione alle c.d. *funzioni e attività essenziali e importanti*, sia rispetto all'ulteriore specifica di *attività fondamentali*. Allo stesso tempo sono stati ridesegnati i limiti e le procedure per l'esternalizzazione di talune funzioni. Si preciserà a questo proposito che l'attività di esternalizzazione è definita come

---

«l'accordo concluso tra un'impresa di assicurazione o di riassicurazione e un fornitore di servizi, anche se non autorizzato all'esercizio dell'attività assicurativa o riassicurativa, in base al quale il fornitore di servizi esegue una procedura, un servizio o un'attività, direttamente o tramite sub esternalizzazione, che sarebbero altrimenti realizzati dall'impresa di assicurazione o di riassicurazione stessa» (CAP, art. 1, *n-quinquies*). Tale definizione si ritrova in forma sostanzialmente analoga applicata ai comparti bancario e finanziario secondo le indicazioni Banca d'Italia e Consob, ma prevede speciali regole per l'assicurazione in conseguenza delle peculiarità del ciclo produttivo (e dei relativi rischi) associati all'attività tipica (cfr. M. MAUGERI, *Esternalizzazione delle funzioni aziendali e integrità organizzativa nelle imprese d'investimento*, in *Banca borsa tit. cred.*, IV, 2010, 439 ss., spec. 440; S. MICHELI- U. CUNIAL, *I presidi in materia di esternalizzazione nel quadro normativo di Solvency II*, in *www.dirittobancarioonline*, marzo 2016). È importante sottolineare come tale definizione non individui il tipo contrattuale che realizza l'accordo per il conferimento esterno di funzioni o attività, ma si occupi del contenuto del medesimo accordo prevedendo che esso possa comprendere una procedura, un servizio o una attività altrimenti svolta all'interno dell'impresa di assicurazione. Si tratta, quindi, di nozione ampia e comprensiva di variegate formule di collaborazione con il terzo che svolge compiti che sarebbero, altrimenti, realizzati internamente all'impresa, ivi compreso lo studio del prodotto. Inoltre, sul piano delle regole, il Codice prosegue stabilendo (art.30-*septies*) che «*L'impresa che esternalizza funzioni o attività relative all'attività assicurativa o riassicurativa conserva la piena responsabilità dell'osservanza degli obblighi ad essa imposti da norme legislative, regolamentari e dalle disposizioni dell'Unione europea direttamente applicabili*». Si noti come il comma 2 sembra, poi, allargare a tutte le attività che in qualche modo si leghino al governo societario o abbiano comunque l'effetto di incidere sull'attività assicurativa anche in forma indiretta. Infatti si chiarisce che: «*2. L'impresa che esternalizza funzioni o attività essenziali o importanti garantisce che le relative modalità siano tali da non determinare anche uno solo dei seguenti effetti: a) arrecare un grave pregiudizio alla qualità del sistema di governo societario dell'impresa; b) determinare un indebito incremento del rischio operativo; c) compromettere la capacità dell'IVASS di verificare l'osservanza degli obblighi gravanti sull'impresa; d) compromettere la capacità dell'impresa di fornire un servizio continuo e soddisfacente ai contraenti, agli assicurati e agli aventi diritto ad una prestazione assicurativa*». Pertanto, l'impresa può esternalizzare anche funzioni di particolare rilevanza, purché garantisca che le relative modalità siano tali da non pregiudicare una corretta *governance* sul piano sostanziale e da non incidere sull'effettività delle funzioni di vigilanza ovvero determinare pregiudizio per l'utenza. Il Codice individua, infine, precisi obblighi di informazione preventiva per dar vita ad un procedimento di esternalizzazione, oltre a contenuti degli accordi, poi meglio definiti per via regolamentare. Infatti, alle norme del Codice ha fatto seguito il Regolamento delegato IVASS n. 38/2018 recante disposizioni in materia di sistema di governo societario di cui al titolo iii (esercizio dell'attività assicurativa) e in particolare al capo i (disposizioni generali), articoli 29-bis, 30, 30-bis, 30-quater, 30-quinques, 30-*sexies*,

in generale degli intermediari con il pubblico di assicurati può contribuire a incidere sulla dimensione dei sinistri, ovvero arginare i rischi di contenzioso che innalzano il costo dei sinistri medesimi.

D'altro canto, se da un lato la IDD sembra consentire una parziale "esternalizzazione" di tale controllo sul prodotto, dall'altro lato l'impresa, proprio per far fronte alla necessità di un costante monitoraggio di tutti i rischi (tipici ed atipici), difficilmente può pensare di abdicare a tale funzione attraverso la sua completa esternalizzazione.

Per l'impresa resta, dunque, necessario un puntuale monitoraggio sulle soluzioni di implementazione della disciplina sul controllo e governo dei prodotti di cui alla IDD di concerto con gli intermediari sia quando essi

---

30-*septies*, nonché di cui al titolo xv (vigilanza sul gruppo), e in particolare al capo iii (strumenti di vigilanza sul gruppo), articolo 215-bis (sistema di governo societario del gruppo), del decreto legislativo 7 settembre 2005, n. 209 - codice delle assicurazioni private modificato dal decreto legislativo 12 maggio 2015, n. 74, conseguente all'attuazione nazionale delle linee guida emanate da EIOPA sul sistema di governo societario. Le norme regolamentari, a loro volta, attingono alla disciplina europea in quanto implementano le Linee Guida emanate da EIOPA sul sistema di governo societario e riprendono le previsioni, in quanto compatibili con il nuovo quadro normativo primario, del Regolamento ISVAP n. 20 del 26 marzo 2008. Dalle norme del CAP e del Regolamento 38/2018 oltre che dai riferimenti EIOPA si traggono dunque importanti indicazioni per identificare quali attività, laddove affidate a terzi, diano luogo a esternalizzazione di funzioni "rilevanti", ossia *fondamentali* o comunque *essenziali ed importanti*. Quanto alle funzioni, all'art. 2 del CAP, lettera q-bis) titolata "funzione", quest'ultima è qualificata come segue: "*in un sistema di governo societario, la capacità interna all'impresa di assicurazione o di riassicurazione di svolgere compiti concreti; un sistema di governo societario comprende la funzione di gestione del rischio, la funzione di verifica della conformità, la revisione interna e la funzione attuariale*". Si tratta, dunque, di funzioni che realizzano pienamente il governo societario. In aggiunta l'art.2 del regolamento IVASS 38/2018 (riprendendo il CAP) si occupa a sua volta del processo di esternalizzazione di una o più funzioni e, a tal fine, si individuano le c.d. attività o funzioni essenziali o importanti. A tale proposito si indica, nell'articolo citato, che l'attività o funzione essenziale o importante è la «attività o funzione la cui mancata o anomala esecuzione comprometterebbe gravemente la capacità dell'impresa di continuare a conformarsi alle condizioni richieste per la conservazione dell'autorizzazione all'esercizio, oppure i risultati finanziari, la stabilità dell'impresa o la continuità e qualità dei servizi verso gli assicurati». Per maggiore precisione, si consideri che le *funzioni fondamentali* del governo societario, ora codificate a livello di norma primaria, sono costituite dalle tre funzioni di gestione dei rischi, verifica della conformità alle norme e revisione interna (v. anche Relazione IVASS al Reg. 38/2018), oltre che dalla funzione attuariale.

abbiano la veste di meri distributori, sia quando essi contribuiscono alla realizzazione del prodotto attraverso il ruolo di *manufacturer de facto*.

Nel settore assicurativo, la normativa europea è completata dal regolamento IVASS 45/2020, come modificato dal provv.n.97/2020. Il Reg. 45/2020 prevede una disciplina di coordinamento tra impresa prodotto ed intermediari con ruolo di *manufacturer de facto*, così come stabilisce obblighi di collaborazione tra l'impresa ed i meri distributori<sup>23</sup>.

(b) *I “meri” distributori*

Il secondo gruppo di soggetti chiamati ad avere un ruolo nella procedura POG è rappresentato dai distributori. Chi distribuisce i prodotti – siano essi i medesimi produttori che si occupino anche dell'offerta al cliente finale, oppure meri intermediari – è chiamato al rispetto degli adempimenti previsti per la fase di collocamento dei prodotti in termini di assistenza e consulenza al cliente, ma deve altresì compiere un passo ulteriore: conoscendo le caratteristiche del prodotto ed il mercato di riferimento del medesimo come definito in via generale ed anticipata dall'impresa prodotto, il distributore assume un ruolo attivo in quanto interviene nella fase di contatto finale con il cliente. I distributori, pertanto, definiscono modelli di offerta del prodotto «*comprendenti apposite misure e procedure per ottenere dal soggetto che realizza il prodotto assicurativo tutte le informazioni necessarie sui prodotti assicurativi che intendono offrire ai loro clienti e per comprendere pienamente tali prodotti, tenendo conto del livello di complessità e dei rischi legati ai prodotti, nonché della natura, della portata e della complessità dell'attività pertinente del distributore*» (cfr. reg. IVASS 45/2020).

In virtù di ciò il distributore è chiamato, innanzitutto, a verificare la coerenza di ciascun prodotto offerto al mercato di riferimento identificato, collaborando con l'impresa assicuratrice attraverso periodici report sulla fase distributiva, se necessario rendicontando di eventuali problemi emersi con la

---

<sup>23</sup> Innanzitutto non viene meno il ruolo dell'impresa che resta produttrice: lo conferma l'art.5, comma 3. Inoltre, l'art. 5, comma 6 identifica l'esigenza di realizzare una attività coordinata in base alla quale l'intermediario che sia anche produttore di fatto è chiamato a fornire all'impresa gli elementi per la redazione della relazione che deve essere svolta dalla funzione di *compliance* in base all'art. 30 del Reg. IVASS n.38/2018, ossia la relazione annuale in ambito di adempimenti POG. Si veda in particolare quanto previsto dal reg.45/2010, Capo II - Requisiti di governo e controllo dei prodotti assicurativi applicabili ai produttori, art.10 (*Flussi informativi*)e, ancora, Capo III - Requisiti di governo e controllo dei prodotti assicurativi applicabili ai distributori, art.13 (*Scambio di informazioni con i produttori*) al fine di consentire il corretto funzionamento della procedura POG.

clientela (anche laddove non ci sia un vero e proprio reclamo) così da facilitare il monitoraggio sul prodotto previsto dalla procedura POG per i produttori.

Dettagliando tali adempimenti, il reg. IVASS 45/2020 ha reso quindi del tutto chiaro quanto già si intuiva dalle norme primarie, anche europee, e cioè il fatto che anche il “mero” distributore assume un ruolo altamente proattivo. Si ha così una situazione nella quale l’attività POG individua *ex ante* e per segmenti il mercato di riferimento che definisce il perimetro di offerta al quale deve attenersi l’intermediario<sup>24</sup>, il quale avrà poi un ruolo più specifico nel consentire a ciascun singolo cliente di avere il prodotto adeguato e coerente rispetto alla propria posizione di rischio.

Altresì, il ruolo attività dell’intermediario distributore si coglie anche nella fase di rendicontazione dell’impresa, la quale si avvale del riscontro dell’attività di distribuzione per le attività di monitoraggio sui prodotti da realizzarsi durante tutta la fase di vita del prodotto assicurativo. Anche il settore bancario è in questo senso allineato (come previsto dalle norme di trasparenza).

L’importanza della fase distributiva e del ruolo degli intermediari in relazione alla procedura POG è ulteriormente sottolineata, nel sistema italiano, dal reg. 45/2020 che individua una specifica disciplina in caso di collaborazione orizzontale. Si ricorderà come la collaborazione orizzontale individua la collaborazione «tra intermediari operativi iscritti nelle sezioni A, B, D del Registro degli intermediari assicurativi, anche a titolo accessorio, e riassicurativi di cui all’articolo 109 del decreto legislativo 7 settembre 2005, n. 209, o nell’Elenco annesso al Registro di cui all’articolo 116-*quinquies* del medesimo decreto, ai sensi dell’articolo 22, comma 10, del decreto legge 18 ottobre 2012, n. 179, convertito nella legge 17 dicembre 2012, n. 221». In questo quadro, si distinguono le due posizioni dell’«intermediario emittente», ovvero colui che «nell’ambito della collaborazione orizzontale, con riferimento al prodotto distribuito, è titolare dell’incarico di distribuzione da parte dell’impresa emittente o con la quale abbia rapporti d'affari; e intermediario proponente, ossia colui che nell’ambito della collaborazione orizzontale, con riferimento al prodotto distribuito, entra in contatto con il contraente».

---

<sup>24</sup> La possibilità per l’intermediario di offrire prodotti a soggetti non rientranti nel *target market* è prevista in via di eccezione, purché non il cliente non ricada in un segmento negativo.

### 3. *La posizione del riassicuratore nel processo di product oversight and governance*

Le norme – e le discussioni - in ambito di adempimenti POG non menzionano mai il ruolo dell'impresa riassicuratrice. Del resto, le definizioni di *produttore* e di *produttore di fatto*, tanto nelle fonti normative e regolamentari tanto europee quanto nazionali, non lasciano dubbi sulla circostanza che gli adempimenti che ne derivano si possano riferire solo ad imprese di assicurazione e ad intermediari (si ricordi, per tutti, ancora l'art.1, del reg. IVASS 45/2020, lett. e): “*intermediario produttore di fatto*”: l'intermediario assicurativo che realizza prodotti assicurativi quando sussistono i presupposti e le condizioni di cui all'articolo 3 del Regolamento (UE) 2017/2358) e lett. g) “*soggetto che realizza prodotti assicurativi*” o “*produttore*”: i) l'impresa di assicurazione; ii) l'intermediario produttore di fatto.

Il motivo di tale assenza del riassicuratore è, almeno apparentemente, ovvio: secondo le norme europee dianzi richiamate, nonché rispetto alle previsioni nazionali di adeguamento, la disciplina POG impegna e deve essere realizzata esclusivamente da coloro che realizzano il prodotto e lo distribuiscono ossia le imprese di assicurazione, che rappresentato sul piano formale i soggetti che pongono in circolazione i contratti assicurativi e si qualificano, pertanto, come produttori; gli intermediari in qualità di produttori di fatto, vale a dire i soggetti diversi dalle imprese di assicurazione che hanno un ruolo nella ideazione e gestione del prodotto (solitamente soggetti intermediari); i distributori di prodotti assicurativi, ossia ancora una volta gli intermediari, i quali anche laddove non assumano la qualifica di produttori di fatto, hanno specifici doveri legati alla fase di offerta dei prodotti e collaborazione con la compagnia emittente per la corretta realizzazione della procedura di POG.

La disciplina POG è, del resto, pensata (anche) nella dinamica del rapporto con l'utenza assicurativa alla quale si rivolge l'offerta e da cui è notoriamente estranea l'impresa di riassicurazione.

La realtà appare, tuttavia, più complessa se osservata nelle dinamiche di studio ed ideazione dei prodotti, così come rispetto alla gestione economica ed attuariale dei rischi ad essi sottostanti. In particolare, è noto come il riassicuratore entri spesso, ed in modo determinante, nella fase di realizzazione dei prodotti assicurativi, e non solo in riferimento all'assunzione

di rischi catastrofali<sup>25</sup>, sebbene secondo il suo ruolo resti quello che è stato efficacemente definito come un “*silent regulator*”<sup>26</sup>.

Ciò non esime dal valutare in modo più completo quale sia la posizione delle imprese di riassicurazione, la cui attività non solo nella gestione finanziaria del rischio ma anche in relazione ai contratti assicurativi ed alla loro gestione, sono spesso poco note agli stessi operatori che non siano direttamente coinvolti nella gestione dell’impresa<sup>27</sup>. L’impresa riassicuratrice, infatti, pur mantenendosi a margine del rapporto contrattuale che lega la compagnia e gli assicurati, può avere un ruolo anche pregnante nella fase di scelta di definizione delle coperture e di gestione dei rischi, seppur in ottica aggregata<sup>28</sup>.

Negli ultimi anni, la crescente attenzione dedicata dal legislatore europeo alle imprese che esercitano l’attività riassicurativa testimonia l’esistenza di un processo di lento svelamento del ruolo e della funzione della riassicurazione, in quanto soggetto mitigatore dei rischi sistemici e di mercato. L’esperienza sempre più frequente di eventi catastrofali, insieme alla crisi finanziaria,

---

<sup>25</sup> OECD, *The Contribution of Reinsurance Markets to Managing Catastrophe Risk* (2018), disponibile su [www.oecd.org/finance/the-contribution-of-reinsurance-markets-to-managing-catastrophe-risk.pdf](http://www.oecd.org/finance/the-contribution-of-reinsurance-markets-to-managing-catastrophe-risk.pdf); S. DAHLEN - G. VON PETER, *Natural catastrophes and global reinsurance: exploring the linkages*, *Bis Quarterly Review*, December 2012, 24; Y. LAMBERT-FAIVRE, *Droit des assurances*, XII ed., 2007, Paris, 47.

<sup>26</sup> R. CAPOTOSTI, *La riassicurazione. Il contratto e l’impresa*, Torino, 1991, 15. A. LA TORRE, *L’assicurazione nella storia delle idee: l’assicurazione come risposta giuridica al bisogno economica di sicurezza: ieri e oggi*, II ed., Milano, 2000; G. FANELLI, *Le assicurazioni*, in *Tratt. Cicu Messineo*, vol. XXXVI, Milano, 1973, 65-136; A. ABRAMOVSKY, *Reinsurance: The silent regulator?*, 15 *Conn Ins. L. J.* 345 (2009); V. EHRENBERG, *Rückversicherung*, Amburgo 1885; A. GRAZIANI, *La riassicurazione*, Perugia 1924; HEMARD, *Assurances terrestres*, Parigi 1925, n. 601; E. BRUCK, *Privatversicherungsrecht*, Mannheim 1930, 77; C. PERSICO, *La riassicurazione*, Città di Castello, 1931.

<sup>27</sup> Ricordava Eugene Wollan: «Even among sophisticated, experienced business people, including many insurance professionals, the term reinsurance has a way of evoking unenthusiastic reactions ranging from disinterest to bewilderment. The world of reinsurance is generally considered, by those not part of it, to be an isolated corner of the universe devoted to a subject that is at once arcane and parochial» (in *Handbook of Reinsurance Law*, Aspen Publishers, 2003, supplement, §1.02).

<sup>28</sup> Le clausole *back to back*, nonché *follow the fortune*, tipiche degli accordi di riassicurazione, confermano il legame tra le sorti dell’assicuratore e del riassicuratore, sebbene quest’ultimo resti generalmente figura non nota all’assicurato. Su questi temi sia consentito rinviare a D. CERINI, *Duties and remedies in the Principles of International Commercial Contracts (PICC) and the Principles of Reinsurance Contract Law (PRICL): notes for a comparison*, in *Uniform Law Rev.*, 2020, 1-24.

hanno posto l'attenzione sulla fragilità che può riguardare anche le compagnie di assicurazione e le banche tradizionalmente più solide, il che è alla base della più recente marcia verso una armonizzazione delle condizioni di c.d. “*redress*” a livello europeo<sup>29</sup>.

Tutto ciò ha contribuito a dimostrare che la riassicurazione e gli schemi di retrocessione non servono solo come forma di allocazione del rischio per l'assicuratore al fine di ridurre le perdite correnti, ma giocano anche un ruolo essenziale nel processo di valutazione della solvibilità di medio e lungo periodo. La riassicurazione è inoltre assunta come parametro diretto per la valutazione dei requisiti di riserva delle compagnie di assicurazione<sup>30</sup>. In altre parole, la riassicurazione è ormai considerata a pieno titolo uno stabilizzatore di perdite che, in ultima analisi, va a beneficio del mercato e della società nel suo complesso, superando la “*privity*” della singola transazione economica tra la singola compagnia di assicurazione e il suo riassicuratore che risponde prevalentemente alla logica del *risk reward principle*.

Laddove l'assicurazione è uno strumento privato spesso utilizzato dai legislatori e dai responsabili politici per realizzare obiettivi pubblici, è l'esistenza stessa del mercato assicurativo che si basa sulla presenza di un mercato riassicurativo ben funzionante<sup>31</sup>.

La riassicurazione è, dunque, un meccanismo essenziale con cui le compagnie di assicurazione gestiscono i rischi e l'ammontare del capitale che devono detenere per sostenere tali rischi. Gli assicuratori possono utilizzare la riassicurazione per raggiungere al meglio un profilo di rischio mirato. Si

---

<sup>29</sup> *Consultation Paper on Proposals for Solvency II 2020 Review and Harmonisation of National Insurance Guarantee Schemes*, 9 aprile 2019.

<sup>30</sup> Si veda già la normativa italiana nonché la circ. ISVAP 547/D del 23 dicembre 2005. Più di recente la rilevanza della riassicurazione è confermata. Sebbene infatti l'art. 36 del Codice delle Assicurazioni prescrive che “*l'impresa che esercita i rami vita ha l'obbligo di costituire, per i contratti del portafoglio italiano, riserve tecniche, ivi comprese le riserve matematiche, sufficienti a garantire le obbligazioni assunte e le spese future. Le riserve sono costituite, al lordo delle cessioni in riassicurazione, nel rispetto dei principi attuariali e delle regole applicative individuate dall'ISVAP con regolamento.*” Secondo la legislazione europea, per ottenere l'autorizzazione a iniziare la loro attività, le compagnie di assicurazione sono tenute a presentare alle autorità di vigilanza un programma di attività per la gestione del rischio che implica il collegamento a strategie e coperture riassicurative. Il regime *Solvency II* ha aumentato il ruolo della riassicurazione nella valutazione finanziaria della stabilità della compagnia assicurativa e sono state stabilite specifiche disposizioni tecniche a livello nazionale. Cfr. anche Swiss Re (2010). *Recognition of reinsurance under Solvency II*. [www.swissre.com](http://www.swissre.com). Cfr. R. CAPOTOSTI, *op. cit.*, 34 e 280; A. ABRAMOVSKY, *op. cit.*, 348.

<sup>31</sup> R. CAPOTOSTI, *op. cit.*, 254.

potrebbe mettere in discussione questo livello di attenzione a un contratto che, storicamente, è rimasto per lo più dietro le quinte. Le strategie di mercato e i dettagli dei contratti, così come i meccanismi interni delle politiche e dei trattati di riassicurazione, non solo sono rimasti "inesplorati" dalla maggior parte delle legislazioni nazionali, ma spesso sembrano essere sconosciuti anche a molti attori del mercato assicurativo e riassicurativo. Il motivo può essere facilmente spiegato tenendo conto del contrasto tra la reale importanza economica e sociale della riassicurazione e il ruolo "ombra" che spesso svolge. Sarebbe impossibile ricordare tutte le ragioni interne di tale contrasto, ma ne ricordiamo solo alcune. In primo luogo, la riassicurazione opera esclusivamente tra soggetti professionali del mercato finanziario: le compagnie di assicurazione, da un lato, e le compagnie di riassicurazione, dall'altro. In secondo luogo, i riassicuratori non hanno alcun legame diretto di fatto o contrattuale con gli assicurati finali: questi ultimi in altre parole, spesso non sono a conoscenza dell'esistenza della riassicurazione. Questo spiega perché tradizionalmente i riassicuratori non sono stati realmente interessati alla pubblicità di massa o ad evidenziare la loro posizione nella società in generale per creare portafoglio (come, al contrario, gli assicuratori sono chiamati a fare).

Tuttavia, la riassicurazione fornisce la copertura interna, ma inevitabile, necessaria alle compagnie di assicurazione per limitare o gestire meglio i loro rischi. Non è esagerato affermare che, nella maggior parte dei casi, l'assicurazione per certi tipi di rischi non sarebbe disponibile senza il supporto della copertura riassicurativa<sup>32</sup>. Senza il riassicuratore non ci sarebbe l'assicurazione così come la conosciamo. Come verrà approfondito più avanti, questo spiega perché la riassicurazione è chiamata il "regolatore silenzioso" del mercato assicurativo. Tutto ciò spiega il ruolo più recente dei piani di riassicurazione nella valutazione del coefficiente di solvibilità delle compagnie di assicurazione e il crescente interesse delle autorità di vigilanza e dei legislatori per i piani di riassicurazione delle imprese.

---

<sup>32</sup> OECD, *The Contribution of Reinsurance Markets to Managing Catastrophe Risk* (2018), [www.oecd.org/finance/the-contribution-of-reinsurance-markets-to-managing-catastrophe-risk.pdf](http://www.oecd.org/finance/the-contribution-of-reinsurance-markets-to-managing-catastrophe-risk.pdf); S. DAHLEN - G. VON PETER, *Natural catastrophes and global reinsurance: exploring the linkages*, *Bis Quarterly Review*, December 2012, 24 ff. Più in generale sul ruolo essenziale della riassicurazione soprattutto in riferimento alla copertura dei rischi catastrofici (sia legati a catastrofi naturali, che all'iperterrorismo, che ai rischi tecnologici) si veda LAMBERT-FAIVRE, *Droit des assurance*, XII ed., 2007, Paris, 47.

A misura di tale peso anche nelle soluzioni di *governance* vigilata della riassicurazione, sono aumentate le norme che la interessano<sup>33</sup>.

Va ricordato, a questo proposito, come la riassicurazione rappresenti da un punto di vista economico un meccanismo essenziale con cui le compagnie di assicurazione gestiscono i rischi e le riserve che devono detenere per sostenere tali rischi. Nella dimensione di attività d'impresa, la riassicurazione è, secondo l'art. 1 del Codice delle Assicurazioni Private: “1) *l'assunzione e la gestione dei rischi ceduti da un'impresa di assicurazione, anche di uno Stato terzo o retrocessi da un'impresa di riassicurazione; 2) la copertura fornita da un'impresa di riassicurazione ad un fondo pensione istituito in uno Stato membro dell'Unione europea autorizzato dall'Autorità competente dello Stato membro d'origine e che rientri nell'ambito di applicazione della direttiva (UE) 2016/2341*”.

Essere riassicurato può essere di conseguenza qualificato non solo un dovere dell'assicuratore prudente, ma in alcuni casi è un requisito di legge e la politica adottata nelle operazioni di riassicurazione può avere un profondo impatto sugli assicurati finali, anche se è ben noto che l'assicurazione e la copertura riassicurativa non hanno un legame contrattuale diretto<sup>34</sup>.

Se è vero che nell'accordo di riassicurazione, l'obbligo del riassicuratore sorge solo quando si è incorsa la responsabilità della società in base alla sua polizza assicurativa o all'accordo di riassicurazione originale, la portata di tale obbligazione è definita dai termini e dalle condizioni specifiche dell'accordo di riassicurazione applicabile il quale a sua volta si lega alle condizioni di assunzione dei rischi da parte degli assicuratori<sup>35</sup>.

Allo stesso modo, la posizione del riassicuratore assume importanza rispetto al modello POG. Poiché, come si è detto, la presenza di una riassicurazione entra nella valutazione *solvency* ed ha un ruolo determinante nella gestione dell'*operation risk*, la correlazione con almeno alcune delle scelte strategiche è evidente<sup>36</sup>. Solvency II, infatti, consente alle compagnie

---

<sup>33</sup> Cfr. L. MEZZASOMA, *Commento sub art. 53 ss.*, in *Commentario al Codice delle Assicurazioni private* a cura di A. CANDIAN – G. CARRIERO, 2016, 260.

<sup>34</sup> R. CAPOTOSTI, *op. cit.*, 293.

<sup>35</sup> Le compagnie possono impiegare numerose operazioni di riassicurazione con una varietà di dettagli specifici, ma in genere ci sono spiegazioni per spiegare il desiderio delle compagnie di impegnarsi nella riassicurazione: 1) Espandere la capacità della compagnia di assicurazione; 2) Stabilizzare i risultati della sottoscrizione; 3) Finanziamento; 4) Fornire protezione contro la catastrofe; 5) Ritiro da un ramo o classe di attività; 6) Diffusione del rischio; e 7) Competenza.

<sup>36</sup> H. HEISS, *From contract certainty to legal certainty for reinsurance transactions: the principles of reinsurance contract law (PRICL)*, in *Scandinavian Studies in Law*, Vol.64, (2018), 107.

di assicurazione di liberare capitale attraverso l'individuazione di c.d. *risk mitigation techniques*, tra le quali rientra la riassicurazione, anche attraverso una valutazione differenziata del rating dell'impresa di riassicurazione prescelta e l'efficacia e la flessibilità dei trattati riassicurativi<sup>37</sup>.

Si comprende dunque come, dal punto di vista sostanziale, la definizione del contenuto del contratto assicurativo e, quindi, anche di molte strategie di prodotto risentono del ruolo del riassicuratore.

Se da un lato le operazioni riassicurative tendono talora ad ampliare l'autonomia tra i due contratti, specialmente in alcuni segmenti di riassicurazione, ciò non avviene sempre. Ad esempio, innanzitutto nelle operazioni *fronting*, anche le procedure di governo sui prodotti (ossia le discipline POG e relativi adempimenti) risentono della presenza pregnante del ruolo del riassicuratore. Ciò vale anche laddove si ricordi che il contratto di riassicurazione non crea rapporti con assicurati finali, salvo specifiche eccezioni. Anche l'art.1929 c.c. ne dà chiara conferma: "*Il contratto di riassicurazione non crea rapporti tra l'assicurato e il riassicuratore salve le disposizioni delle leggi speciali sul privilegio a favore della massa degli assicurati*"<sup>38</sup>. Questo, del resto, è un risultato normalmente auspicato dallo

---

<sup>37</sup> È stato, per tali motivi, rimarcato come la riassicurazione diviene strumento che offre garanzie circa «la sicurezza dell'adempimento dell'assicuratore e la tutela degli interessi degli assicurati, con una funzione di garanzia (seppur in senso funzionale e non tecnico) anche sul piano giuridico-sociale della prestazione dell'impresa assicuratrice collocata anche in ottica consumeristica nei riguardi dei creditori di tale prestazione: v. R. CAPOTOSTI, *op. cit.*, 292-293.

<sup>38</sup> E, peraltro, come è stato osservato «emerge in questo modo un collegamento il quale nella pratica si traduce nella circostanza che, in genere, la stipula del contratto di riassicurazione segue quella del contratto di assicurazione, di cui assume il medesimo contenuto e alla luce di ciò, si riconosce alla riassicurazione la possibilità di realizzare un vantaggio indiretto anche per gli assicurati» (L. MEZZASOMA, *sub art. 57-75-bis*, in *Commentario*, cit., in particolare 257; G. FANELLI, *Pluralità di assicurazioni e pluralità di assicuratori*, in *Assic.*, 1960, I, 393; L. BUTTARO, *o.c.*, 376; R. CAPOTOSTI, *op. cit.*, 13; M. PROSPERETTI - A. APICELLA, *La riassicurazione*, Milano, 1994, 42 ss.; sulle norme contrattuali applicabili alla riassicurazione cfr. SALANDRA, *Dell'assicurazione*, in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1969, 430 ss.: alla riassicurazione si applicano «*in quanto compatibili con la sua speciale natura, le norme generali sul contratto di assicurazione e non quelle speciali relative all'assicurazione contro i danni*»; O. CAGNASSO, *Riassicurazione*, in *DDPco*, XII, Torino, 1996, 490 ss. Si rammenti comunque che tenuto conto dell'importanza degli usi internazionali applicabili alla riassicurazione anche in assenza di elementi di estraneità del rapporto, si è di fronte, come osservato, ad «un contratto originale che non può essere assimilato tout court al contratto di assicurazione come per il contratto di assicurazione, non si rinviene nel cap una disciplina del contratto di riassicurazione

stesso riassicuratore in quanto gli consente di “svincolarsi” anche da tutta una serie di obblighi previsti in capo agli assicuratori (quali ad esempio quelli in termini di informativa, consulenza, adeguatezza).

Oltre alle operazioni di *fronting* vi sono sovente casi in cui la posizione del riassicuratore è del tutto complementare a quella dell’impresa di assicurazione nella individuazione delle caratteristiche del prodotto.

Sotto tale profilo occorre considerare che la maggior parte dei riassicuratori dispone di banche dati che tracciano i prodotti sul mercato. Tale *know-how* è quindi un valido strumento che può essere messo a disposizione delle imprese quando progettano i loro prodotti e ciò in quanto il riassicuratore è in grado di dire all’impresa, in relazione ad un dato prodotto quali sono le caratteristiche che hanno riscontrato maggior favore sul mercato in generale e cosa, al contrario, non ha funzionato. È del tutto evidente come tali informazioni possano essere essenziali nella fase di ideazione di un nuovo prodotto o revisione di un prodotto già in commercio. Ma forse l’*expertise* maggiore che può offrire un riassicuratore va ricercata nella sua capacità di calcolo al fine di individuare tutti i possibili scenari e test per i prodotti. Ciò può avvenire soprattutto in caso di contratti di riassicurazione generali (c.d. trattati), ma non è escluso che si verifichi anche nel caso di riassicurazione per singoli rischi<sup>39</sup>.

Inoltre, si consideri che nella riassicurazione occorre operare secondo massima buona fede.

---

e, pertanto, l’interprete è chiamato ad applicare le relative disposizioni contenute nel c.c.» (così G. VOLPE PUTZOLU, *Manuale di diritto delle assicurazioni*, XI ed.).

<sup>39</sup> Si rammenti, a questo proposito, che l’art. 1928 c.c. specifica che i contratti di riassicurazione possono configurarsi come «contratti generali», «contratti in esecuzione dei contratti generali» e «contratti per singoli

rischi». Con i c.d. contratti generali l’impresa assicuratrice riassicura una serie di contratti ossia tutti quelli che rientrano in un dato ramo, tipologia, o periodo, come concordato con il riassicuratore, siano essi già stipulato o da stipularsi nel periodo indicato nel contratto di riassicurazione (su cui cfr. L. FARENGA, *Manuale di diritto delle assicurazioni private*, Ed. VI – 2019, 272 ss., per il quale queste fattispecie contrattuali hanno una struttura che ricalca quella dell’assicurazione in abbonamento). La copertura riassicurativa potrà essere in quota proporzionale di rischi (trattati proporzionali) ovvero a ripartizione dei danni (trattati non proporzionali): per la distinzione tra tali figure di riassicurazione si vedano G. ANGELI, *La riassicurazione*, Milano, 1966, 13 ss.; R. CAPOTOSTI, *op. cit.*, 112 ss.; A. BOGLIONE, *La riassicurazione*, Milano, 2012). Diversamente i contratti «in esecuzione dei contratti generali» ovvero quelli «per singoli rischi» hanno una natura fiduciaria e per la prova valgono le regole generali.

Il dovere del riassicuratore di agire in buona fede, secondo il livello massimo richiesto, è sì previsto ma nei confronti dell'assicuratore<sup>40</sup>. Ne deriva che il riassicuratore, anche in applicazione della buona fede, opera di concerto con l'assicuratore – pur tenendosi a margine della gestione sinistri – e dunque l'attività nella disciplina POG può essere da ciò influenzata specialmente in relazione alla valutazione ed al monitoraggio del prodotto rispetto alla risposta alle esigenze del mercato e della clientela laddove si verificano i sinistri. La fase di monitoraggio realizzata dall'impresa assicuratrice, a sua volta, può condurre all'introduzione di modifiche sulle condizioni contrattuali future del prodotto, le quali hanno a loro volta, in alcuni modelli riassicurativi, un più diretto legame con la copertura riassicurativa stessa anche in virtù delle dinamiche dei rapporti di gruppo e di meccanismi tipici del fenomeno contrattuale riassicurativo, quali le clausole *back to back* o, in minor misura, *follow the fortune*.

Se, dunque, non vi è e non appare in alcun modo opportuno introdurre un ruolo attivo e diretto, sul piano dell'assunzione di doveri formali e regolati a livello normativo, del riassicuratore all'interno delle dinamiche della *product oversight and governance*, preme tuttavia porre in luce l'essenzialità, anche in tale contesto, della funzione riassicurativa la quale in molte situazioni si

---

<sup>40</sup> Si veda quanto osservato da S. PLITT (eds.), *1a Couch On Insurance*, 3d ed., 2008, at § 9:17: «Duties of good faith and fair dealing run between the reinsurer and the reinsured much as they do between the initial insured and his or her insurer. This duty originates from the reinsurer's need to rely upon and not duplicate the reinsured's efforts in properly evaluating risks and handling claims, reducing costs for both parties to the reinsurance contract. Accordingly, this duty requires the reinsured to disclose to the reinsurer all material facts which may affect the subject risk. The extension of this duty of good faith is the related concept that reinsurers are generally bound by the reinsured's good faith decision to pay a claim, commonly referred to as the 'follow the settlements' doctrine». Cfr. J. STEMPEL, *Comment to PRICL – Principles of Reinsurance International Contract law*, in corso di pubblicazione, che ricorda quanto esposto in *Travelers Indem Co v Scor Reinsurance Co*, 62 F3d 74, 76 (2d Cir 1995) (applying New York law): «Reinsurers depend on ceding insurers to provide information concerning potential liability on the underlying policies»; see also *Unigard Sec Ins Co, Inc v North River Ins Co*, 4 F3d 1049, 1054 (2d Cir 1993) (applying New York law) («Historically, the reinsurance market has relied on a practice of utmost good faith to decrease monitoring costs and ex ante contracting costs ... [R]einsurers cannot duplicate the costly but necessary efforts of the primary insurer in evaluating risks and handling claims. ... They are protected, however, by a large area of common interest with ceding insurers and by the tradition of utmost good faith, particularly in the sharing of information». Cfr. M. M. MENDOZA, *Reinsurance as governance: governmental risk management pools as a case study in the governance role played by reinsurance institutions*, in *Connecticut Law Journal*, 2015, 21.1, 54 ss., 15.

coordina con l'impresa prodotto – anche aldilà di obblighi normativi in tal senso - per la più corretta realizzazione e implementazione delle regole e dei vincoli richiesti dalla procedura POG.

Nella dimensione europea, inoltre, è sovente proprio l'impresa riassicurativa ad individuare le coperture che le imprese assicurative vanno, poi, ad offrire nei vari mercati, specialmente laddove queste ultime, muovendo su scala paneuropea in Paesi diversi da quelli d'origine, si affidino a strategie di gruppo.

Il ruolo chiave del riassicuratore potrebbe essere ulteriormente accentuato anche alla luce delle più recenti normative in chiave di informativa ESG, che vincolano l'assicuratore a formulare una strategia di investimento sostenibile ed a dare informazione alla clientela rispetto ai parametri di sostenibilità<sup>41</sup>. La compagnia può avvalersi della figura del riassicuratore sia per il suo ruolo di investitore istituzionale, sia in quanto soggetto che fornisce la copertura riassicurativa alle imprese prodotto.

Da quanto indicato, si comprende dunque come, anche in relazione agli adempimenti previsti dalla procedura di *product oversight and governance*, il ruolo del riassicuratore possa essere di particolare rilevanza pur non essendo censito nel processo normativo e regolamentare.

---

<sup>41</sup> Si rammenti come il legislatore europeo è intervenuto con lo strumento regolamentare sul tema ESG nel settore finanziario ed assicurativo, in particolare mediante il Regolamento UE n. 2088 del 2019 relativo all'informativa sulla sostenibilità nel settore dei servizi finanziari ed il Regolamento n. 852 del 2020 sulla tassonomia sostenibile. Va altresì indicato che in data 21 aprile 2021 la Commissione Europea, proseguendo nel percorso di regolamentazione della gestione ESG nel settore finanziario, ha adottato un ulteriore ed ambizioso pacchetto di misure intese a favorire i flussi di capitale verso attività sostenibili in tutta l'Unione europea, in coerenza con gli obiettivi del *Green Deal* da realizzarsi riorientando l'interesse degli investitori verso tecnologie e imprese più sostenibili, le misure previste sono ritenute necessarie e determinanti per rendere l'Europa climaticamente neutra entro il 2050.



## **Regolazione del mercato ed equilibrio contrattuale: la c.d. usura bancaria\***

«[Natura] dedit usuram vitae tamquam pecuniae nulla praestituta die» (Cic., *Tusc.*, I, 93)

**SOMMARIO:** 1. L'usura e la sua "misura". – 2. Repressione penale e tutela civile. – 3. La polifunzionalità di una disciplina. – 4. Unitarietà dell'ordinamento e tipologie di problemi. – 5. Gli interessi di mora e il loro problematico inquadramento giuridico.

### 1. *L'usura e la sua "misura"*

Il fenomeno dell'usura pone al giurista una pluralità di problemi, che attengono, innanzi tutto, alla stessa individuazione della fattispecie.

La locuzione "usura", storicamente, ha assunto diversi significati, che evocano (i) la mera percezione di interessi o di altri vantaggi, a fronte del denaro prestato (dove il problema della stessa ammissibilità di una remunerazione per l'uso del denaro, la *usura pecuniae*); (ii) la "smisurata" percezione di interessi o di altri vantaggi, in termini assoluti, ovvero in relazione ai parametri del *rischio*, per chi presta, e del *vantaggio*, per chi riceve e "utilizza", o, ancora, rispetto a una "giusta" remunerazione, stabilita da fonti eteronome; (iii) la "smisurata" percezione di interessi o di altri vantaggi, in un contesto di debolezza cognitiva del soggetto che riceve il denaro, dovuta a particolari condizioni economiche e finanziarie<sup>1</sup>.

---

\* L'Autore è Presidente del Collegio di Bari dell'Arbitro Bancario Finanziario. Le opinioni espresse nel presente scritto non sono riferibili al Collegio.

<sup>1</sup> Quest'ultima connotazione ha, storicamente, delineato la percezione del tipo di problema, da parte del legislatore penale, che vede nell'assunzione di obbligazioni "sproporzionate" uno degli elementi rilevanti, che deve, però, coesistere – onde configurare l'antigiuridicità penalmente rilevante – con il condizionamento della libertà di disporre della propria sfera giuridico-patrimoniale e con lo "sfruttamento" della c.d. *necessitas contrahendi*, da parte dell'usuraio. Cfr., sul punto, G. PICA, voce «*Usura (diritto penale)*», in *Enc. Dir.*, vol. VI agg., Milano, 2002, 1145, il quale in

Elemento comune a tutte le situazioni sopra ipotizzate è la presenza di un *accordo* e, dunque, di un *contratto*, che disciplina un'operazione creditizia, nel mercato regolato ovvero in mercati “paralleli”.

Il problema dell'usura, dunque, nasce nel diritto privato e ha a che fare, in particolare, con il diritto delle obbligazioni e, segnatamente, con l'esercizio dell'autonomia contrattuale<sup>2</sup>.

L'atteggiamento del legislatore, rispetto all'“accordo usurario”, può essere – come rispetto a qualsiasi manifestazione dell'autonomia privata – di indifferenza ovvero di considerazione e di disciplina.

Le possibili opzioni legislative risentono, evidentemente, dell'evoluzione del contesto socio-economico e culturale. In estrema sintesi, può dirsi che l'usura – nell'accezione “minimalista” di remunerazione del denaro prestato – ha conosciuto un progressivo riconoscimento di astratta meritevolezza, in concomitanza con l'affermazione di un'economia capitalistica, che ritiene del tutto

---

questi termini sintetizza le «componenti strutturali ontologiche» del tipo di reato in esame, censurando l'allontanamento da questo modello, da parte della l. n. 108/96. Il rilievo coglie, probabilmente, il principale limite dell'attuale legislazione in materia di usura, come si avrà modo di meglio osservare nel prosieguo. Non di meno, la scelta di politica del diritto del legislatore, per quanto criticabile, dovrebbe condizionare l'interprete nella ridefinizione, in una prospettiva storica, del tipo di problema percepito e regolato. In altri termini, l'eventuale constatazione di una “polifunzionalità” della disciplina repressiva dell'usura può senz'altro formare oggetto di motivata censura, da parte dell'interprete, ma dovrebbe, altresì, condizionare la ricostruzione della fattispecie. Il rilievo vale anche – come pure si avrà modo di osservare – rispetto ai recenti tentativi giurisprudenziali di “correggere”, in sede applicativa, quelli che sono percepiti come inconvenienti di una disciplina, rispetto al modello ricostruttivo delle obbligazioni pecuniarie desunto dal codice civile, “al netto” delle modificazioni apportate dal legislatore penale (il riferimento è, fondamentalmente, alla disciplina contenuta nell'art. 1815, 2° co., cod. civ.).

<sup>2</sup> Cfr. L. VIOLANTE, voce «*Usura (delitto di)*», in *Noviss. Dig.*, Torino, 1975, vol. XX, 387, ove il rilievo che la disciplina dell'usura contenuta nell'art. 644 cod. pen. (ante novella del 1996) tutela l'interesse del soggetto economicamente più debole a stabilire le condizioni di un contratto, senza dover, semplicemente, aderire a quelle deteriori stabilite dalla controparte, in ragione del *deficit* che lo induce a contrarre. Donde la conclusione, secondo cui «tale potere di stabilire le condizioni del negozio costituisce un aspetto dell'autonomia contrattuale riconosciuta alle parti dall'art. 1322 C. Civ., ove si fa riferimento al potere delle parti di ‘liberamente determinare’ il contenuto del contratto». Più di recente, a seguito della novella, cfr. F. REALMONTE, *Stato di bisogno e condizioni ambientali: nuove disposizioni in tema di usura e tutela civilistica della vittima del reato*, in *Riv. dir. comm.*, 1997, I, 775.

“naturale” la intrinseca *produttività* del denaro, di cui gli interessi costituiscono, appunto “frutti”<sup>3</sup>.

Il problema dell’usura è, così, diventato, innanzi tutto, un problema di *misura* e di individuazione di una “giusta” o, comunque, “non eccessiva” remunerazione del denaro, nonché, di riflesso, un problema di “rimedi”, rispetto ad “accordi *usurari*”. Quest’ultima locuzione ha, pertanto, assunto il significato attuale di *eccessiva misura* del vantaggio lucrato per il prestito del denaro. *L’eccesso di remunerazione*, peraltro, può essere riferito, sempre in termini oggettivi, anche al corrispondente *costo* del credito, per il debitore, secondo una prospettiva che sarà poi accolta dalla l. n. 108/96, nella scia del modello francese.

È a questo punto che sorge, per il giurista, il problema della possibile coesistenza e concorrenza di diritto penale e di diritto privato, rispetto al fenomeno dell’usura.

## 2. *Repressione penale e tutela civile*

Volgendo lo sguardo al nostro ordinamento, può dirsi che, storicamente, il trattamento giuridico dell’usura trova, inizialmente, una risposta nel diritto privato, in ragione dell’atteggiamento agnostico del codice penale Zanardelli, al quale, d’altronde faceva da *pendant* un analogo agnosticismo dei codici civili e commerciali, rispetto alla pattuizione di interessi ultra-legali, salvo l’obbligo della forma scritta, che, non a caso, fu considerato il primo presidio contro il fenomeno dell’usura, nell’accezione deteriore di “strozzinaggio”<sup>4</sup>.

---

<sup>3</sup> L’argomento ha formato oggetto di numerosi e approfonditi studi. Per un’efficace e stimolante sintesi storica, cfr., in luogo di molti, J. LE GOFF, *Lo sterco del diavolo. Il denaro nel medioevo*, Bari, 2010, spec. 171 ss.; ID., *La borsa e la vita. Dall’usuraio al banchiere* (1986), Bari, 2003, spec. 27 ss., sull’iconografia dell’usuraio quale «ladro di tempo» e «uomo con la borsa», secondo l’immagine eternata da Dante Alighieri (*Inf.*, XVII, 52-57).

<sup>4</sup> Significativa appare l’orgogliosa rivendicazione della «autosufficienza» del diritto privato, rispetto al fenomeno dell’usura, nella nota (ad App. Napoli, 13 giugno 1910) di F. DEGNI, *La repressione dell’usura e gli art. 1830, 1831 cod. civ. it.*, in *Riv. dir. comm.*, 1910, II, 951. L’A. individuava, innanzi tutto, nella regola che imponeva la forma scritta per la pattuizione degli interessi ultralegali nelle materie civili (art. 1831, cod. civ.) un adeguato presidio, poiché «l’usuraio non osa affrontare il disprezzo della pubblica opinione, che, in ogni tempo, lo ha bollato di infamia». Sempre la disciplina della pattuizione degli interessi avrebbe consentito di sanzionare patti

La situazione mutò radicalmente con l’emanazione del codice penale del 1930, che, come noto, introdusse il reato di usura, nell’ambito dei reati contro il patrimonio, delineando la fattispecie in termini di «interessi o altri vantaggi usurari», che taluno si fa dare o promettere, in corrispettivo di una prestazione di denaro o di altra cosa mobile, approfittando dell’altrui stato di bisogno (art. 644, cod. pen.)<sup>5</sup>.

La successiva codificazione civilistica del 1942 non ignorò del tutto il fenomeno dell’usura. Non di meno, a seguito della previsione di un reato, il trattamento giuridico privatistico dell’usura, nel nostro ordinamento, si è a lungo caratterizzato per un tendenziale “appiattimento” sulla fattispecie penale<sup>6</sup>.

Il problema che la “convenzione usuraria” ha posto allo studioso di diritto privato è stato, in altri termini, la configurabilità di un’*autonoma* considerazione della fattispecie, ai fini della valutazione alla stregua dell’ordinamento privatistico; problema che può essere sintetizzato nel quesito se gli “interessi usurari” presuppongano la sussistenza di tutti gli elementi costitutivi del reato di usura.

La *menzione*, ma non anche la *definizione*, dell’usura, nel codice civile (art. 1815, 2° co.), ha indotto, in passato, gli interpreti a ricercare nell’originaria formulazione dell’art. 644, cod. pen. gli elementi costitutivi della fattispecie cui applicare la disciplina privatistica degli “interessi usurari”; così integrando, in via interpretativa, disposizioni

---

usurari “mascherati” da clausole penali ovvero da altri negozi simulati (cfr., ad es., la fattispecie decisa da Cass. Torino, 14 febbraio 1903, in *Riv. dir. comm.*, 1903, II, 125). Del medesimo A. si vedano le successive precisazioni, in *Ancora della repressione dell’usura nel sistema del diritto civile vigente*, *ivi*, 1918, II, 635, in nota a due opposte decisioni di App. Catania, 16 febbraio 1917, e di App. Napoli, 15 giugno 1917, in merito alla illiceità del contratto usurario, anche alla luce delle coeve riflessioni di M. ROTONDI, *Vecchie e nuove tendenze per la repressione dell’usura*, in *Riv. dir. civ.*, 1911, 249. Per una sintesi del relativo dibattito, cfr. Alberto CANDIAN, *Contributo alla dottrina dell’usura e della lesione nel diritto privato italiano*, Milano, 1946, 14 ss., nonché, più di recente, M. SEMERARO, *Gli interessi monetari. Utilitas temporis, capitale e scelte di sistema*, Napoli, 2013, 49 ss.

<sup>5</sup> Cfr., in luogo di molti, L. VIOLANTE, *op. cit.*, 381 ss., anche per il rilievo della consapevolezza, in sede di codificazione penale, «che il maggior ostacolo formale all’introduzione nel sistema di una previsione penale sull’usura era, appunto, costituito dal principio della libertà degli interessi», implicitamente affermato dal Codice Zanardelli.

<sup>6</sup> Cfr. Alberto CANDIAN, *op. cit.*, 41; G.B. FERRI, *Interessi usurari e criterio di normalità*, in *Riv. dir. comm.*, 1975, I, 273.

che pure non contemplavano il requisito dell'approfittamento dello stato di bisogno<sup>7</sup>.

Il codice civile, come noto, ha, per contro, contemplato questa situazione, nella disciplina della rescissione per lesione (art. 1448), accordando alla parte lesa l'azione per rescindere il contratto, sempre che sussista (e permanga, al momento della domanda) l'ulteriore requisito, di carattere oggettivo, della originaria sproporzione *ultra dimidium* fra le prestazioni.

È parimenti noto che proprio l'istituto della rescissione per lesione avrebbe dovuto costituire, nell'intenzione del legislatore del 1942, la "traduzione", in termini privatistici, del reato di usura, come si evince, d'altronde, anche dalla disciplina della prescrizione, ove il rinvio all'art. 2947, cod. civ., nel caso in cui il fatto costituisca reato<sup>8</sup>.

La riduzione della clausola penale, se di ammontare «manifestamente eccessivo» (art. 1384), veniva a completare il complesso dei "rimedi" civilistici, secondo una visione che trova riscontro nella *Relazione al codice civile* e che la dottrina aveva indicato già nel vigore del codice civile abrogato, prima dell'introduzione di una disciplina penalistica dell'usura, nel codice penale del 1930<sup>9</sup>.

Rescissione per lesione, riduzione degli interessi al tasso legale ed eventuale riduzione della penale manifestamente eccessiva

---

<sup>7</sup> Cfr., per il rilievo, M. FRAGALI, sub *art. 1815*, in *Comm. c.c. Scialoja Branca*, Bologna-Roma, 1966, 314, anche osservando che lo stesso art. 644, cod. pen., distingueva chiaramente la nozione di interessi e vantaggi usurari da quella dell'approfittamento dello stato di bisogno della controparte, in tal modo legittimando una costruzione in termini puramente obiettivi della fattispecie delineata dall'art. 1815, 2° co., cod. civ. Più di recente, cfr. O. SCOZZAFAVA, *Gli interessi monetari*, Napoli, 1984, 209. Per ulteriori riferimenti cfr. *infra*, nota 13.

<sup>8</sup> Cfr. *Relazione al codice civile*, m. 658, là dove si precisa che «il codice civile ha voluto rigorosamente coordinarsi» con la disciplina contenuta nell'art. 644, cod. pen., «fino al punto da lasciar presumere che si sia voluta dare una precisazione dei presupposti civilistici della sanzione comminata nell'art. 644 suddetto». In dottrina, cfr., soprattutto, Alberto CANDIAN, *op. cit.*, 41 ss.; G.B. FERRI, *op. cit.*, 284, per il rilievo che la disciplina della rescissione per lesione fosse idonea a risolvere «in termini giuridicamente corretti la rilevanza della previsione penalistica [di cui all'art. 644 cod. pen.] sulla teoria del contratto». Per ulteriori riferimenti, cfr. la più recente analisi di M. DE POLI, sub *art. 1448*, in *Comm. Schlesinger*, Milano, 2015, spec. 68 ss. e 231 ss.

<sup>9</sup> Cfr. *supra*, nt. 4.

costituivano, dunque, le possibili risposte gius-privatistiche al fenomeno dell'usura.

In questo contesto, la disciplina degli interessi usurari, di cui all'art. 1815, 2° co., cod. civ. (testo previgente) era stata talora percepita come una “disarmonia”, che veniva a inficiare la coerenza del sistema. E ciò in ragione dell'apparente paradosso della coesistenza fra il trattamento riservato agli interessi usurari, nell'art. 1815, 2° co., incentrato sulla nullità della *clausola* usuraria e sulla conservazione del contratto con adeguamento degli interessi al saggio legale, e il diverso trattamento riservato all'approfittamento dello stato di bisogno, in termini di rescindibilità del *contratto*.

La natura soltanto apparentemente paradossale di un trattamento differenziato del fenomeno dell'approfittamento dello stato di bisogno era stata colta dalla dottrina, che aveva evidenziato come il “corrispondente civilistico” dell'usura fosse, in realtà, l'ipotesi contemplata dall'art. 1448, cod. civ., nella quale l'approfittamento dello stato di bisogno non rende illecito il contratto “squilibrato” («reato-contratto»), ma inficia l'*iter* che ha condotto a un determinato assetto di interessi e, in particolare, la formazione del consenso («reato in contratto»); donde la possibilità di evitare la caducazione del contratto, mediante l'offerta di modificazione con riconduzione a equità (art. 1450)<sup>10</sup>.

L'art. 1815, 2° co., per contro, sanzionava proprio l'assetto di interessi realizzato, in un'operazione creditizia, la cui conservazione era, tuttavia, assicurata nell'interesse del mutuatario a evitare l'immediata restituzione del capitale, mediante il meccanismo della sostituzione automatica della clausola nulla, che “mette fuori gioco” la regola generale in tema di nullità parziale, di cui all'art. 1419, 1° co., cod. civ.<sup>11</sup>.

---

<sup>10</sup> Cfr. G.B. FERRI, *op. cit.*, 288.

<sup>11</sup> In tal senso è, d'altronde, la *Relazione al codice civile*, n. 735, là dove la sanzione della nullità della sola clausola relativa agli interessi, limitatamente alla «eccedenza sulla misura degli interessi legali», con conseguente disapplicazione dell'art. 1419, 1° co., è giustificata con la volontà di «colpi[re] il mutuante impedendogli di godere del vantaggio usuraio che si era fatto promettere dal mutuatario, il quale, se si fosse dichiarato nullo il contratto, sarebbe rimasto obbligato all'immediata restituzione del capitale ricevuto».

Il tipo di problema contemplato dall'art. 1815, 2° co., peraltro, non sarebbe stato quello della repressione dell'approfittamento dello stato di bisogno, bensì quello, di politica economica, concernente la "abnormità" degli interessi richiesti, alla luce del "costo corrente" del denaro; interessi «predeterminati da chi alla luce [...] di criteri di 'imprenditorialità' organizza professionalmente un certo tipo di mutuo»<sup>12</sup>.

Senonché, il richiamo alla natura *usuraia* degli interessi, nell'art. 1815, 2° co. induceva la giurisprudenza a ritenere applicabile la disciplina civilistica soltanto nel caso in cui risultassero accertati tutti gli elementi della fattispecie del reato di usura<sup>13</sup>. Il che conduceva, di fatto, a una ridotta applicazione della sanzione civilistica, per l'appunto, "appiattita" sulla disciplina penalistica.

---

<sup>12</sup> G.B. FERRI, *op. cit.*, 291. L'A. suggeriva – in assenza di un costo del denaro prefissato dal legislatore in via generale e astratta – una valutazione in concreto, «in relazione al tipo di operazione economica cui il prestito inerisce», alla luce dei criteri del *rischio* (per il mutuante) e della *utilità* (per il mutuatario).

<sup>13</sup> Cfr., e.g., Cass., 16 novembre 1979, n. 5956: «la fattispecie del mutuo con interessi usurari, di cui al secondo comma dell'art. 1815 c.c., ricorre solo quando sussistano tutti gli elementi del reato di usura, e cioè, non soltanto l'esorbitanza degli interessi convenuti, ma anche lo stato di bisogno del mutuatario e il consapevole approfittamento di tale stato da parte del mutuante». Nella giurisprudenza di merito, cfr. Trib. Milano, 6 aprile 1995. Per una critica di questo orientamento, cfr. M. FRAGALI, *op. cit.*, 369 ss., muovendo dalla tesi della *illiceità* della pattuizione usuraia, intesa in un'accezione puramente oggettiva di "misura esorbitante" degli interessi; donde la conclusione secondo cui «bast[a] la sproporzione obiettiva del corrispettivo promesso perché si dia il risultato della riduzione, senza che occorra indagare se il mutuatario si sia deciso a contrattare in istato di bisogno e se il mutuante abbia approfittato di questo stato». Cfr. anche A. DE CUPIS, *Usura e approfittamento dello stato di bisogno*, in *Riv. dir. civ.*, 1961, I, 504 ss.; G.B. FERRI, *op. cit.*, 291 («nell'ipotesi di cui all'art. 1815 cod. civ. non si colpisce l'approfittamento e cioè il comportamento di uno dei contraenti, ma l'intero assetto di interessi cui le parti (mutuante e mutuatario) hanno dato vita»). Contrario a questa impostazione era, invece, Tullio Ascarelli, il quale vi ravvisava un'applicazione della teoria del "giusto interesse", ripudiata dal diritto positivo. Cfr. T. ASCARELLI, sub *art. 1277*, in *Comm. Scialoja Branca*, Bologna-Roma, 1959, 591, salvo, poi, ammettere che la tesi patrocinata risultasse non coerente con la previsione dell'interesse sostitutivo nella misura legale, «dato che la mancanza di qualunque obbligo di interessi costituirebbe invece una più efficiente sanzione contro l'usuraio».

### 3. *La polifunzionalità di una disciplina*

Con l’emanazione della l. 7 marzo 1996, n. 108, la simmetria fra usura e rescissione è venuta meno, poiché l’art. 644 cod. pen. novellato non richiede più, fra gli elementi costitutivi del reato, l’approfittamento dello stato di bisogno (che costituisce, per contro, una circostanza aggravante), risultando, così, “meno esigente”, rispetto all’art. 1448, cod. civ., le cui disposizioni non sono state modificate. Il che ha indotto parte della dottrina a ipotizzare un «definitivo distacco» fra usura e rescissione<sup>14</sup>.

La contestuale novella dell’art. 1815, 2° co., cod. civ., ha rivitalizzato e inasprito la sanzione civile degli interessi usurari, in un contesto normativo che finalmente lascia emergere il tipo di problema contemplato dal legislatore civilistico e, come si è visto, colto da un’attenta dottrina, già nel vigore della disciplina abrogata.

Di qui una prima, possibile, conclusione. La disciplina civilistica regolerebbe il problema dell’eccessivo costo del denaro, ragionevolmente nel contesto di un’attività d’impresa e, dunque, parrebbe avere a che fare con la disciplina del *mercato del credito*, piuttosto che (o, se non altro, *prima che*) con quella della criminalità finanziaria.

In questa prospettiva, non risulterebbe per nulla paradossale la circostanza – da più parti segnalata con preoccupazione – che la disciplina in esame trovi sovente applicazione nei rapporti fra banche e clienti.

In realtà, è possibile anche una diversa impostazione, che non necessariamente conduce a esiti troppo differenti. La *direzione* del mercato del credito e la *repressione* di prassi troppo difformi dai valori di mercato sono realizzate prendendo quale parametro la condotta “media” degli operatori professionali di quel mercato, ragionevolmente ritenuta sintomatica del prezzo corrente di mercato, come tale

---

<sup>14</sup> Cfr. P. VITUCCI, in *Trattato dei contratti*, V. Roppo (diretto da), Milano, 2006, vol. IV.1, 460; M. DE POLI, *op. cit.*, p. 236. Una tappa ulteriore nel progressivo “allontanamento” dell’istituto della rescissione dal reato di usura è segnata dalla modifica del tasso soglia, non incentrato sull’*ultra dimidium*. La configurabilità di un tasso usurario infra-soglia è, d’altronde, prevista già nell’art. 644, 3° co, cod. pen., ult. parte (interessi *in concreto* «sproporzionati», in presenza di «condizioni di difficoltà economica o finanziaria» e alla luce dei parametri indicati nel medesimo comma).

“giusto”<sup>15</sup>. Le due finalità perseguite dalla legge, dunque, non si porrebbero in termini di alternatività ovvero di incompatibilità, potendo l’apparato sanzionatorio e, dunque, la *repressione* del reato, essere incentrati sull’applicazione di un meccanismo di rilevazione del costo “normale” del credito, che si risolve, a sua volta, in una *direzione* della condotta degli operatori (anche istituzionali) del mercato.

Nel mutato contesto normativo, la “simmetria” fra sanzione civile e sanzione penale può apparire rafforzata, in ragione della “semplificazione” e “oggettivizzazione” della fattispecie penale, il cui richiamo, in sede civile – per di più nel contesto di un medesimo testo normativo –, potrebbe risultare meno problematico.

Il rinvio alla fattispecie penale, peraltro, dovrebbe essere inteso come limitato esclusivamente alla nozione di «interessi usurari». Quest’ultima avrebbe, pertanto, il medesimo significato, ai fini penali e ai fini civili, in particolare, nell’interpretazione della disposizione contenuta nell’art. 1815, 2° co., cod. civ.<sup>16</sup>. L’applicazione della sanzione (e, più in generale, della disciplina) civile non è, in questa prospettiva, subordinata alla concreta sussistenza del reato, potendo trovare applicazione in tutti i casi in cui l’interesse sia oggettivamente usurario (*i.e.*, ultra-soglia), anche ove difetti l’elemento soggettivo del reato ovvero sussista una causa estintiva del reato<sup>17</sup>.

Questa interpretazione consentirebbe alla disciplina civilistica di conseguire una autonomia, che può costituire il punto di partenza per qualsiasi tentativo di soluzione dei problemi applicativi (beninteso: in sede civile), alla luce della premessa, secondo cui la «legge civile» ripudia «oggettivamente l’interesse sproporzionato», nel contesto di una disciplina, per certi aspetti, anche *dirigistica*<sup>18</sup> del mercato del

---

<sup>15</sup> Cfr., da ultimo, A. GENTILI, *Usura e interessi moratori dal punto di vista della ratio legis*, in questa *Rivista*, 2021, II, 96, per il richiamo all’ordine pubblico, nella sua triplice possibile accezione («la disciplina dell’usura è la traduzione in regole dei principi di protezione, direzione, repressione»).

<sup>16</sup> Cfr., in luogo di molti, L. PASCUCCI, *Usura e oneri eventuali*, Torino, 2019, 44 ss. Ma sul punto, come si vedrà, sono, da ultimo, intervenute le Sezioni Unite, assumendo una diversa (e non convincente) posizione.

<sup>17</sup> Cfr., pur se in termini dubitativi, E. QUADRI, *Profili civilistici dell’usura*, in *Mercato del credito e usura*, F. Macario-A. Manna (a cura di), Milano, 2002, 110-111.

<sup>18</sup> Cfr. A. GENTILI, *I contratti usurari: tipologie e rimedi*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, I, 359. Per una valutazione non del tutto coincidente cfr. M. SEMERARO, *Gli interessi*

credito<sup>19</sup>, volta al contenimento del costo del denaro e a sanzionarne l'eccessiva remunerazione, nel caso concreto, in un contesto puramente oggettivo, che non attribuisce rilevanza all'abuso della debolezza volitiva di una delle parti del rapporto e che, pertanto, non legittima il richiamo a una visione soggettiva del contratto, incentrata sulla salvaguardia dell'alea consapevolmente assunta dai contraenti, al momento della conclusione del contratto.

Il recupero di un'autonoma valutazione, in sede civile, del fenomeno dell'usura – pur se, evidentemente, nel rispetto e, anzi, alla luce degli obiettivi di politica del diritto perseguiti dalla legislazione penale – appare agevolato, a seguito dell'intervento di interpretazione autentica, ad opera del D.L. n. 394/2000, che ha fugato i (del tutto condivisibili) timori degli interpreti, rispetto al problema della possibile rilevanza penale della c.d. usura sopravvenuta<sup>20</sup>.

#### 4. Unitarietà dell'ordinamento e tipologie di problemi

Questo approccio è stato, però, contrastato dalla più recente giurisprudenza di legittimità, che ha, per contro, enfaticamente riaffermato il principio di unitarietà nella valutazione giuridica dell'usura, affermando, altresì, la priorità logica della visione penalistica, di repressione del reato, pur se poi non sempre traendo da queste premesse le conseguenze applicative che ne dovrebbero discendere.

---

*monetari. Utilitas temporis, capitale e scelte di sistema*, cit., 281, la quale sottolinea, piuttosto, l'obiettivo (accanto alla repressione dell'usura) di garantire la trasparenza del costo del credito, sul presupposto ideologico che il prezzo formato in un mercato concorrenziale sia "giusto".

<sup>19</sup> G. OPPO, *Lo «squilibrio» contrattuale tra diritto civile e diritto penale*, in *Mercato del credito e usura*, cit., 88.

<sup>20</sup> Cfr., sul punto, i rilievi di F. GAMBINO, *L'usura «sopravvenuta» e l'indigenza del dato positivo*, in *Giust. civ.*, 2014, 884 ss., a proposito dell'*incipit* della norma di interpretazione autentica, che precisa il significato di interessi usurari *ai (soli) fini* dell'applicazione dell'art. 644 cod. pen. e dell'art. 1815, 2° co. cod. civ.; in tal modo legittimando la tesi di una possibile rilevanza del superamento della soglia (anche *successivo alla stipulazione*) *ad altri fini* (ad esempio, rispetto al problema della *esigibilità* della prestazione). Il riferimento, sul punto, è G. PASSAGNOLI, *Contratto usurario e sopravvenienza normativa*, Padova, 2005.

In tempi recenti, in effetti, la Corte di Cassazione – soprattutto nella sentenza delle Sezioni Unite, n. 24675/17 – è parsa adottare una prospettiva netta, incentrata sulla centralità dell’art. 644 c.p., così come “autenticamente interpretato” dall’art. 1 d.l. n. 394/2000. In questa prospettiva, l’ordinamento vieta e sanziona l’usura, come delitto, nell’art. 644, c.p.; il diritto civile segue e si conforma al penale, come si evince dalla disciplina contenuta nell’art. 1815, 2° co., che presuppone la nozione di interessi usurari, definita in sede penale, recando sì, una disposizione *sanzionatoria*, la quale, però, presuppone il *divieto* dell’usura, presente soltanto nel codice penale, là dove tutte le altre disposizioni di legge (e, *a fortiori*, di rango sub-primario) si limitano a prevedere un meccanismo di determinazione del tasso, oltre il quale gli interessi sono considerati sempre usurari, ai sensi, appunto, dell’art. 644 c.p., comma 3, novellato.

Coerente con questa premessa è la statuizione secondo cui «in tanto è configurabile un illecito civile, in quanto sussistano gli elementi oggettivi del delitto contemplato dall’art. 644 cod. pen., come interpretato dall’art. 1, comma 1, d.l. n. 394 del 2000»<sup>21</sup>.

In termini generali, se la *ratio* della l. 108/96 non è «calmierare il mercato», bensì predisporre un “efficace contrasto” del fenomeno usura, ne discende il rilievo essenziale del momento della *pattuizione* degli interessi, valorizzando, in tal modo, il profilo della volontà e, dunque, della responsabilità dell’agente<sup>22</sup>.

Su queste basi poggia il ripudio della tesi dell’usura sopravvenuta, non soltanto in sede penale, ma, altresì, rispetto alla valutazione dello svolgimento del rapporto contrattuale, alla luce delle regole e dei principi contenuti nel codice civile. In particolare, non sarebbe appropriato il richiamo alla regola della buona fede nell’esecuzione del

<sup>21</sup> Cass., Sez. Un., 19 ottobre 2017 n. 24675, in *Corr. Giur.*, 2017, 1484 ss., con nota di G. GUIZZI, *Le sezioni unite e il de profundis per l’usura sopravvenuta*.

<sup>22</sup> Cfr. Cass., Sez. Un., n. 24675/17, cit., 1486. Per questa impostazione, in precedenza, cfr. G. GUIZZI, *Congruietà dello scambio e contratti di credito (ancora una breve riflessione sui rapporti tra mercato e teoria del contratto)*, in *Squilibrio e usura nei contratti*, G. VETTORI (a cura di), Padova, 2002, 449, muovendo dall’assunto secondo cui la l. n. 108/96 ha sancito il principio in virtù del quale le condizioni di mercato costituiscono il parametro alla cui stregua giudicare la meritevolezza dell’esercizio dell’autonomia privata; il che imporrebbe di giudicare l’allineamento delle reciproche prestazioni delle parti con il rapporto valutato come “giusto” dal mercato al momento dell’assunzione delle obbligazioni.

contratto, per supportare l'affermazione di una inesigibilità della prestazione divenuta usuraria, poiché «la buona fede è criterio di integrazione del contenuto contrattuale rilevante ai fini della 'esecuzione del contratto stesso' (art. 1375 cod. civ.), vale a dire della realizzazione dei diritti da esso scaturenti»<sup>23</sup>.

La coerenza argomentativa del ragionamento sopra sintetizzato risulta, peraltro, inficiata dall'affermazione secondo cui «la violazione del canone di buona fede non è riscontrabile nell'esercizio in sé considerato dei diritti scaturenti dal contratto, bensì nelle particolari modalità di tale esercizio in concreto, che siano appunto scorrette in relazione alle circostanze del caso. In questo senso può, allora, affermarsi che, in presenza di particolari modalità o circostanze, anche la pretesa di interessi divenuti superiori al tasso soglia in epoca successiva alla loro pattuizione potrebbe dirsi scorretta ai sensi dell'articolo 1375 c.c.; ma va escluso che sia da qualificare scorretta la pretesa in sé di quegli interessi, corrispondente a un diritto validamente riconosciuto dal contratto»<sup>24</sup>.

Sotto questo profilo, l'orientamento accolto dalle Sezioni Unite non si pone in termini di incompatibilità logica, sul piano metodologico, con quello patrocinato dal Collegio di Coordinamento dell'ABF, nella decisione n. 77/2014, pur se facendo leva sulla valutazione, *in concreto*, della condotta dei contraenti, anziché sulla considerazione della fattispecie contrattuale.

L'Arbitro, in effetti, non impostava la questione in termini di usura sopravvenuta, poiché non si poneva nella prospettiva della in/validità

---

<sup>23</sup> Il brano riportato nel testo evidenzia, peraltro, un salto logico, perché l'opposto orientamento – come si vedrà, accolto dall'ABF – non ragionava, in realtà, *stricto sensu*, in termini di usura sopravvenuta, nell'accezione penalistica del termine; costruzione, questa, senz'altro insostenibile dopo il d.l. n. 394/2000.

<sup>24</sup> È, questo, un approccio alla regola della buona fede, che trova riscontro anche in altre pronunce coeve. Emblematica la vicenda del c.d. abuso della domanda di nullità selettiva dei contratti bancari e di investimento per vizio di forma, ove pure le Sezioni Unite hanno ritenuto che la selezione delle operazioni "a valle" oggetto di impugnazione, da parte del cliente, non può dirsi, *di per sé*, abusiva, in quanto non contrastante con la *ratio legis*, pur potendo esserla, in concreto, ove risulti strumentale a conseguire una restituzione del risparmio affidato all'intermediario superiore al risultato netto della complessiva operatività regolata dal contratto quadro viziato. Per una valutazione critica di questo approccio, si rinvia a A. TUCCI, *Nullità di protezione e buona fede*, in *Riv. dir. comm.*, 2020, II, 176.

del patto (e della “nullità punitiva”, *ex art. 1815, 2° co., c.c.*), bensì in quella della esigibilità della prestazione consacrata nel vincolo contrattuale, divenuta (eccessivamente) “fuori mercato”, secondo una valutazione oggettiva, che si impone alle volontà delle parti<sup>25</sup>.

Il contrasto era, piuttosto, nel ruolo assegnato alla buona fede. L’Arbitro giungeva, forse, a un’eccessiva “dilatazione” delle regole applicative desunte dalla direttiva della buona fede, in una dimensione solidaristica, che non si limita a restringere la posizione debitoria, escludendo comportamenti, rispetto ai quali la pretesa del creditore contrasterebbe col disposto dell’art. 1175 c.c.

In questa prospettiva, la regola della buona fede in senso oggettivo – letta alla luce del dovere costituzionale di solidarietà – recherebbe la “sanzione civilistica” della condotta scorretta dell’intermediario, dovendosi ritenere, appunto, contraria alla regola di correttezza la

---

<sup>25</sup> Cfr. ABF, Coll. Coord., dec. 10 gennaio 2014, n. 77, in *Riv. dir. comm.*, 2014, II, 284 ss., con nota di G. GUIZZI, *L’Abf, il problema della «usura sopravvenuta» e il sistema dei rimedi*: in cauda venenum. In dottrina, uno spunto nel senso della *inesigibilità* della prestazione, alla luce della regola di buona fede, si legge in F. GAZZONI, *Usura sopravvenuta e tutela del debitore*, in *Riv. not.*, 2000, 1447 ss. Più di recente, cfr., in una prospettiva di portata più generale, cfr. G. PERLINGIERI, *Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civile*, Napoli, 2015, p. 91 ss. La locuzione «inesigibilità della prestazione» ricorre – nel solco della dottrina tedesca – in L. MENGONI, *Obbligazioni «di risultato» e obbligazioni «di mezzi» (Studio critico)*, in *Riv. dir. comm.*, 1954, I, 283 ss. Del medesimo A. cfr. anche la sintesi della riflessione nella voce «*Responsabilità contrattuale (dir. vig.)*», in *Enc. Dir.*, Milano, 1988, vol. XXXIX, 1089-1090, ove il richiamo – non senza qualche riserva, anche di carattere terminologico – all’inesigibilità, quale limite dell’obbligazione, «distinto da quello previsto dagli artt. 1218 e 1256, e derivante dal divieto di abuso del diritto implicito nella direttiva di correttezza impartita (anche) al creditore dall’art. 1175, il quale funge qui da autonoma causa esimente del debitore». In questa (diversa) prospettiva, l’inesigibilità *giustifica* l’inadempimento di un’obbligazione, per cause riconducibili a interessi personali o patrimoniali del debitore, di cui il creditore non può non tenere conto, appunto in base alla regola di correttezza. In una logica, apparentemente, non troppo dissimile si muove il ragionamento dell’Arbitro, che evoca pur sempre un interesse del debitore alla “condivisione” dei risultati imputabili al mutamento del mercato, pur se – come si osserva nel testo – giungendo ad ampliare l’ambito di applicazione della regola di buona fede, non limitandosi a restringere la posizione debitoria, escludendo comportamenti, rispetto ai quali la pretesa del creditore contrasterebbe col disposto dell’art. 1175 c.c. (cfr. L. MENGONI, *Obbligazioni «di risultato» e obbligazioni «di mezzi»*, cit., che si esprime in termini di «restrizione dell’obbligo primario» del debitore).

pretesa di percepire interessi attualmente superiori alla soglia rilevante, pur se originariamente convenuti nei limiti consentiti dalla legge. L'Arbitro, dunque, enfatizzava la componente "solidaristica" della regola di buona fede, giungendo ad affermare che «il ricorso al principio di buona fede appare il rimedio più congruo al fine di trasferire all'interno di una rapporto di durata poliennale i vantaggi economici derivanti da una discesa dei tassi di mercato senza alterare in modo eccessivo l'equilibrio contrattuale, ma armonizzandolo con la funzione equilibratrice propria di un sistema giuridico assiologicamente orientato». Sotto questo profilo, peraltro, l'inesigibilità della prestazione (divenuta) ultra-soglia trova un suo fondamento nel riequilibrio delle posizioni dei soggetti del rapporto, anziché – come, forse, più corretto – nella valutazione oggettiva della non eseguibilità di un rapporto a condizioni che, attualmente, ripugnano all'ordinamento giuridico<sup>26</sup>.

A fondamento di questa soluzione, il Collegio aveva posto, inoltre, il convincimento, secondo cui «la repressione dell'usura ha svolto un ruolo di calmiera rispetto alla erogazione del credito». Conclusione, questa, decisamente disattesa dalla pronuncia delle Sezioni Unite, che ha, per contro, enfatizzato la centralità sistematica della disciplina penalistica di contrasto al fenomeno dell'usura, anche nella ricostruzione della disciplina civilistica, pur sempre incentrata sulla fattispecie delineata dall'art. 644 cod. pen. Il che renderebbe

---

<sup>26</sup> Il richiamo a una *non eseguibilità* della prestazione – lessicalmente improprio (e, sul punto, cfr., ancora, L. MENGONI, «*Responsabilità contrattuale (dir. vig.)*», cit., 1089) –, in quanto contrastante con la valutazione dell'ordinamento giuridico e, dunque, in una dimensione del tutto oggettiva, si rivela, tutto sommato, non troppo distante dalla logica sottesa all'art. 1256 c.c., *sub specie* di impossibilità giuridica e potrebbe, dunque, risultare meno dirimente e, nel complesso, più appagante, sul piano concettuale e sistematico. Su queste problematiche cfr. M. SEMERARO, *Usura bancaria e regole del mercato del credito*, in *Banca, borsa tit. cred.*, 2017, I, 214 ss., la quale critica questa costruzione, tra l'altro, richiamando il dibattito sul *pagamento* di interessi divenuti usurari, prima della l. n. 24/2001. In precedenza, cfr., tra gli altri, G. VETTORI, *Autonomia privata e contratto giusto*, in *Riv. dir. priv.*, 2000, 33; A. GENTILI, *I contratti usurari: tipologie e rimedi*, cit., p. 353.; G. GUIZZI, *Congruietà dello scambio e contratti di credito*, cit., 449 ss. Più di recente, cfr. BARTOLOMUCCI, *Usura sopravvenuta e principio di proporzionalità*, Napoli, 2018, 120 ss. e 142 ss., il quale orienta l'indagine sul terreno della eccessiva onerosità sopravvenuta e di conseguente "gestione" delle sopravvenienze perturbatrici della "proporzionalità" dello scambio, nel cui contesto il tasso soglia offrirebbe il parametro di valutazione.

inconcepibile – appunto per la rilevanza esclusiva, in sede penale, del momento della *pattuizione* – «qualificare scorretta la pretesa in sé di quegli interessi, corrispondente a un diritto validamente riconosciuto dal contratto».

La statuizione sopra riportata, letta alla luce della precedente, in merito alla doverosa considerazione delle «particolari modalità» dell'esercizio del diritto, in concreto, è stata particolarmente enfatizzata dai sostenitori della rilevanza civilistica della c.d. usura sopravvenuta<sup>27</sup>.

Probabilmente, questa conclusione rischia di stravolgere la portata applicativa della sentenza, pur se cogliendo un elemento di contraddittorietà e di ambiguità, nella motivazione, anche in ragione della mancata esplicitazione degli elementi da considerare, nella valutazione concreta della condotta del creditore<sup>28</sup>.

Ad ogni modo, l'ABF ha “preso atto” delle statuizioni delle Sezioni Unite, ad esse conformandosi, nella più recente decisione del Coll.

---

<sup>27</sup> Cfr., sul punto, le opposte posizioni di S. PAGLIANTINI, *L'usurarietà sopravvenuta ed il canone delle ss.uu.: ultimo atto?*, in *Corr. Giur.*, 2017, p. 1487 ss., e di G. GUIZZI, *Le Sezioni Unite e il de profundis per l'usura sopravvenuta*, cit., p. 1495 ss., nonché le riflessioni critiche di C. ROBUSTELLA, *L'usura sopravvenuta al vaglio delle sezioni unite: una radicale soluzione*, in *Riv. trim. dir. econ.*, 2018, II, 53 ss.

<sup>28</sup> Sotto questo profilo, senz'altro meno sibillina – ma, non per questo, più condivisibile – risulta la successiva pronuncia delle Sezioni Unite, in tema di abuso della nullità di protezione, che giunge financo a fornire un criterio matematico per l'accertamento, in concreto, della contrarietà a buona fede della condotta del contraente. Cfr. Cass., Sez. Un., n. 28314/18, cit., spec. pp. 140-141. Per una critica di questo criterio, si rinvia ad A. TUCCI, *Nullità di protezione e buona fede*, cit., spec. 164, nonché a G. GUIZZI, *Le Sezioni Unite e le “nullità selettive” nell'ambito della prestazione dei servizi di investimento*, in *dirittobancario.it*. Quest'ultima sentenza, d'altronde, evidenzia un approccio all'applicazione della regola di buona fede, che ne esalta la componente solidaristica e di “riequilibrio” delle posizioni delle parti, anche in funzione correttiva del diritto positivo, ove questo conduca a risultati dissonanti, rispetto alla soluzione percepita come “giusta” dal giudice, al quale, dunque, è accordato un potere di realizzare un *giusto equilibrio* nella distribuzione, fra le parti, dei risultati economici di un'operazione finanziaria (sia essa creditizia o di investimento). Per questi aspetti, l'orientamento più recente delle Sezioni Unite presenta margini di sovrapposizione con quello in un primo momento accolto dall'ABF, in tema di usura sopravvenuta.

Coordinamento, n. 7440/2018, in virtù di un approccio rigoroso ai rapporti fra ABF e giurisdizione<sup>29</sup>.

##### *5. Gli interessi di mora e il loro problematico inquadramento giuridico*

Il rapporto fra diritto civile e diritto penale nella valutazione dell'usura si è rivelato non meno travagliato con riferimento al problema della rilevanza degli interessi di mora, anche sotto il profilo del confronto dialettico fra le istituzioni deputate all'applicazione, in concreto, della disciplina e, per certi aspetti, alla sua stessa definizione.

Il problema è, in realtà, piuttosto risalente, nel tempo, dovendosi ricondurre alla mai sopita questione della natura e della funzione degli interessi di mora e della loro soltanto apparentemente netta distinzione dagli interessi corrispettivi, per la cui comprensione è indispensabile una prospettiva storica, anche alla luce dell'unificazione dei codici civile e commerciale, ad opera del legislatore del 1942.

L'emanazione della l. n. 108/96 ha, però, aggiunto un elemento ulteriore di complicazione, avendo introdotto un criterio di accertamento del superamento del tasso soglia, che rinvia a un preventivo "rilevamento" dei tassi medi praticati nel mercato, ad opera del MEF e della Banca d'Italia, che, in concreto, si è risolto in una sostanziale "delega" a quest'ultima Autorità a rilevare il TEGM trimestrale, pur se sulla base di un criterio prestabilito dall'art. 2, co. 2, l. n. 108/96. Quest'ultima circostanza, a sua volta, ha generato l'ulteriore problema dell'omessa rilevazione di una voce di costo del credito, da parte della Banca d'Italia, eventualmente anche in ragione di una differente interpretazione delle voci di costo che devono essere comprese nel TEGM.

È noto, al riguardo, che la Banca d'Italia ha ritenuto di non dovere includere gli interessi di mora nel "paniere" di riferimento e che soltanto a partire dal 2002 ha condotto una "rilevazione separata" e "a

---

<sup>29</sup> Su questi aspetti, sia consentito il rinvio ad A. TUCCI, *L'Arbitro Bancario Finanziario fra trasparenza bancaria e giurisdizione*, in *Banca, borsa tit. cred.*, 2019, I, 640 ss.

fini statistici” della media degli interessi di mora praticati dagli intermediari<sup>30</sup>.

Entrambe queste circostanze hanno determinato una diffusa incertezza fra gli interpreti, che emerge in tutte le sue sfaccettature nel contrasto fra gli orientamenti dell’Arbitro Bancario Finanziario e della Corte di Cassazione, acuito dalla ordinanza di Cass., n. 27442/18, e dalla più recente sentenza delle Sezioni Unite, n. 19597/20<sup>31</sup>.

L’Arbitro, con due provvedimenti coevi, assunti dal Collegio di Coordinamento nel 2014 (decisioni n. 3412/14 e n. 3955/14), ha affermato, in termini perentori, l’irrelevanza degli interessi di mora nell’accertamento del superamento del tasso soglia, salvo il caso di frode alla legge, desumibile, ad esempio, dalla previsione di termini per l’adempimento eccessivamente ravvicinati e, pertanto, poco credibili, in una dimensione di fisiologica attuazione del rapporto contrattuale.

L’orientamento dell’ABF è incentrato, sul piano formale, sulla constatazione *tranchante* dell’omessa inclusione degli interessi di mora nella base di calcolo del TEGM e, dunque, sull’applicazione del c.d. principio di omogeneità nella rilevazione e nella valutazione delle voci di costo nel TEGM e nel TEG del singolo contratto<sup>32</sup>. Il meccanismo di

---

<sup>30</sup> Cfr. Banca d’Italia, *Chiarimenti in materia di applicazione della legge antiusura*, 3 luglio 2003. La rilevazione è stata condotta nel 2002, sulla base dei dati riferibili al 2001, ed è stata inserita nel D.M. 25 marzo 2003.

<sup>31</sup> In precedenza, il contrasto era, probabilmente, meno stridente, per il fatto che la Corte di Cassazione si poneva in termini - *si licet* - oracolari, non chiarendo le ragioni della rilevanza degli interessi di mora. Donde la censura di eccessiva “scioltezza” dell’atteggiamento, soprattutto, di Cass., 9 gennaio 2013, n. 350. Cfr. Coll. Coordin., dec. n. 3412 del 23 maggio 2014, p. 16.

<sup>32</sup> Cfr. Coll. Coord., dec. n. 3955/14: «Come [...] sarebbe palesemente scorretto confrontare gli interessi convenuti per una specifica operazione di credito con i ‘tassi soglia’ relativi ad una diversa tipologia di operazione creditizia, altrettanto risulta scorretto calcolare nel costo del credito – ai fini della valutazione in chiave di usurarietà – i tassi moratori che non sono presi in considerazione per la determinazione dei ‘tassi soglia’, perché in tutti e due i casi si tratta di fare applicazione del medesimo principio di simmetria». In dottrina, cfr. C. ROBUSTELLA, *Usura bancaria e determinazione del “tasso soglia”*, Bari, 2017, 203. Diversamente orientata: L. PASCUCI, *op. cit.*, 21, la quale ritiene che il principio di “omnicomprensività” valga *in modo pieno* soltanto per il TEG del singolo rapporto, là dove la legge lascerebbe alle autorità amministrative un margine di discrezionalità per la determinazione del TEGM, con la conseguenza che potrebbe darsi un TEGM con meno voci di costo, rispetto a quelle che dovrebbero, comunque, essere computate

determinazione del tasso soglia, previsto dalla legge, verrebbe a «concretizzare quella norma in bianco in cui si risolve l'art. 644, co. 3, c.p.», sicché «la nozione di 'interesse usurario' finisce [...] per dipendere da un simile procedimento di determinazione in una misura 'certa' dei tassi usurari. E ciò avviene sulla base di dati che vengono rilevati a tal fine per categorie omogenee di operazioni creditizie».

Vero è, peraltro, che l'enunciazione del principio di omogeneità, nei termini rigorosi sopra sintetizzati, era dovuta, più che altro, all'approccio seguito dal MEF e dalla Banca d'Italia, nella rilevazione dei tassi medi di mercato, al netto degli interessi di mora, piuttosto che al dettato normativo, nel quale l'omogeneità è, in realtà, richiesta rispetto alla «classificazione delle operazioni» (art. 2, co. 2, l. n. 108/96), in relazione alle quali l'autorità amministrativa è chiamata a rilevare gli interessi praticati dalle banche e dagli altri intermediari finanziari, senza alcuna ulteriore distinzione fra tipologie di interessi o, meglio, fra il titolo giustificativo degli interessi<sup>33</sup>.

Sul piano sostanziale, l'ABF ha ritenuto decisiva la diversità di funzione degli interessi moratori (*recte*: della convenzione sugli interessi moratori), rispetto agli interessi corrispettivi, ravvisando nei primi la funzione di «liquidazione preventiva e forfetaria del danno risarcibile in caso di inadempimento di obbligazione pecuniaria», con conseguente assimilazione della relativa clausola contrattuale alla penale. Il che renderebbe congrua l'eventuale applicazione dell'art. 1384 c.c., ad esclusione dei «rimedi» previsti dalla disciplina di

---

nel TEG del singolo rapporto, onde poi verificare il superamento, in concreto, del tasso soglia, con una non rigorosa simmetria fra le due grandezze.

<sup>33</sup> Il punto è stato ben colto dall'ordinanza di Cass., n. 27442/18, spec. § 1.8.3, ove si osserva che «la legge ha ritenuto di imporre al ministro del tesoro la rilevazione dei tassi di interessi omogenei per tipo di contratto, e non dei tassi di interessi omogenei per titolo giuridico. Ne discende che la mancata previsione, nella L. n. 108 del 1996, dell'obbligo di rilevazione del saggio convenzionale di mora 'medio' non solo non giustifica affatto la scelta di escludere gli interessi moratori dal campo applicativo della L. n. 108 del 1996, ma anzi giustifica la conclusione opposta: il saggio di mora 'medio' non deve essere rilevato non perché agli interessi moratori non s'applichi la legge antiusura, ma semplicemente perché la legge, fondata sul criterio della rilevazione dei tassi medi per tipo di contratto, è concettualmente incompatibile la rilevazione dei tassi medi 'per tipo di titolo giuridico'. In senso adesivo, cfr., da ultimo, A. DIDONE, *Le Sezioni Unite e l'«usura degli interessi moratori»*. *Spunti critici*, in questa *Rivista*, 2021, I, 113.

contrasto all'usura, fra i quali, sul versante civilistico, il disposto dell'art. 1815, 2° co., cod. civ., che si riferirebbe, invece, ai soli interessi corrispettivi, come emergerebbe dal primo comma del medesimo articolo. Nel caso di contratti conclusi con consumatori, la clausola dal contenuto «manifestamente eccessivo» sarebbe soggetta alla qualificazione in termini di vessatorietà (art. 33, co. 2, lett. f, cod. cons.) e, dunque di nullità (art. 36, co. 1, cod. cons.)<sup>34</sup>.

La giurisprudenza di legittimità è stata, per contro, costantemente orientata a favore della rilevanza anche degli interessi moratori, pur se con qualche oscillazione in merito ai criteri per accertare, in concreto, il superamento del tasso soglia, e, da ultimo, anche alle conseguenze dell'accertamento della natura usuraria degli interessi di mora.

A supporto di questa conclusione, è stato addotto, innanzi tutto, un argomento di carattere letterale, incentrato sul richiamo alla locuzione «a qualunque titolo», presente nella norma di interpretazione autentica, introdotta dal D.L. n. 394/2000, e riferita, appunto, agli «interessi» convenuti dalle parti, al momento della conclusione del contratto.

Sul piano sostanziale (e sistematico), la giurisprudenza ha tendenzialmente svalutato l'asserita diversità funzionale fra interessi corrispettivi e interessi moratori, a fronte di una omogeneità di «trattamento normativo», nel codice civile (art. 1224). Al riguardo, la Corte di Cassazione ha avuto modo di precisare che già la l. n. 108/96 ha stabilito un criterio unitario per l'individuazione del tasso soglia. Anche prima della novella, d'altronde, il sistema consegnato dal codice civile avrebbe evidenziato un «principio di omogeneità di trattamento

---

<sup>34</sup> Cfr. Coll. Coord., dec. n. 3955/2014. Nella decisione n. 3412/2014, il Collegio di coordinamento ha precisato che, al fine di valutare se l'importo della clausola sia manifestamente eccessivo, occorre effettuare una «valutazione complessiva degli interessi delle parti in chiave di correttezza e buona fede». In dottrina, cfr., tra gli altri, O. SCOZZAFAVA, *op. cit.*, 211; G. OPPO, *Lo «squilibrio» contrattuale tra diritto civile e diritto penale*, in *Riv. dir. civ.*, 1999, I, 534; F. REALMONTE, *op. cit.*, 778, invocando l'art. 1469-*quinquies* cod. civ. (allora in vigore), nei rapporti con i consumatori, e l'art. 1384, cod. civ., in tutti gli altri casi, ferma restando la possibilità di invocare la frode alla legge (*ex art.* 1344 cod. civ.), sussistendone i presupposti, con riferimento alla specifica fattispecie concreta. Non è forse inutile ricordare che, nella *Relazione al codice civile* (§ 632), la disciplina contenuta nell'art. 1384 è giustificata proprio con l'intento di «contenere l'autonomia dei contraenti, in modo da impedire che il risultato dell'accordo sia usurario». Per una diversa impostazione, cfr. P. FAUSTI, *Il mutuo*, in *Trattato CNN diretto da Perlingieri*, Napoli, 2004.

degli interessi, pur nella diversità di funzione», come emergerebbe dall'art. 1224, comma 1, c.c., nella parte in cui prevede che, «se prima della mora erano dovuti interessi in misura superiore a quella legale, gli interessi moratori sono dovuti nella stessa misura». In questo contesto, il D.L. n. 394/2000 avrebbe definitivamente «risolto la problematica», appunto in virtù della precisazione secondo cui gli interessi, «a qualunque titolo», pattuiti, sono usurari, se superano il tasso soglia, al momento della convenzione<sup>35</sup>.

Le statuizioni relative all'inclusione degli interessi moratori nella verifica del superamento del tasso soglia hanno avuto un seguito – pur se non unanime – nella giurisprudenza di merito<sup>36</sup>, e trovano conforto anche in un *obiter dictum* della Corte Costituzionale, chiamata a pronunciarsi sulla ipotizzata illegittimità costituzionale del D.L. n. 394 del 2000<sup>37</sup>.

Più di recente, la Corte di Cassazione ha, finalmente, affrontato *ex professo* la questione, nell'ordinanza 30 ottobre 2018, n. 27442, fornendo una argomentata adesione all'orientamento consolidato e tentando di farsi carico delle principali obiezioni sollevate dalla dottrina, in parte accolte anche negli orientamenti dell'ABF.

---

<sup>35</sup> Cfr. Cass., 22 aprile 2000, n. 5286, in *Banca, borsa tit. cred.*, 2000, II, 620; Cass., 9 gennaio 2013, n. 350, in *Riv. trim. dir. econ.*, 2014, II, 7 ss., con nota di A. TUCCI. In dottrina, per l'applicabilità della disciplina degli interessi usurari (di cui all'art. 1815, 2° co., previgente) «a qualunque specie di interessi» cfr. già le considerazioni di M. LIBERTINI, voce «Interessi», in *Enc. Dir.*, Milano, 1972, vol. XXII, 126, 130, anche per la precisazione – in relazione al disposto dell'art. 1282 cod. civ. – secondo cui «ben può darsi un patto usurario attinente agli interessi moratori». Più di recente, cfr. N. RIZZO, *Gli interessi moratori usurari nella teoria delle obbligazioni pecuniarie*, in *Banca, borsa tit. cred.*, 2018, I, 365 ss. e 383 ss.

<sup>36</sup> Cfr. Trib. Bari, 17 marzo 2018 (G.U. Simone), Trib. Bari, 11 gennaio 2018 (G.U. De Palma); Trib. Bari, 27 settembre 2016 (G.U. Lenoci). I provvedimenti si leggono in *Banca, borsa tit. cred.*, 2018, II, 428 ss.

<sup>37</sup> Cfr. Corte Cost., 25 febbraio 2002, n. 29, in *Giur. it.*, 2002, 997. Pur ritenendo irrilevante, nel caso di specie, la questione, la Corte ha osservato – appunto, incidentalmente – che «il riferimento, contenuto nell'art. 1, comma 1, del decreto-legge n. 394 del 2000, agli interessi 'a qualunque titolo convenuti' rende plausibile – senza necessità di specifica motivazione – l'assunto, del resto fatto proprio anche dal giudice di legittimità, secondo cui il tasso soglia riguarderebbe anche gli interessi moratori». La natura incidentale della statuizione ha indotto, di recente, le Sezioni Unite ha svalutarne la portata, nella recente sentenza n. 19597/20 (sulla quale *infra*, nel testo). Contesta questa lettura “riduttiva” della pronuncia della Corte Costituzionale, da ultimo, A. DIDONE, *op. cit.*, 110 ss.

La rilevanza degli interessi di mora nella verifica del superamento del tasso soglia è stata affermata all'esito di una densa analisi storica e sistematica, volta a dimostrare l'insussistenza di una differenza funzionale fra interessi corrispettivi e interessi moratori<sup>38</sup>; tesi, questa, già sostenuta in dottrina, sulla base di una ricostruzione storica del passaggio all'unificazione dei codici nel 1942, con recepimento delle soluzioni accolte dal codice di commercio<sup>39</sup>.

---

<sup>38</sup> Cfr. quanto si legge nel § 1.4.2, a p. 9 (del dattiloscritto): «la corresponsione degli interessi di mora per il nostro ordinamento ha la funzione di tenere indenne il creditore della perduta possibilità di impiegare proficuamente il denaro dovutogli. Gli interessi corrispettivi *ex art.* 1282 c.c. remunerano dunque un capitale di cui il creditore si è privato volontariamente; quelli moratori *ex art.* 1224 c.c. remunerano invece un capitale di cui il creditore è rimasto privo involontariamente: ma tanto gli uni, quanto gli altri, rappresentano - secondo la celebre espressione paretiana - 'il fitto del capitale'. Anche gli interessi moratori, pertanto, costituiscono la remunerazione di un capitale, e rientrano nella previsione degli interessi 'promessi o dovuti in corrispettivo di una prestazione in denaro'».

<sup>39</sup> Cfr. Cass., 30 ottobre 2018, n. 27442, § 1.7, 15 ss. (del dattiloscritto). In altri termini, quella che i cultori del diritto positivo sovente rappresentano in termini di contrapposizione di funzioni di istituti diversi è, storicamente, il risultato del noto fenomeno della commercializzazione del diritto privato, nella codificazione del 1942. Espressione di questo fenomeno è la disciplina contenuta negli artt. 1224 e 1282 cod. civ., che costituisce, come noto, l'esito della "fusione" di due discipline - contenute, rispettivamente, nell'art. 1231 cod. civ. abrogato e 41 cod. comm. del 1882 - all'epoca giustamente considerate "inconciliabili", perché frutto di un diverso approccio al problema della "*usura pecuniae*". L'art. 1224 c.c. ha il suo antecedente storico nell'art. 1231 c.c. del 1865 (a sua volta mutuato dall'art. 1153 *code civil* francese), e riprende la visione classica civilistica, secondo la quale l'obbligazione legale di pagare gli interessi è conseguenza della mora. L'art. 1282 c.c. trova il suo referente storico nell'art. 41 cod. comm. e riflette la regola di diritto commerciale, secondo la quale sui crediti pecuniari liquidi ed esigibili decorrono gli interessi, indipendentemente dalla costituzione in mora. Cfr., soprattutto, T. ASCARELLI, *Limiti di applicabilità dell'art. 1231 cod. civ.*, in *Riv. dir. comm.*, 1930, I, 390, per il rilievo che «l'art. 41 [cod. comm.] offre un fondamento testuale al noto principio generale di diritto commerciale della presunzione di onerosità delle obbligazioni. Il fondamento dell'art. 41 non può difatti riporsi solamente nella normale fruttuosità del danaro, ma deve riporsi anche nella impossibilità pel debitore di goderne gratuitamente; in una presunzione pertanto di onerosità nelle obbligazioni di danaro». Sulla base di queste premesse, l'A. sosteneva la inconciliabilità fra le due discipline e il rifiuto di una liquidazione legale *a forfait* del danno, nell'ambito di applicazione dell'art. 41 cod. comm., dovendosi, per contro, estendere alla mora l'eventuale pattuizione dell'interesse ultralegale convenzionalmente stabilito dalle parti (soluzione poi accolta dal codice civile del 1942). Non di meno, la dottrina commercialistica

La Corte ha affrontato anche il problema delle modalità di accertamento, in concreto, del superamento del tasso soglia, per effetto della pattuizione di interessi di mora, affermando che il riscontro dell'usurarietà degli interessi convenzionali moratori debba essere condotto ponendo a confronto il saggio degli interessi (di mora) pattuito nel contratto con il tasso soglia calcolato con riferimento alla tipologia di contratto, senza alcuna maggiorazione o incremento (c.d. mora soglia), non avendo quest'ultima metodologia alcun fondamento positivo nella disciplina contenuta dall'art. 2 I. 108/96 (nel caso di specie, peraltro, il tasso di mora era, di per sé, superiore al tasso soglia).

Del tutto irrilevante sarebbe, invece, l'omessa considerazione degli interessi di mora nei decreti ministeriali di rilevazione dei tassi medi, essendo questa condotta omissiva del tutto ragionevole, perché i tassi medi devono essere rilevati per «operazioni della stessa natura» (art. 2,

---

formatasi nel vigore del codice di commercio del 1882 sottolineò la diversità di funzione fra gli “interessi moratori”, previsti dal codice civile, e gli “interessi corrispettivi”, contemplati dal codice di commercio. Secondo la nota definizione di Bolaffio, l'*interesse corrispettivo* è «l'equivalente dell'utilità che il debitore ritrae [...] dall'uso protratto del capitale monetario di cui il creditore ha diritto di chiedere anche giudizialmente il pagamento»; l'*interesse moratorio* è «il risarcimento che il debitore deve al creditore per il ritardo ingiusto a pagare il proprio debito» (L. BOLAFFIO, *Delle obbligazioni commerciali in generale*, in *Codice di commercio commentato*, L. Bolaffio-A. Rocco-C. Vivante (a cura di), Torino, 1921, 254 ss.). Nel vigore del codice civile del 1942, la tradizionale distinzione è stata sovente ribadita, pur se con talune significative voci dissenzienti, che opportunamente hanno rilevato che il profilo del “danno” per il creditore (interessi moratori) e quello del “vantaggio” per il debitore (interessi corrispettivi) «non si escludono fra loro, sicché sorge l'impressione che l'asserita differenza di funzione si risolva in una differenza di prospettiva nella considerazione del fenomeno». Cfr. M. LIBERTINI, *op. cit.*; B. INZITARI, sub *art. 1277 c.c.*, in *Comm. c.c. Scialoja Branca*, Bologna-Roma, 2011, 277 ss. Più di recente: U. SALANITRO, *Usura e interessi moratori: ratio legis e disapplicazione del tasso soglia*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2015, I, 740 ss.; G. D'AMICO (a cura di), *Gli interessi usurari. Quattro voci su un tema controverso*, Torino, 2016; M. SEMERARO, *Gli interessi monetari. Utilitas temporis, capitale e scelte di sistema*, cit., 97 ss. e 268 ss. Per la tesi della diversità di funzioni, cfr., tra gli altri, U. MORERA, *Interessi pattuiti, interessi corrisposti, tasso «soglia» e ... usuraio sopravvenuto*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1998, II, 519 ove il rilievo che la dazione degli interessi moratori, lungi dall'essere data *in corrispettivo* di un'altra prestazione «è in (*melius*: il) corrispettivo della propria non prestazione (fattispecie dunque estranea, opposta potrei ben dire, a quella contemplata e sanzionata dalla l. n. 108 del 1996)».

co. 1, l. n. 108/96), ossia per le diverse “tipologie contrattuali”. Ma il tasso di mora non è una tipologia contrattuale a sé, potendo accedere a qualsiasi “operazione”. In altri termini, «il saggio di mora ‘medio’ non deve essere rilevato non perché agli interessi moratori non s’applichi la legge antiusura, ma semplicemente perché la legge, fondata sul criterio della rilevazione dei tassi medi per tipo di contratto, è concettualmente incompatibile la rilevazione dei tassi medi ‘per tipo di titolo giuridico’»<sup>40</sup>.

Le statuizioni sopra sintetizzate hanno posto all’interprete qualche problema di coordinamento con la quasi coeva sentenza delle Sezioni Unite, in materia di rilevanza usuraria della commissione di massimo scoperto, nella quale la Corte ha ribadito l’esistenza, nella disciplina speciale dell’usura, di un principio di “simmetria” o “omogeneità” fra le entità (“commissioni”, “remunerazioni” e spese”, *ex art. 644, 4° co., cod. pen.*) rilevate dai decreti ministeriali e poste a fondamento della determinazione del TEGM e quelle utilizzate per calcolare il TEG del singolo rapporto, onde accertare l’eventuale superamento del tasso soglia<sup>41</sup>.

Si noti, peraltro, che le Sezioni Unite non hanno ritenuto decisivo il richiamo – di per sé, ritenuto corretto – al principio di simmetria per escludere la rilevanza della CMS ai fini anti-usura, anche per i contratti che abbiano esaurito il loro effetti nel vigore della disciplina

---

<sup>40</sup> Cfr. Cass. 30 ottobre 2018, n. 27442 (§ 1.8.3, 24). In senso contrario, non sarebbe conferente il richiamo alla disciplina dei ritardi nelle operazioni commerciali (art. 5, d. lgs. n. 231/02). Il tasso “legale” di interessi di mora ivi previsto è derogabile dalle parti (purché non si escludano del tutto). Perentorie le conclusioni cui è pervenuta la Corte: «Il sistema della legge dunque è in sé razionale, in quanto lascia le parti libere di scegliere tra due blocchi normativi, assumendo i rischi e prefigurandosi i benefici dell’uno e dell’altro: o scegliere il sistema del Decreto Legislativo n. 231 del 2002, evitando i rischi di nullità del patto di interessi ma rinunciando alla libertà negoziale, oppure ‘far da se’, concordando il saggio di mora ritenuto più vantaggioso, ma soggiacendo alle norme antiusura» (§ 1.8, 25).

<sup>41</sup> Cfr. Cass., Sez. Un., 20 giugno 2018, n. 16303, in *Corr. Giur.*, 2018, 1339 ss. Per una decisa critica di questo principio, cfr. G. D’AMICO, “Principio di simmetria” e legge anti-usura, in *I Contratti*, 2017, 507, ove si argomenta la tesi della “illogicità” del “preteso” principio. Sulle problematiche evocate nel testo cfr. la riflessione di M. CIAN, *Il costo del credito bancario alla luce dell’art. 2 bis l. 2/2009 e della l. 102/2009: commissione di massimo scoperto, commissione di affidamento, usura*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2010, I, 182 ss. Più di recente, cfr. C. ROBUSTELLA, *Usura bancaria e determinazione del «tasso soglia»*, cit., 136 ss.

antecedente il D.L. n. 185/2008 (art. 2 *bis*), per di più movendo dalla condivisione della tesi che esclude la natura interpretativa del menzionato decreto. Al riguardo, la Corte ha osservato che un'eventuale difformità fra gli elementi presi in considerazione dalla legge per la rilevazione del TEGM e quelli presenti nei decreti ministeriali si tradurrebbe nell'illegittimità e nella disapplicazione di questi ultimi<sup>42</sup>. In questo contesto, la Corte ha, tuttavia, precisato che la riscontrata difformità e la conseguente disapplicazione dei decreti ministeriali comporterebbero «problemi quanto alla stessa configurabilità dell'usura presunta, basata sulla determinazione del tasso soglia sulla scorta delle rilevazioni dei tassi medi mediante un atto amministrativo di carattere generale».

La regola giurisprudenziale, che parrebbe emergere dalle riportate statuizioni delle Sezioni Unite è che l'omessa rilevazione, nei decreti ministeriali, di un elemento che, a norma di legge, deve essere incluso nel calcolo del TEGM non consente di pervenire, in concreto, a un giudizio di usurarietà, non potendo l'interprete procedere a una comparazione di dati disomogenei e dovendo, dunque, arrestarsi dinanzi alla constatazione dell'illegittimità del decreto ministeriale.

Non è questa, tuttavia, la soluzione accolta dalla ordinanza di Cass., n. 27442/18, che, per contro, ha ritenuto possibile ipotizzare un superamento del tasso soglia, per effetto della considerazione del

---

<sup>42</sup> Nel caso concreto, la Corte ha escluso che i decreti ministeriali fossero viziati da siffatta «lacuna invalidante» – avendo, comunque, fornito evidenza separata della commissione –, suggerendo, poi, un metodo “alternativo” e, per certi aspetti, “originale” di accertamento del superamento del tasso soglia, in conseguenza dell'applicazione della CMS, che non sembra, peraltro, assimilabile – sul piano metodologico – a quello ipotizzato da Cass., n. 27442/18, come si osserva *infra*, nel testo. Le statuizioni delle Sezioni Unite sulle conseguenze dell'omessa rilevazione di una voce di costo rilevante nei decreti ministeriali costituiscono, dunque, a rigore, un *obiter dictum*.

“peso” degli interessi di mora, pur in mancanza di una loro “formale”<sup>43</sup> rilevazione nei decreti ministeriali e di una loro inclusione nel TEGM<sup>44</sup>.

La Corte, infine, in un *obiter dictum* – posto che, nel caso di specie, la statuizione del giudice di merito circa la non applicabilità dell’art. 1815, 2° co., non aveva formato oggetto di impugnazione –, ha precisato che «nonostante l’identica funzione sostanziale degli interessi corrispettivi e di quelli moratori, l’applicazione dell’art. 1815, comma secondo, cod. civ. agli interessi moratori usurari non sembra sostenibile, atteso che la norma si riferisce solo agli interessi corrispettivi, e considerato che la causa degli uni e degli altri è pur sempre diversa: il che rende ragionevole, in presenza di interessi convenzionali moratori usurari, di fronte alla nullità della clausola, attribuire secondo le norme generali al danneggiato gli interessi al tasso legale».

Il ragionamento sopra sintetizzato, in altri termini, sembra dare per scontato che l’art. 1815 cod. civ. si riferisca esclusivamente agli interessi corrispettivi – aspetto, questo, tutt’altro che pacifico –, apparentemente rilegittimando, mediante il richiamo alla diversità di

---

<sup>43</sup> Diversa è la “rilevazione a campione” condotta dalla Banca d’Italia, menzionata nei più recenti decreti ministeriali 21 dicembre 2017 e 27 giugno 2018 (nonché nei precedenti, ma soltanto a far data dal 25 marzo 2003). Ma cfr. quanto si legge in B. INZITARI, *op. cit.*, sulla base della “rilevazione separata” degli interessi di mora, a far data dal d.m. 25 marzo 2003, sulla base dell’indagine condotta dalla Banca d’Italia a fini statistici. Ad avviso dell’A., a decorrere da questa data, per accertare la sussistenza di interessi moratori usurari occorre aumentare della percentuale indicata nei decreti «il criterio stabilito per la rilevazione degli interessi corrispettivi usurari». Questa soluzione è, ora, disattesa da Cass., n. 27442/18 (§ 1.11), come si osserva nel testo. In dottrina, nel senso qui sostenuto, cfr. C. COLOMBO, *Commissione di massimo scoperto e disciplina antiusura: le Sezioni Unite avallano il principio di simmetria ed impongono la comparazione separata*, in *Corr. Giur.*, 2018, 1347.

<sup>44</sup> La Corte, per vero, rileva la mancata rilevazione, ai fini del calcolo del TEGM, ma ritiene le circostanze del tutto fisiologiche, poiché gli interessi di mora non sarebbero una “operazione” ovvero un tipo contrattuale, potendo accedere a qualsiasi tipologia di contratto (cfr. § 1.8.3: il saggio di mora “medio” non deve essere rilevato non perché agli interessi moratori non s’applichi la legge antiusura, ma semplicemente perché la legge, fondata sul criterio della rilevazione dei tassi medi per tipo di contratto, è concettualmente incompatibile la rilevazione dei tassi medi “per tipo di titolo giuridico”).

*causa*, proprio quella contrapposizione funzionale fra i due “tipi” di interessi, che la Corte stessa ha inteso negare<sup>45</sup>.

Non può tacersi, infine, che la soluzione accolta dalla Corte di Cassazione si risolva, in termini applicativi, in una “riesumazione” dell’originario disposto dell’art. 1815, 2° co. cod. civ., pur se sulla base di un percorso argomentativo incentrato sulla tesi dell’assenza di una disposizione *ad hoc* per gli interessi moratori usurari, con conseguente rinvio alla disciplina generale delle obbligazioni pecuniarie<sup>46</sup>.

Sul piano metodologico, l’impostazione seguita dal Collegio di Coordinamento ABF nell’affrontare il problema della rilevanza degli interessi moratori risultava, paradossalmente, maggiormente “allineata”, rispetto alle statuizioni delle Sezioni Unite sulla commissione di massimo scoperto, di quanto possa predicarsi per l’ordinanza di Cass., n. 27442/18, che, pure, perveniva a conclusioni conformi all’orientamento consolidato della giurisprudenza di legittimità, sotto il profilo dell’astratta rilevanza degli interessi di mora.

Successive pronunce delle sezioni semplici della Corte di Cassazione hanno colto questi profili di contraddittorietà, patrocinando soluzioni incentrate sulla problematica “costruzione” di un “tasso soglia di mora”, alla luce delle rilevazioni statistiche della Banca d’Italia<sup>47</sup>.

---

<sup>45</sup> Cfr., per analoghe considerazioni critiche, L. PASCUCCI, *op. cit.*, 97 ss.

<sup>46</sup> Il che, peraltro, avrebbe reso, se non altro, più coerente riconoscere dovuti gli interessi di mora nella misura eventualmente pattuita per gli interessi corrispettivi, ai sensi dell’art. 1224, 1° co., cod. civ., come, da ultimo, affermato dalle Sezioni Unite, nella sentenza n. 19597/20 (sulla quale cfr. *infra*, nel testo).

<sup>47</sup> Cfr. Cass., 17 ottobre 2019, n. 26286, che ha ritenuto non decisiva l’omessa inclusione degli interessi di mora nel TEGM, osservando che «poiché la Banca d’Italia provvede comunque alla rilevazione della media dei tassi convenzionali di mora (solitamente costituiti da alcuni punti percentuali da aggiungere al tasso corrispettivo), è infatti possibile individuare il ‘tasso soglia di mora’ del semestre di riferimento, applicando a tale valore la maggiorazione prevista dall’art. 2, 4° comma, l. n. 108 del 1996; resta tuttavia fermo che dovendosi procedere ad una valutazione unitaria del saggio d’interessi concretamente applicato – senza potere più distinguere, una volta che il cliente è costituito in mora, la parte corrispettiva da quella moratoria – al fine di stabilire la misura oltre la quale si configura l’usura oggettiva, ‘il tasso soglia di mora’ deve essere sommato al ‘tasso soglia’ ordinario (analogamente a quanto previsto dalla sentenza delle sezioni unite n. 16303 del 2018, in tema di commissione massimo scoperto)».

Il contrasto riscontrato fra le sezioni semplici e, soprattutto, la particolare rilevanza della questione hanno determinato la rimessione alle Sezioni Unite<sup>48</sup>, che si è pronunciata con la sentenza 18 settembre 2020, n. 19597<sup>49</sup>.

La decisione prende le mosse dal convincimento della natura “non dirimente” delle argomentazioni incentrate sul richiamo alla lettera della legge, in ragione della sua non univocità, e del dato storico, per la mutevolezza, nel tempo, della disciplina repressiva dell’usura. Parimenti, non sarebbe per nulla decisivo il richiamo alla funzione remuneratoria ovvero risarcitoria degli interessi di mora, in quanto «meramente descrittivo e non ordinante», per la riconosciuta polifunzionalità degli interessi di mora. Sarebbe, infine, «priv[a] di valenza ermeneutica» la constatazione della mancata rilevazione del tasso di mora nel TEGM. Di conseguenza, gli opposti orientamenti che si confrontano sulla questione si equivarrebbero, «quanto a persuasività e (non) definitività».

Il «criterio guida» nella soluzione della questione ermeneutica sarebbe, per contro, da ricercare nella «*ratio* del divieto di usura e dalle finalità che con esso si siano intese perseguire», ferma restando l’insindacabilità delle scelte di politica del diritto del legislatore.

Al riguardo, le Sezioni Unite osservano che, storicamente, la disciplina repressiva dell’usura persegue una pluralità di obiettivi, quali la tutela dei soggetti finanziati, la repressione della criminalità economica, la direzione del mercato creditizio e la stabilità del sistema

---

<sup>48</sup> Cfr. l’ordinanza di rimessione di Cass. 22 ottobre 2019, n. 26946 (in *Corr. Giur.* 2020, 26, con nota di C. COLOMBO, *Interessi di mora e usura: la parola alle Sezioni Unite*), che ha formulato la questione di massima di particolare importanza «riguardante la riferibilità della disciplina antiusura anche agli interessi moratori, dovendosi altresì valutare: (i) se il principio di simmetria consenta o meno di escludere l’assoggettamento degli interessi di mora alla predetta disciplina, in quanto non costituenti oggetto di rilevazione ai fini della determinazione del TEGM; (ii) se, in caso di risposta negativa al precedente quesito, ai fini della verifica in ordine al carattere usurario degli interessi di mora, sia sufficiente la comparazione con il tasso soglia determinato in base alla rilevazione del TEGM, ovvero se la mera rilevazione del tasso medio degli interessi di mora, sia pure effettuata a fini dichiaratamente conoscitivi, imponga di verificarne l’avvenuto superamento nel caso concreto, dovendosi in tale ipotesi altresì stabilire le modalità con cui debba avere luogo tale riscontro».

<sup>49</sup> La sentenza si legge, tra l’altro, in *Corr. Giur.*, 2020, 1315.

bancario. La legge n. 108/96 avrebbe confermato questa polifunzionalità del divieto di usura. Ciò in quanto «sanzionare le pattuizioni inique estranee alla logica concorrenziale persegue, nel contempo, le finalità d’interesse pubblicistico, volto all’ordinato funzionamento del mercato finanziario ed alla protezione della controparte dell’impresa bancaria». Donde la particolare “severità” dell’apparato sanzionatorio, che trova conferma, sul versante civilistico, nella disciplina contenuta nell’art. 1815, 2° co., cod. civ.<sup>50</sup>

Movendo da queste considerazioni, le Sezioni Unite affermano, perentoriamente, che «il concetto di interesse usurario e la relativa disciplina repressiva non possano dirsi estranei all’interesse moratorio, affinché il debitore abbia più compiuta tutela».

La statuizione della rilevanza, o “non estraneità”, degli interessi di mora alla nozione di interesse usurario è piuttosto apodittica<sup>51</sup>, ove si consideri che il richiamo alle finalità perseguite dal legislatore non è stato ritenuto decisivo, in sede di ricognizione degli opposti orientamenti.

L’impressione che si trae da una lettura complessiva della motivazione è che la Corte abbia ritenuto di accogliere la tesi “estensiva”, seguendo il criterio della migliore tutela del soggetto finanziato, rispetto alle altre forme di tutela pure ipotizzate dagli assertori della tesi “restrittive”, fra i quali l’Arbitro Bancario Finanziario, il cui orientamento è richiamato nel corpo della motivazione, a riprova di una senz’altro apprezzabile dialettica istituzionale<sup>52</sup>.

---

<sup>50</sup> In dottrina, per questa lettura dell’art. 1815, 2° co., cod. civ., cfr. A. CALDERALE, *La determinazione dell’usura tra tutela del prestatario ed efficienza economica*, in *Mercato del credito e usura*, cit., 221, ove il rilievo che «la norma svela apertamente la sua polifunzionalità: colpendo l’usura in sé stessa, ripulire il mercato del credito e indurre gli operatori istituzionali a certi comportamenti desiderati».

<sup>51</sup> L’affermazione evidenzerebbe un vero e proprio «salto logico» e, dunque, una «lacuna argomentativa», secondo A. DIDONE, *op. cit.*, 110.

<sup>52</sup> Cfr. Cass., Sez. Un. n. 19597/20, cit., 1318 e 1319. In particolare, è parso inadeguato l’ipotizzato ricorso all’art. 1384, cod. civ., quale possibile “rimedio”, rispetto a interessi moratori eccessivi, poiché, pur riconoscendosi l’equiparabilità del patto sugli interessi di mora a una clausola penale, la tecnica della riduzione giudiziale potrebbe condurre a difformità applicative e, comunque, «al mero abbattimento dell’interesse pattuito al tasso soglia, pur integrato con quello rilevato quanto agli interessi moratori, e non al minor tasso degli interessi corrispettivi [...], mentre, poi,

In definitiva, la “tutela massima” del soggetto finanziato costituisce la ragione decisiva per includere gli interessi di mora nella nozione di interessi usurari.

In stridente contrasto con questa perentoria enunciazione metodologica, si pone, tuttavia, la parte della sentenza relativa alla «concreta applicazione della disciplina antiusura» (§ 7 ss.).

Sul punto, la Corte ha accolto una soluzione sincretica, che opera una singolare sintesi delle opposte tesi relative al criterio da seguire per accertare il superamento del tasso soglia, anche in ragione dell’omessa rilevazione degli interessi di mora, da parte della Banca d’Italia, seguendo la precedente sentenza delle Sezioni Unite in merito alla commissione di massimo scoperto, incentrata sulla “costruzione”, da parte del giudice, di un tasso soglia alternativo, decisamente più elevato, rispetto al tasso soglia “ufficiale”, e, soprattutto, in alcun modo “autorizzato” dal legislatore<sup>53</sup>.

In proposito, le Sezioni Unite ritengono che le rilevazioni statistiche della Banca d’Italia sulla maggiorazione media prevista nei contratti a titolo di interessi moratori offrano un parametro «oggettivo e unitario», che esclude la discrezionalità dell’interprete, e consentano di fissare un «tasso soglia limite, che anche questi comprenda»<sup>54</sup>. Questa soluzione avrebbe anche il pregio di salvaguardare il c.d. principio di simmetria tra TEGM e TEG del singolo rapporto – in linea continuità con la precedente sentenza delle Sezioni Unite, n. 16303/18 -, dovendosi

---

il diritto positivo non impedisce una interpretazione che riconduca anche gli interessi moratori nell’alveo della tutela antiusura, con maggiore protezione del debitore, che sembra anzi consigliare, ove si consideri che gli interessi di mora, pur essendo ‘distinti’ dagli interessi corrispettivi, nel diritto delle obbligazioni, sono comunque convenuti e costituiscono un possibile debito per il finanziato». Il riferimento al tasso di interessi “sostitutivo” è chiarito nel prosieguo e costituisce uno degli aspetti di maggiore fragilità della sentenza, anche in termini di coerenza argomentativa, come si avrà modo di osservare.

<sup>53</sup> Su questi aspetti cfr., da ultimo, C. COLOMBO, *Gli interessi nei contratti bancari*, in *I contratti bancari*, E. Capobianco (a cura di), Milano, 2021, 768 ss.

<sup>54</sup> Al riguardo, la Corte osserva che «quel che assume importanza è l’oggettività dei dati emergenti dalla realtà economica e dalla sua struttura, caratterizzata da un ordinamento sezionale regolamentato e vigilato. La conseguenza è che la clausola sugli interessi moratori si palesa usuraria, quando essa si ponga ‘fuori dal mercato’, in quanto nettamente distante dalla media delle clausole analogamente stipulate (p. 1320)».

soltanto “integrare” il TEGM con il “di più” di comparazione, che tiene conto degli interessi moratori.

Per il periodo in cui la Banca d’Italia non ha condotto la rilevazione statistica della media degli interessi di mora, il termine di confronto sarebbe, inevitabilmente, il TEGM, senza alcun incremento.

Il criterio prescelto trascura l’obiezione, da più parti formulata, secondo cui le rilevazioni statistiche della Banca d’Italia non sono rese in attuazione della l. n. 108/96. Soltanto apparente si rivela, dunque, l’ossequio al principio di omogeneità/simmetria, rispetto al quale, peraltro, ben più convincenti e fondate erano le considerazioni svolte dall’ordinanza di Cass., n. 27442/18, in merito alla riferibilità del principio alle tipologie di operazioni, piuttosto che alle “voci di costo” del credito. Il che avrebbe reso senz’altro preferibile il confronto puro e semplice con il TEGM, che costituisce l’unico parametro di riferimento per la verifica del superamento del tasso soglia, ai sensi della l. n. 108/96.

Ma la parte che desta maggiori perplessità è senz’altro quella relativa alla sostanziale neutralizzazione della riconosciuta rilevanza degli interessi di mora, sotto il profilo delle conseguenze applicative dell’eventuale accertamento, peraltro, reso alquanto improbabile, in considerazione del sensibile innalzamento del tasso soglia<sup>55</sup>.

Al riguardo, la Corte ritiene che l’accertamento dell’usurarietà degli interessi moratori renda inefficace la clausola che li prevede. Il che non comporta, peraltro, la gratuità del finanziamento, secondo il disposto dell’art. 1815, 2° co., cod. civ., bensì l’applicazione della regola generale sui danni nelle obbligazioni pecuniarie, di cui all’art. 1224, cod. civ., in virtù della quale il debitore sarà tenuto al rimborso del capitale e al rimborso degli interessi, nella misura legale ovvero, se superiore, in quella eventualmente pattuita per gli interessi corrispettivi, purché non superiore al tasso soglia<sup>56</sup>.

A supporto di questa conclusione è addotta l’esigenza di salvaguardia della sfera giuridico-patrimoniale del creditore, rispetto all’inadempimento, e, più in generale, la considerazione secondo cui «la regolamentazione del mercato del credito, la quale si giova di

---

<sup>55</sup> Cfr., sul punto, G. GUIZZI, *Usura e interessi di mora: e quindi uscimmo a riveder le stelle?*, in *Corr. Giur.*, 2020, 1307, nt. 12, anche per alcune esemplificazioni.

<sup>56</sup> Nella giurisprudenza di legittimità, cfr. il precedente di Cass., 28 giugno 2019, n. 17447, in *Corr. Giur.*, 2020, 30.

plurime tutele generali e speciali previste dal diritto positivo, non può ragionevolmente condurre a premiare il debitore inadempiente, rispetto a colui che adempia ai suoi obblighi con puntualità: come avverrebbe qualora, all'interesse moratorio azzerato, seguisse un costo del denaro del tutto nullo (inesistente), con l'obbligo a carico del debitore di restituire il solo capitale, donde un pregiudizio generale all'intero ordinamento sezionale del credito (cui si assegna una funzione di interesse pubblico), nonché allo stesso principio generale di buona fede, di cui all'art. 1375 c.c.».

L'applicazione dell'art. 1815, 2° co., cod. civ., d'altronde, renderebbe la posizione del non consumatore maggiormente tutelata, rispetto a quella del consumatore, per il quale vige la regola dell'inefficacia delle clausole vessatorie, salva la validità ed efficacia del contratto, “per il resto” (art. 36, cod. cons., in conformità con il disposto dell'art. 6, par. 1, Direttiva 93/13/CEE) e alla luce dell'interpretazione fornita, sul punto, dalla Corte di Giustizia, con specifico riferimento alla vessatorietà della clausola relativa agli interessi di mora<sup>57</sup>. Ne consegue, in termini applicativi, che, nel caso di risoluzione per inadempimento, «caduta la clausola sugli interessi moratori, le rate scadute al momento della caducazione del prestito restano dovute nella loro integralità, comprensive degli interessi corrispettivi in esse già conglobati, oltre agli interessi moratori sull'intero nella misura dei corrispettivi [purché lecitamente] pattuiti». Il debitore sarà tenuto, inoltre, alla restituzione del capitale residuo, maggiorato degli interessi corrispettivi, attualizzati al momento della risoluzione.

Le conclusioni cui perviene la Suprema Corte non persuadono, poiché conducono a una sterilizzazione della più significativa *sanzione civilistica*<sup>58</sup> del contratto usurario, mediante una sostanziale abrogazione, per via giudiziale, della disciplina contenuta nell'art. 1815, 2° co., cod. civ., sulla base del fragile argomento incentrato sugli inconvenienti pratici di una precisa scelta di politica del diritto e dell'inconferente richiamo alla disciplina di tutela del consumatore, la quale può trovare applicazione soltanto nel caso in cui non ricorra la

---

<sup>57</sup> Cass., Sez. Un., 19597/20, 1321. La Corte cita, in particolare, Corte Giust. UE, 7 agosto 2018, cause riunite C. 96/16.

<sup>58</sup> Per il richiamo alla categoria delle “sanzioni civili”, cfr., tra gli altri, E. QUADRI, *op. cit.*, 113.

fattispecie della clausola usuraria, dovendo, in tal caso, cedere il campo all'applicazione uniforme della più severa disciplina sanzionatoria, senza alcuna distinzione incentrata sulla qualifica rivestita dal contraente.

In termini puramente esegetici, d'altronde, non può essere trascurata la circostanza che la disposizione attualmente contenuta nell'art. 1815, 2° co., cod. civ., è stata introdotta dall'art. 4, l. 108/96. Il che dovrebbe indurre a interpretare la locuzione «interessi» nell'accezione ampia di cui all'art. 2 della medesima legge, non soltanto al fine di individuare la fattispecie rilevante, ma anche per applicare la conseguente disciplina<sup>59</sup>. In altri termini, una volta affermato che gli interessi di mora sono “interessi”, ai fini della verifica del superamento del tasso soglia, non è corretto sottrarli alla disciplina prevista dal legislatore per l'ipotesi in cui siano convenuti “interessi usurari”<sup>60</sup>.

Da ultimo, la tesi qui criticata perviene a una difficilmente giustificabile differenziazione della disciplina sanzionatoria applicabile alla convenzione usuraria, a seconda che riguardi gli interessi di mora ovvero altre voci di costo del credito o di remunerazione del finanziatore, fra la quali, *in primis*, gli interessi corrispettivi. Per vero, non è dato comprendere la diversità di trattamento, a fronte di un medesimo giudizio di disvalore, in ragione della natura usuraria della convenzione.

---

<sup>59</sup> Cfr., sul punto, G. OPPO, *op. cit.*, 88, pur se dubitando della legittimità della disposizione contenuta nell'art. 1815, 2° co., cod. civ., per il possibile *arricchimento* della “persona offesa”. L'approccio patrocinato nel testo trova riscontro, d'altronde, nella motivazione della sentenza delle Sezioni Unite, in tema di usura sopravvenuta. Cfr., Cass., Sez. Un., n. 24675/17, cit., § 3.4.1, ove il rilievo che l'art. 1815, 2° co., «presuppone una nozione di interessi usurari definita altrove, ossia, di nuovo, nella norma penale integrata dal meccanismo previsto dalla legge n. 108».

<sup>60</sup> Senz'altro più coerente, sul piano logico e argomentativo, appare la tesi di chi esclude l'applicazione dell'art. 1815, 2° co., sulla base dell'affermata estraneità degli interessi di mora al tipo di problema regolato dalla disciplina repressiva dell'usura. Non è questa, peraltro, la posizione delle Sezioni Unite, come si osserva nel testo. L'interpretazione in questa sede patrocinata, d'altronde, dovrebbe indurre a ritenere compresi nell'effetto sanzionatorio tutti i costi del credito, poiché l'art. 644, 4° co., cod. pen., introdotto dall'art. 1, l. 108/96, dispone che «per la determinazione del tasso di interesse usurario si tiene conto delle commissioni, remunerazioni a qualsiasi titolo e delle spese, escluse quelle per imposte e tasse, collegate all'erogazione del credito».

Non minori perplessità – anche sotto il profilo della coerenza argomentativa – desta, infine, la statuizione secondo cui il debitore può chiedere l'accertamento della natura usuraria degli interessi di mora, indipendentemente dall'inadempimento (c.d. tasso astratto), ma ove poi risulti che il tasso concretamente applicato sia sotto soglia, questo sarà dovuto, non trovando applicazione la sostituzione della clausola usuraria.

Per vero, l'affermata rilevanza della sola *applicazione* degli interessi di mora contraddice la fattispecie di reato, essendo indiscutibile la presenza di una *convenzione* usuraria, e sgretola il principio di unicità della rilevanza giuridica dell'usura, correttamente enfatizzato dall'ordinanza del 30 ottobre 2018, ponendosi, altresì, in contrasto con la logica sottesa alla sentenza delle Sezioni Unite in tema di usura sopravvenuta, la quale, per contro, enfatizzava il momento della pattuizione, in coerenza con l'approccio prescelto, incentrato sulla prevalenza accordata alla visione del legislatore penale<sup>61</sup>. Sul versante (processual)civilistico, d'altronde, la soluzione prescelta si limita a evocare e ad affermare la sussistenza di un interesse ad agire, *ex art. 100. c.p.c.*, prescindendo, tuttavia, da ogni considerazione in merito alla concreta utilità della tutela richiesta, rispetto al pregiudizio paventato<sup>62</sup>.

---

<sup>61</sup> Da ultimo, cfr. Cass., 13 maggio 2021, n. 12964, la quale, pur richiamando le statuizioni delle Sezioni Unite, in merito all'applicazione “corretta” dell'art. 1815, 2° co., cod. civ., precisa che «anche la mera pattuizione di interessi di mora a tasso di usura è nulla».

<sup>62</sup> Cfr. G. GUIZZI, *Usura e interessi di mora: e quindi uscimmo a riveder le stelle?*, cit., 1312, il quale, correttamente, osserva che l'eventuale nullità degli interessi di mora usurari non potrebbe in alcun caso legittimare – come, invece, affermato dalla Suprema Corte – l'applicazione, da parte del creditore, di un tasso anche superiore a quello degli interessi corrispettivi, purché entro i limiti del “tasso soglia di mora”, poiché la nullità della clausole ne preclude ogni possibile applicazione, rendendola *tamquam non esset*, e imponendo il ricorso ai criteri legali (*i.e.*, quelli contenuti nell'art. 1224, cod. civ., ove si condivida la tesi dell'inapplicabilità dell'art. 1815, 2° co.). Per analoghe considerazioni, cfr. U. SALANITRO, *Il disincanto del Giudice. Gli interessi moratori usurari nel prisma delle Sezioni Unite*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2020, II, 22 e 24 ss., sottolineando lo sbilanciamento della decisione a favore del sistema bancario. La soluzione accolta dalle Sezioni Unite, d'altronde, perviene, in concreto, a conclusioni non difformi rispetto a quelle sostenute dai fautori dell'applicazione dell'art. 1384, cod. civ., ma, ancora una volta, sulla base di un percorso argomentativo tortuoso e contraddittorio.

Più in generale, la sentenza delle Sezioni Unite sugli interessi di mora evidenzia uno dei principali equivoci del dibattito sorto in merito alle conseguenze civilistiche della l. n. 108/96, consistente nel pregiudizio, secondo cui i soggetti coinvolti nel contenzioso sono, *necessariamente*, un intermediario e il cliente, là dove – come pure la Suprema Corte non ha mancato di rilevare – il richiamo ai tassi di mercato, per la definizione del tasso soglia, intende, più semplicemente, fornire un parametro oggettivo di riferimento del “giusto costo del credito”, da prendere, poi come punto di partenza per definire una maggior soglia tollerabile, nel singolo rapporto.

La locuzione “usura bancaria”, indubbiamente dotata di un’apprezzabile forza icastica e descrittiva del tipo di problema che approda nei tribunali civili, non può, tuttavia, condurre ad adattare il significato e la portata applicativa di disposizioni volte a reprimere il fenomeno dell’usura, in tutte le sue possibili manifestazioni<sup>63</sup>.

---

<sup>63</sup> Soltanto siffatto pregiudizio può spiegare la ragione per cui una parte consistente della dottrina e della giurisprudenza abbiano ritenuto estranea al problema dell’usura la convenzione relativa agli interessi di mora, che costituisce, per contro, uno dei principali “strumenti” utilizzati nel mercato del credito non soggetto alla vigilanza pubblica, per indurre il soggetto che chiede il finanziamento ad accettare una remunerazione eccessiva del denaro e, comunque, ad adempiere nei termini convenuti. Coglie bene questi aspetti G. PICA, *op. cit.*, 1137, ove il rilievo che il reato di usura, introdotto dal codice Rocco, è stato originariamente costruito «per colpire una tipologia di fatti che vedeva generalmente coinvolti, quali soggetti attivi, usurai che operavano in proprio e si servivano degli ordinari strumenti giuridici, sostanziali [...] e processuali, per garantirsi il conseguimento dei proventi usurari, e, quali vittime, esclusivamente persone astrette dallo stato di bisogno, ritenuto elemento naturale del reato, sul presupposto che nessuna persona che non fosse stata astretta dalla impellente necessità di denaro avrebbe spontaneamente sottoscritto obblighi usurari». Quanto osservato nel testo induce a ritenere non del tutto condivisibile la tesi che ricerca la sanzione della pattuizione “smisurata” degli interessi di mora nella fattispecie di cui all’art. 644, 3° co., cod. pen., sulla base del rilievo che l’accettazione, da parte del soggetto finanziato, di condizioni esorbitanti «debba ragionevolmente preoccupare solo in un contesto, come quello presupposto dalla fattispecie incriminatrice in questione, in cui il soggetto che ricorre al credito versi già in condizioni di difficoltà economica che lasciano ragionevolmente prevedere che egli possa rendersi inadempiente, sicché la pattuizione di interessi di mora esorbitanti può rappresentare, in questo caso sì, un vantaggio usurario ma non in sé considerato bensì appunto ‘avuto riguardo alle concrete modalità del fatto’» (G. GUIZZI, *Usura e interessi di mora: e quindi uscimmo a riveder le stelle?*, cit., 1313, nt. 23). Per vero, la rilevanza degli interessi di mora, rispetto al superamento del tasso soglia, deve

Mette conto rammentare, d'altronde, che la l. n. 108/96 ha inteso apprestare una tutela delle vittime dell'usura, che teneva conto delle più recenti epifanie del fenomeno criminoso e, in particolare, della penetrazione della criminalità organizzata nel circuito dell'intermediazione del credito, all'epoca non adeguatamente vigilato. In particolare, l'intervento del legislatore è giunto all'esito di un'ampia riflessione sui problemi sorti negli anni '80 del secolo scorso, a seguito della proliferazione di intermediari non abilitati e non vigilati, che hanno, per così dire, creato un mercato parallelo del "credito al consumo", caratterizzato da una particolare "aggressività" e "opacità" dell'offerta, anche sotto il profilo dei soggetti celati dietro lo schermo degli intermediari non ufficiali. La disciplina positiva, in effetti, tiene conto anche dell'evoluzione delle tecniche di consumazione del reato di usura, rispetto all'immagine tradizionale dell'usuraio<sup>64</sup>, facendosi carico di un primo tentativo di riorganizzazione del mercato del credito e intervenendo anche sulla disciplina dell'intermediazione del credito<sup>65</sup>.

---

essere affermata o negata in termini generali, rispetto alla fattispecie base, poiché, l'art. 644, 3° co., secondo periodo, contempla una situazione nella quale gli interessi sono *inferiori* al tasso soglia; il che già implica, a ben vedere, un giudizio di astratta rilevanza della voce di costo da considerare (nel caso di specie: gli interessi di mora). In altri termini, ipotizzando un tasso mora soglia – secondo i dettami delle Sezioni Unite – del 18%, non si vede per quale ragione, una volta riconosciuta l'astratta rilevanza degli interessi di mora, si debba negare la natura usuraria di una clausola che fissi gli interessi di mora nella misura del 19%, ove non sia provato anche il requisito delle condizioni di difficoltà economica o finanziaria del soggetto che ricorre al credito.

<sup>64</sup> Ne risulta confermata l'intuizione di Jacques Le Goff, il quale osservava che «lo straordinario dibattito sull'usura costituisce in qualche modo 'il parto del capitalismo'. Chi pensi a quel residuo, quella larva di usuraio che è il *'pawnbroker'* dei romanzi inglesi del XIX secolo e dei film hollywoodiani dopo la grande crisi del 1929 diviene incapace di comprendere il protagonista della società occidentale – quest'ombra spaventevole china sui progressi dell'economia monetaria – e le poste in gioco sociali ed ideologiche che si sono accentrate intorno a questo Nosferatu del precapitalismo» (J. LE GOFF, *La borsa e la vita*, cit., 3).

<sup>65</sup> Si veda, in particolare, l'art. 16, l. n. 108/96, relativo all'attività di mediazione o di consulenza nella concessione di finanziamenti da parte di banche o di intermediari finanziari. Sul punto, cfr. A. CALDERALE, *op. cit.*, 221, per il rilievo che la l. n. 108/96 «non mira solo a colpire l'usura in quanto tale, ma tende ad assicurare l'effettivo funzionamento del mercato eliminando la presenza dei soggetti non professionali che vi fanno incursione e ne sfruttano le aree di inefficienza». Per analoghe considerazioni, cfr. G. PICA, *op. cit.*, p. 1138, nonché – alla vigilia della novella – P.

Vero è, peraltro, che l'opzione normativa per una definizione della fattispecie base in termini puramente oggettivi, in virtù del ricorso al tasso soglia e della soppressione della rilevanza dell'approfittamento dello stato di bisogno, pur se ispirata all'obiettivo di agevolare l'accertamento del reato<sup>66</sup>, comporta l'inconveniente della possibile sanzione penale o, comunque, dell'attrazione nell'area del disvalore giuridico anche di un minimo superamento della soglia, che potrebbe costituire il risultato di un "errore di calcolo", per di più, in un contesto di incertezza diffusa, in merito ai criteri all'uopo da seguire<sup>67</sup>.

Prescindendo, in questa sede, da considerazioni in merito alla possibile rilevanza penalistica delle circostanze da ultimo richiamate, sembra evidente che, sul versante civilistico, la tecnica legislativa si presti ad alimentare l'illusione (o la pretesa) di una inafferrabile "giustizia contrattuale" e, al contempo, dischiuda la prospettiva di una "ingiusta locupletazione" del debitore, in virtù del meccanismo di azzeramento dei costi del credito, anche a fronte di un pregiudizio assai

---

PISA, *Lotta all'usura: giurisprudenza in difficoltà nell'attesa di nuove norme*, in *Diritto penale e processo*, 1995, 1283 ss. In argomento, cfr., *amplius*, A. MANNA, *La nuova legge sull'usura*, Torino, 1997, 40 ss.

<sup>66</sup> Scettico, sul punto, G. PICA, *op. cit.*, 1145, il quale ritiene che «sopprimere le componenti strutturali ontologiche di un tipo di reato non ne agevola la repressione, bensì conduce unicamente a snaturarne la rappresentazione normativa, e ad estendere ingiustificatamente l'operatività della fattispecie penale (in quanto avulsa dai comportamenti ontologici dell'illecito) a fatti che le sono del tutto estranei». La strutturazione della fattispecie base in termini puramente oggettivo, in questa prospettiva, avrebbe sortito l'effetto di «trasforma[re] la norma penale in uno strumento di garanzia dell'imposizione di un calmere al mercato del danaro» e di «trasla[re] la *ratio* di tutela da quella della salvaguardia della libertà di disporre del proprio patrimonio a quella di mera garanzia del prezzo di mercato fissato dallo Stato».

<sup>67</sup> Cfr., sul punto, G. PICA, *op. cit.*, 1144, il quale osserva che è «l'ampiezza dell'ipotesi base, predisposta nella sua oggettività ad una amplissima operatività, a creare i problemi più gravi, anche perché la sua stessa semplicità di applicazione emargina le previsioni aggravate (che colgono invece la 'vera' usura) in virtù della complessità di accertamento e di prova di queste». Vero è, peraltro, che l'innalzamento del margine tra TEGM e tasso soglia, in virtù dei successivi interventi normativi, rende meno giustificabile il superamento della soglia, potendo il finanziatore disporre di un margine adeguato, in cui collocare la remunerazione del denaro e ogni altra voce di costo, per il finanziato. Il rilievo vale, soprattutto, per gli interessi di mora, a seguito del recente arresto delle Sezioni Unite.

modesto e, per di più, almeno in parte, imputabile a una condotta inadempiente dello stesso debitore<sup>68</sup>.

In questo contesto, può risultare comprensibile – pur se non condivisibile, per le ragioni sopra illustrate<sup>69</sup> – il tentativo delle Sezioni

---

<sup>68</sup> Donde la percezione di un risultato *ingiusto*, là dove la sanzione civilistica apparirebbe, probabilmente, congrua, rispetto a fattispecie concrete, nelle quali emerga quel *quid pluris* di disvalore giuridico, rappresentato dall'approffittamento dello stato di bisogno o di difficoltà economica. Cfr., infatti, il giudizio di G. PICA, *op. cit.*, 1145, nonché i ricordati rilievi di G. GUIZZI, *Usura e interessi di mora: e quindi uscimmo a riveder le stelle?*, cit.

<sup>69</sup> Per condivisibili considerazioni critiche, sul piano metodologico, cfr. G. GUIZZI, *Usura e interessi di mora: e quindi uscimmo a riveder le stelle?*, cit., 1309, il quale – pur condividendo la *decisione* in concreto adottata – evidenzia il pericolo che «la decisione giudiziale pieghi verso il soggettivismo, giacché la scelta della soluzione del caso non viene più affidata ad una puntuale e rigorosa ricognizione di dati oggettivi quali si evincono dalle norme, ma unicamente alle percezioni e alla sensibilità del giudicante, e alla sua capacità di individuare nella maniera più convincente possibile i valori che assume opportuno tutelare». L'attualità del pericolo paventato appare, per vero, confermata da un confronto con l'analogo approccio seguito dalle Sezioni Unite, in tema di abuso della nullità di protezione nei contratti bancari e di investimento (Cass., Sez. Un., n. 28314/19, cit.), che conduce al superamento della disciplina contenuta in specifiche disposizioni di legge, al fine di pervenire a una soluzione percepita come “giusta”, motivata mediante il rapido richiamo di principi o regole generali. Il che parrebbe legittimare i timori espressi in dottrina in merito alla «incalcolabilità» del diritto applicato dai giudici, mediante il superamento della fattispecie e il richiamo a «valori», per accordare tutela a una «situazione di vita». Il riferimento è, evidentemente, a N. IRTI, *La crisi della fattispecie*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, I, 43; ID., *Calcolabilità weberiana e crisi della fattispecie*, *ivi*, 2014, I, 987; ID., *Un diritto incalcolabile*, *ivi*, 2015, I, 11. Per analoghe considerazioni, cfr. C. CASTRONOVO, *Eclissi del diritto civile*, Milano, 2015, 103 ss. Per una diversa valutazione cfr., peraltro, N. LIPARI, *Il diritto civile tra legge e giudizio*, Milano, 2017, 211 ss. Al riguardo, mette conto precisare che le censure rivolte alla tecnica argomentativa seguita dalla Suprema Corte non intendono riesumare l'immagine del giudice mero esegeta di un testo normativo dal significato univoco. Soprattutto la disciplina dell'usura, per vero, rende palese la polisemia delle espressioni utilizzate dal legislatore e, dunque, l'impossibilità di pervenire a soluzioni univoche, incentrate esclusivamente sul criterio dell'interpretazione letterale o anche sistematica. Quel che desta perplessità, nell'approccio della Corte di Cassazione, per vero, è la tendenza ad *affermare* una soluzione percepita come giusta ed equa, sulla base di una motivazione a tratti soltanto apparente, in quanto incentrata sulla mera evocazione di principi e valori, che supportano soluzioni logicamente claudicanti, poiché conducono alla disapplicazione di *regole puntuali*, come quella contenuta nell'art. 1815, 2° co., cod. civ., in quanto ritenute “devianti”, rispetto al modello prescelto per la regolazione dei conflitti di interessi, pur se, in realtà, coerenti con la

Unite di pervenire a una soluzione percepita come “equa”, neutralizzando, sul piano interpretativo, gli effetti indesiderati di una disciplina forse troppo ambiziosa, al punto da risultare, sotto molteplici aspetti, del tutto velleitaria.

---

disciplina desunta dall’interprete. In particolare, come si osserva nel testo, appare contraddittorio affermare, in principio, che la locuzione “interessi” comprende anche gli interessi moratori, ma poi escludere la sanzione civilistica della gratuità del mutuo, perché “ingiusta”, rispetto all’interesse del creditore alla remunerazione del denaro. Per contro, sarebbe logicamente coerente ritenere non applicabile l’art. 1815, 2° co., cod. civ., sulla base della (discutibile) affermazione, secondo cui gli interessi di mora sono “altro”, rispetto agli interessi contemplati dalla disciplina repressiva dell’usura.



***Debt advice* quale strumento preventivo del rischio da sovraindebitamento. Analisi del fenomeno e potenzialità applicative<sup>1</sup>**

**SOMMARIO:** 1. L'assenza nel Codice della crisi e dell'insolvenza (CCI) di misure d'allerta per il debitore non fallibile: un punto di partenza critico per un ragionamento sull'utilità del debt advice. – 2. Consulenza sul debito nel quadro della crisi del sovraindebitato: oggetto, funzioni e note comparate. – 3. Dimensione efficientistica del debt advice. – 4. Potenzialità applicative della consulenza sul debito a favore del debitore non fallibile in rapporto alla disciplina del sovraindebitamento. – 5. Rafforzamento del debt advice nello scenario normativo interno e prospettiva de jure condendo. La proposta di revisione della direttiva sul credito ai consumatori.

*1. L'assenza nel Codice della crisi e dell'insolvenza di misure d'allerta per il debitore non fallibile: un punto di partenza critico per un ragionamento sull'utilità del debt advice*

La faticosa transizione del nostro ordinamento dal vecchio al nuovo regime delle procedure concorsuali – nuovo regime che prende corpo nel c.d. Codice della crisi e dell'insolvenza, *i.e.* il Decreto Legislativo 12 gennaio 2019, n. 14; di seguito anche CCI o Codice – ha riguardato altresì la disciplina del sovraindebitamento dei debitori non fallibili. Questa è stata interessata sia dallo slittamento dell'entrata in vigore del Codice, sancito dal d.l. 8 aprile 2020, convertito con la legge 5 giugno 2020 n. 40, sia da quello imposto dal d.l. 118/2021, convertito con la legge 21 ottobre 2021 n. 147. Ad oggi, la nuova data di riferimento, per l'avvio del nuovo regime, è stabilita nel 16 maggio 2022.

È peraltro opinione diffusa tra gli studiosi della materia e i commentatori che il CCI fissi la tutela debitoria a un livello più elevato della legge 3/2012, cui è destinata la regolamentazione attuale del fenomeno della crisi del soggetto non fallibile; tutela che si potrebbe rilevare particolarmente utile, in ragione dell'attuale contesto post-

---

<sup>1</sup> Il presente contributo è pubblicato con il supporto della fondazione Caritro, nell'ambito del progetto di ricerca «Prevenzione del sovraindebitamento e del rischio usura nella comunità trentina a seguito della pandemia da Covid-19».

pandemico e dei suoi presumibili strascichi sulla situazione socio-economica delle famiglie. Giustamente, allora, il legislatore ha tentato di porre rimedio a tale carenza di tutela con la legge 18 dicembre 2020, n. 176, che ha introdotto nella cornice disciplinare della legge 3 le disposizioni sostantive del CCI di maggior favore per il debitore.

Senonché, un dato comune al vecchio e al nuovo regime in materia di sovraindebitamento è l'assenza di qualsivoglia presidio di natura anticipatoria o preventiva rispetto all'emersione della crisi. Mancanza, questa, che contrasta nettamente con le misure che, di contro, sono state apprestate a favore del ceto imprenditoriale e si sono tradotte nei cc.dd. strumenti di allerta (art. 12 e ss.)<sup>2</sup>. Questa scelta, tuttavia, non può essere criticata in sé: l'estensione di tali misure agli imprenditori sotto soglia sembra difficilmente praticabile, se non altro per i costi connessi. Al contempo, essa è del tutto inimmaginabile – nei medesimi termini – per i consumatori.

Basta infatti osservare, al riguardo, che l'impresa commerciale – ma ciò vale anche per l'imprenditore agricolo e l'impresa minore come definita all'art. 1 co. 1 lett. d) CCI – gode di una struttura e di organi di controllo, nonché di revisore contabile e società di revisione che hanno l'obbligo di verificare che l'organo amministrativo valuti l'adeguatezza degli assetti<sup>3</sup> e che dunque sussista un costante equilibrio economico

---

<sup>2</sup> Per una panoramica sugli strumenti di allerta, considerati tra le innovazioni più significative apportate dal D. Lgs. 12 gennaio 2019 n. 14, si vedano *ex multis* i contributi di M. PERRINO, *Crisi di impresa e allerta: indici, strumenti e procedure*, in *Corr. giur.*, 2019, V, 654; P. VELLA, *L'epocale introduzione degli strumenti di allerta nel sistema concorsuale italiano*, in *Questione giustizia*, 2019, II240 ss.; M. MONTANARI, *Il codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza: profili generali e processuali*, in *Riv. dir. proc.*, 2020, I, 227-278.

<sup>3</sup> Sulla necessità della predisposizione di assetti adeguati e su come le procedure di allerta ne abbiano conformato la struttura financo a migliorare la *governance* d'impresa si vedano i contributi di M. BIANCA, *Allerta e dintorni: l'adozione delle misure idonee alla tempestiva rilevazione della crisi da parte dell'imprenditore individuale*, in *Orizzonti del diritto commerciale*, 2020, I, 56-58, spec. 58 laddove rammenta come la riforma delle misure di allerta costituisca un intervento non semplicemente circoscritto al "diritto della crisi" ma, più generalmente, al "diritto delle imprese". Nel sottolineare la centralità del dialogo tra questo aspetto della riforma e un'adeguata struttura amministrativa e di controllo, particolare attenzione va rivolta ai contributi di S. AMBROSINI, *L'adeguatezza degli assetti organizzativi, amministrativi e contabili e il rapporto con le misure di allerta nel quadro normativo riformato*, in *www.ilcaso.it*, 15 ottobre 2019, 1 e ss., che fornisce una panoramica che

finanziario, della cui perdita dovranno dare immediata segnalazione. La stessa che spetterà in capo all’Agenzia delle entrate, all’Inps e all’agente di riscossione laddove l’esposizione debitoria dell’imprenditore superi le soglie dettate all’art. 15 co. 2, lett. a)-c). Contrariamente, non può dirsi che il debitore individuale possa disporre di misure e capacità organizzative equipollenti, che consentano un’emersione anticipata e un controllo efficiente delle situazioni prodromiche all’insolvenza, concretizzatesi nell’impossibilità di soddisfare regolarmente le proprie obbligazioni.

Si è dunque di fronte a uno scenario in cui la permanente assenza (nel nuovo come nel vecchio regime) di uno strumentario adeguato al fine dell’anticipata gestione del rischio di sovraindebitamento – ad esempio, sotto forma di misure che si collocano in una fase antecedente ai primi segnali di disagio economico e di una potenziale crisi – determina delle conseguenze di non poco momento rispetto alla protezione dei debitori non fallibili prossimi alla crisi. In assenza di strumenti *ad hoc*, a fronte di una incombente insolvenza essi si trovano in una situazione di disorientamento.

Tale circostanza non è peraltro destinata a rimanere confinata sul piano della ridotta tutela del singolo debitore, ma assume una connotazione «di sistema» nella misura in cui tale lacuna determina un ritardato accesso dei debitori in crisi, privi di un supporto già attivabile nel momento appena antecedente alla crisi, alle procedure di composizione. Di conseguenza, a fronte del definitivo deterioramento del quadro finanziario dell’indebitato, le procedure di sovraindebitamento finalmente – benché tardivamente – azionate faticeranno a trovare uno sbocco positivo.

In un tale contesto, la consapevolezza – a sua volta conseguente alla conoscenza degli studi empirici in materia<sup>4</sup> –

---

coniuga l’adeguatezza degli assetti con le novità della riforma in tema di misure di allerta e ricadute operative delle stesse; A. GUIOTTO, *I sistemi di allerta e l’emersione tempestiva della crisi*, in *Fall.*, 2019, IV, 409 ss.; S. MASTURZI, *Le misure di prevenzione della crisi e i controlli nel sistema d’allerta*, in *Dir. fall.*, 2020, V, 1078-1079.

<sup>4</sup> Con riferimento agli studi in tema di *debt advice* – e delle esternalità positive di cui beneficiano i sistemi più sviluppati in materia – è opportuno il richiamo allo studio commissionato dalla Commissione sulla disciplina che i singoli Stati Membri hanno adottato in tema di consulenza sul debito, e realizzato da *Civic consulting*, *The overindebtedness of European households: updated mapping of the situation, nature*

dell'esistenza di un rapporto diretto tra anticipato «trattamento» della crisi e positiva soluzione della stessa, segnala l'esistenza di una rilevante lacuna del CCI, la cui gravità si apprezza anche nella prospettiva della carente capacità dell'ordinamento di prevenire efficacemente quelle forme di c.d. *welfare* criminale<sup>5</sup>, cui i soggetti a rischio di sovraindebitamento sono particolarmente esposti. Parimenti, essa impone di domandarsi se, al di fuori delle maglie del Codice, sia comunque possibile l'adozione di una strategia di natura anticipatoria, tesa al sostegno finanziario dei soggetti più fragili.

## 2. *Consulenza sul debito nel quadro della crisi del sovraindebitato: oggetto, funzioni e note comparate*

Le misure di allerta del CCI confermano dunque una visione parziale della tutela del debitore civile e dell'imprenditore sotto soglia, dimostrata dall'assenza di tempestiva emersione delle situazioni prodromiche all'insolvenza<sup>6</sup>.

---

*and causes, effects and initiatives for alleviating its impact. Final report*, Berlin, 2012. Un accurato approfondimento sulla situazione del *debt counseling* e sulle risposte più efficienti agli stati di sovraindebitamento viene fornito dall'*European consumer debt network*. Più in generale, la rete fornisce periodicamente una panoramica della consulenza sul debito a livello europeo e la più recente risale al 2019 attraverso il report intitolato *Money Matters. Debt Advice and Over-indebtedness in Europe*, 2019, n. 16.

<sup>5</sup> Sull'importanza di trovare una strategia finalizzata ad un supporto di tipo preventivo a favore di piccoli imprenditori, famiglie e consumatori e alla conseguente esclusione dei canali dell'usura e dell'estorsione si vedano le considerazioni di A. SCIARRONE ALIBRANDI, U. MALVAGNA, *I crediti deteriorati tra stabilità finanziaria e «non esclusione» sociale. Verso la sostenibilità dell'ecosistema del credito*, in *An. giur. ec.*, 2020, II, 633-634.

<sup>6</sup> Indirettamente, lo squilibrio nell'adozione di misure di allerta a vantaggio esclusivo delle imprese commerciali, viene riconosciuto da M. FERRO, *Allerta e composizione assistita della crisi nel D. Lgs. 114/2019: le istituzioni della concorsualità preventiva*, in *Fall.*, 2019, IV, 422. L'assenza di simile misure viene puntualmente ricordata anche da A. SCIARRONE ALIBRANDI, U. MALVAGNA, *Il sovraindebitamento nel Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, in *Il fenomeno del sovraindebitamento. Quaderno a cura del Competence center*, Milano, 2020, 42, dove gli Aa. ricordano che un ingente numero di situazioni concrete di sovraindebitamento non giunge alle procedure di composizione proprio per via dell'«assenza di specifici meccanismi di “messa in allerta”».

Quanto residua dal sistema normativo *post-riforma* – invero non troppo distante da quello disegnato dalla L. 3/2012<sup>7</sup> – conferma la necessità di un più effettivo ed efficace contrasto al sovraindebitamento delle famiglie e dei consumatori, che deve sostanziarsi in una maggiore attenzione alla c.d. fase preventiva<sup>8</sup>. Con particolare riferimento al contesto legislativo europeo, un presidio centrale ai fini preventivi è quello della responsabilità *nell’esercizio del e nel ricorso al credito*<sup>9</sup>; credito responsabile che, guardando alla posizione del debitore, si lega strettamente alla necessità di un adeguato livello di educazione finanziaria<sup>10</sup>.

---

<sup>7</sup> G. FALCONE, “*Prestito responsabile*” e valutazione del merito creditizio, in *Giur. comm.*, 2017, I, 148, considera infatti che nella disciplina della L. 3/2012«[...] il sovraindebitamento sia considerato, più che come fenomeno da “prevenire”, quale situazione da “gestire” normativamente, una volta che esso abbia avuto a manifestarsi concretamente».

<sup>8</sup> V. ELLIOT, T. LIDHOLM, *Indebtness, Over-Indebtness and Wellbeing*, in *Indebtedness in Early Adulthood. Causes and Remedies*, J. CARLSSON HAUFF, T. GARLING, T. LINDHOLM (ed.), Cham, 2019, 25; N. SOLDATI, *Tutela del consumatore e procedure di sovraindebitamento*, Torino, 2019, 13.

<sup>9</sup> Su come i canoni del *responsible lender* e *borrower*, che in seno alle Direttive 2008/48/Ce e 2014/17/UE hanno avuto occasione di affermarsi in termini sistemici, abbiano plasmato l’andamento del mercato del credito europeo che ha dovuto conciliare le esigenze di competitività dei creditori, con le scelte economicamente irrazionali dei consumatori, si veda F. FERRETTI, *The Over-indebtedness of European Consumers: Time for a “Fresh Start” of the Eu Policy and Legal Agenda?* 4 *Eur. Rev. Contr. Law* (2015) 359-361. Non manca chi riscontra anche nei principi del credito responsabile un punto di caduta sia di istanze lucrative, sia sociali, come nel caso di U. REIFNER, *A “Call to Arms” – For Regulation of Consumer Lending*, in J. NIEMI, I. RAMSAY, W. C. WITHFORD (ed.), *Consumer Credit, Debt and Bankruptcy. Comparative and International Perspectives*, Portland, 2009, in part. 111-115. Vi è poi chi ha concepito i principi di credito responsabile come precise scelte di politica del diritto, apprezzate dal legislatore europeo che ha, conseguentemente, condizionato anche i termini regolatori del fenomeno della concessione del credito, incidendo sugli strumenti di correzione di eventuali patologie del rapporto contrattuale nella sua fase iniziale – se cioè riscontrarli essenzialmente nell’agire delle autorità di vigilanza che adottano sanzioni amministrative o rintracciarli in quelli privatistici della responsabilità precontrattuale – così come ricordato da J. KÖNDGEN, *Policy Responses to Credit Crises*, in S. GRUNDMANN, Y. M. ATAMER (ed.) *Financial Services, Financial Crisis and General European Contractual Law. Failure and Challenges of Contracting*, 2011, Alphen aan de Rijn, spec. 50-51.

<sup>10</sup> Sul rapporto tra educazione finanziaria e scelte del consumatore si vedano in particolare I. DOMURATH, *A Map of Responsible Lending and Responsible Borrowing*

Posto questo contesto, il presente contributo intende concentrarsi su uno strumento, di recente diffusione in alcuni ordinamenti europei, che viene designato con la locuzione di *debt advice*. Si tratta di una forma di consulenza resa da soggetti a ciò specializzati, che riguarda non tanto (e non solo) la valutazione della situazione finanziaria del debitore al momento della concessione del credito in relazione a una specifica operazione di finanziamento da concludersi<sup>11</sup>, ma che assume a oggetto della propria analisi e consulenza l'intera situazione debitoria, per valutarne la sostenibilità nonché, a fronte di rilevati indici di crisi, financo assistere il debitore nelle trattative per soluzioni concordate con i creditori. Ovvero, se del caso, in sede giudiziale per mezzo dell'avvio verso procedure di composizione della crisi da sovraindebitamento.

In questo senso il fenomeno del *debt counseling* consta di una serie di servizi che, innestandosi sulla sua originaria funzione che trova le proprie radici nel più generale concetto di «*counseling*» (non ulteriormente qualificato, quale forma di assistenza a soggetti vulnerabili, di natura non clinica né terapeutica: in questo senso, «parapsicologica»<sup>12</sup>), si manifestano in un apporto dapprima

---

*in the Eu and Suggestion for a Stronger Legal Framework to Prevent Over-Indebtedness of European Consumers*, in H-W. MICKLITZ, I. DOMURATH (ed.), *Consumer Debt and Social Exclusion in Europe*, Farnham, 2015, 163-164; F.P. PATTI, Art. 6. Educazione finanziaria dei consumatori, in *I mutui ipotecari nel diritto comparato ed europeo. Commentario alla Direttiva 2014/17/UE*, in *Quaderni della fondazione italiana del notariato*, P. SIRENA (a cura di), Milano, 2016, 197, laddove viene sottolineato il rafforzamento dell'effettività della tutela del consumatore legata all'implementazione dell'educazione finanziaria; in una prospettiva che contempra financo l'inclusione finanziaria si ponga attenzione alle considerazioni di G. COMPARATO, *The Financialisation of the Citizen. Social and Financial Inclusion through European Financial Law*, Oxford-New York, 2018, 169 ss.

<sup>11</sup> Cfr. le disposizioni relative alla valutazione del merito creditizio previste dalle Direttive 48/2008/Ce e 2014/17/UE. Con riferimento alla prima, si intendono i cons. 26, 28, e l'art. 8, mentre rispetto alla seconda i cons. 55-57 e l'art. 18, afferenti ad obblighi che si consumano chiaramente in una fase precontrattuale e distinta dalla componente informativa che pure ne fa parte, come ricordato da F. SARTORI, *Deviazioni del bancario e dissociazioni dei formanti: a proposito del diritto al credito*, in *Giust. civ.*, 2015, III, 588.

<sup>12</sup> Nella definizione di *counseling* fornita dall'Associazione Europea di *Counseling*, «il *counseling* è un processo interattivo tra il *counselor* e un cliente, o più clienti, che affronta con tecnica olistica temi sociali, culturali, economici e/o emotivi. Può concentrarsi sulla modalità di affrontare e risolvere temi specifici, aiutare a superare una crisi, migliorare i rapporti con gli altri, agevolare lo sviluppo, accrescere

informativo, in seguito gestionale, infine di monitoraggio, nel segno di una visuale riabilitativa, conseguentemente di una ripresa in termini economici e dunque di reinserimento sociale. Tratti comuni difficilmente desumibili dalla politica legislativa europea che, fino alla nuova proposta di direttiva in materia di credito al consumo descritta *infra*, par. 5, non ha sufficientemente considerato la consulenza sul debito in punto di diritto primario. Le direttive 2008/48/Ce e 2014/17/UE, invero, hanno abbracciato un'impostazione radicata sulla verifica del merito creditizio<sup>13</sup>, sul rispetto degli obblighi informativi precontrattuali<sup>14</sup> fino a riconoscere nell'intermediario del credito il dovere di fornire «chiarimenti adeguati» con riferimento alle caratteristiche del prodotto e alle conseguenze in caso di mancato pagamento<sup>15</sup>. Solo parzialmente, invece, Commissione e Consiglio si sono espressi sull'utilità del *debt advice* nella prevenzione della crisi da sovraindebitamento<sup>16</sup>. Al contrario, gli ordinamenti dei singoli stati

---

la conoscenza e la consapevolezza di sé, permettere di elaborare emozioni e confini interiori. L'obiettivo globale è quello di offrire ai clienti, con modalità da loro stessi definite, l'opportunità di condurre una vita più soddisfacente e ricca di risorse, sia come individui sia come membri della società più vasta».

Sulla necessità di assistenza anche «emotiva» dei debitori in difficoltà finanziaria, cfr. H. DUBOIS, R. ANDERSON, *Managing Households Debts: Social Service Provision in the Eu*, in *Eurofund Working Papers*, Dublin, 2010, 14.

<sup>13</sup> Con riferimento alle disposizioni che integrano la disciplina del merito creditizio si veda *supra*, nota 11.

<sup>14</sup> Così si pensi agli artt. 5 e 6 della Direttiva 2008/48/UE che impongono al creditore o all'intermediario l'adozione di informazioni precontrattuali «necessarie per raffrontare le varie offerte al fine di prendere una decisione con cognizione di causa in merito alla conclusione di un contratto di credito», mentre con riferimento alla Direttiva 2014/17/UE si ponga attenzione alle disposizioni degli articoli 14-16.

<sup>15</sup> Il riferimento corre all'art. 5 par. 6 della Direttiva 2014/17/UE.

<sup>16</sup> A fronte di un diritto primario di fonte europea che non prevede disposizioni che comprendano il *debt advice* quale strumento di prevenzione al rischio di sovraindebitamento, qualche timida posizione è pervenuta per mezzo di atti di indirizzo attraverso le istituzioni europee, soprattutto a seguito degli effetti derivanti dalla crisi del 2007. È il caso del *report* della Commissione *Towards a Common Operational European Definition of Over-indebtedness*, February 2007, spec. 83-85. Un cambio di passo, che comunque non ha condotto all'emersione normativa dei *debt advisory services*, ma che ha posto l'attenzione delle istituzioni europee sul fenomeno, è stato colto in seguito grazie ad alcune iniziative organizzate dalla Commissione come l' *European consumer summit: shaping the consumer policy for the future*, tenutosi il 1-2 giugno 2015, come pure delle attività di indirizzo politico

membri, nonché dapprima alcune esperienze di *common law*<sup>17</sup>, ne hanno consolidato gli elementi più significativi.

---

presumibilmente finalizzate ad un programma riformatore (a tal proposito si veda *infra* pp. 24-25, note 50-53, 56).

Con riguardo poi alle iniziative del Consiglio dell'Unione Europea, quest'ultimo nel *Joint Report on Social Protection and Social Exclusion*, 7503/09, Brussels, 13 March 2009, 8, nella sezione 2 rubricata “*Fighting poverty and social exclusion*” ha riconosciuto il *debt advice* come mezzo di contrasto all'esclusione finanziaria.

<sup>17</sup> Con riferimento all'ordinamento inglese va ricordato che il sistema di centri di consulenza gratuiti si è affermato sin dall'inizio degli anni settanta quando, nella città di Birmingham, venne fondato il primo ufficio di consulenza del debito, il *Birmingham Settlement Money Centre*. L'approccio olistico e personalizzato al supporto del sovraindebitato ha ispirato gli sviluppi ulteriori del *debt advice* britannico, attraverso la costituzione di associazioni specializzate come *Citizens Advice* – per vero esistente già dal 1939, ma in seguito rafforzatasi e interamente finanziata dal Ministero del commercio e dell'industria – e il *Consumer Credit Counselling Service* (CCCS), sostenuto da un sistema di donazioni private e ispirato al modello americano di consulenza. Sul fenomeno del *debt advice* nel Regno Unito si ponga attenzione alle pagine di I. RAMSAY, *Bankruptcy in Transition: The Case of England and Wales – The Neo-Liberal Cuckoo in the European Bankruptcy Nest?*, in *Consumer Bankruptcy in Global Perspective*, I. RAMSAY, J. NIEMI, W. C. WITHFORD (ed.), Oxford-Portland, 2003, spec. 214-217; ID., *Functionalism and Political Economy in the Comparative Study of Insolvency: An Unfinished Story from England and Wales*, 7 *Theoretical Inquiries in Law* (2006), 660-661; P. CONATY, *Credit, Debt and Financial Control in Great Britain*, in *Banking for People*, U. REIFNER, J. FORD (ed.), Berlin-New York, 2019, 72-73.

Risalente, benché più problematico, è stato il percorso di stabilizzazione della consulenza sul debito negli Stati Uniti. Le agenzie di consulenza incominciarono ad operare già a partire dagli anni 30', come professionisti nel *debt pooling*, finalizzato principalmente a garantire una più pronta soddisfazione alle pretese dei creditori. Si trattava di *advisors* che prestavano la propria consulenza a pagamento, in seguito garantito attraverso la strategia del “*fair share*”, in base al quale erano i creditori a riconoscere una percentuale al consulente sul *quantum* destinato alla platea creditoria. E nonostante il cambio di rotta condotto alla fine degli anni 60' dalla *National Foundation for Credit Counseling*, che diede impulso ad una rete di agenzie *no profit* sempre più frequentate dagli insolventi in corrispondenza della crescente crisi del debito, l'attività consulenziale non ebbe mai una definitiva consacrazione nel modello americano. Commissioni elevate, consulenti che in veste di associazioni senza scopo di lucro operavano in sostanza come imprese commerciali, difficoltà nel seguire i *debt management plans* e, soprattutto, un latente conflitto d'interessi che colpiva l'*advisor* – contestualmente operante per ottenere la remissione del debito e una piena soddisfazione del creditore – hanno costituito le principali ragioni di un difficile percorso di affermazione della consulenza nell'ordinamento americano. Per una disamina del *debt advice* negli Stati Uniti e del ruolo delle *credit counseling agency*,

Sicché, a seguito di un primo contatto con il sovraindebitato, il «*debt counselor*», per mezzo di un approccio *vis-à-vis* – che può attuarsi con un incontro presso il centro di consulenza o attraverso altri mezzi comunicativi, cioè telefonicamente, tramite canali di messaggistica o *chat on-line* – analizza e valuta le difficoltà che connotano la situazione economico finanziaria del soggetto che si rivolge al consulente. A seguito di una prima fase a contenuto istruttivo-informativo, dove si espongono all’assistito le alternative percorribili in termini di accordo con i creditori come pure di attivazione delle procedure d’insolvenza, si giunge ad una fase successiva, di natura programmatoria, che si schiude una volta prescelta l’opzione negoziale. Viene predisposta cioè l’organizzazione delle finanze, consistente in un piano di gestione delle entrate e delle spese, volto al soddisfacimento dei creditori, pur sempre consentendo all’insolvente di mantenere uno stile di vita dignitoso. Conclusa la pianificazione, entrano in gioco le competenze legali dell’*advisor*, che si spiegano nel raggiungimento dell’accordo con i creditori come nell’eventuale rinegoziazione del debito, financo – nell’ipotesi che i tentativi precedenti non vadano a buon fine – nell’accompagnamento dell’indebitato verso le procedure di composizione<sup>18</sup>.

---

infine previste come soggetto da cui deve transitare il cammino del debitore prima giungere in sede giudiziale dal *Bankruptcy Abuse Prevention and Consumer Protection Act* del 2005, *ex multis* L. KRIVINSKAS, “Don’t File!”: *Rehabilitating Unauthorized Practice of Law – Based Policies in Credit Counseling Industry*, 79 *Am. Bankr. L. J.* (2005) 53-59; J. KILBORN, *The Hidden Life of Consumer Bankruptcy Reform: Danger Signs for the New U.S. Law Reform Unexpected Parallels in the Netherlands*, 78 *Vanderbilt J. Int’l. Law*, 82-87; (2006); S. BLOCK-LIEB, *Cities as a Source of Consumer’s Financial Empowerment*, 34 *Emory Bankr. Dev. J.* (2018) 391-396. In particolare, sulle criticità che hanno rallentato l’affermazione della *debt counseling* statunitense, C. FELSENFELD, *Consumer Credit Counseling*, 26 *Bus. Law.* (1971), 925; A. S. MILSTEIN, B. RATNER, *Consumer Credit Counseling Service: A Consumer-oriented View*, 56 *N.Y.U. L. Rev.* (1981), 985, 989;

<sup>18</sup> Secondo la lettura fornita da J. NIEMI, *Overindebted Households and Law: Prevention and Rehabilitation in Europe*, in *Consumer Credit, Debt and Bankruptcy. Comparative and International Perspectives*, J. NIEMI, I. RAMSAY, W. WHITFORD (ed.), Oxford-Portland, 2009, 97, la consulenza sul debito assume una propria ragion d’essere in dipendenza del sistema giuridico di riferimento, cioè se questo contempra o meno una disciplina *ad hoc* sull’insolvenza del debitore così che «If the national legislation provides for the possibility of a consumer bankruptcy, the main task of the debt counseling usually is to prepare the debtor for the procedure».

Ulteriormente, spetta al *counselor* un compito non meno importante, che sottende la supervisione successiva all'intesa sul programma di pagamento, che ne monitori il puntuale avveramento e che intervenga aiutando il debitore in caso di sopravvenute difficoltà<sup>19</sup>.

Tali competenze sono tanto più consolidate quanto più è diffusa la cultura della consulenza prestata a soggetti economicamente più vulnerabili, laddove cioè il fenomeno non solo è più risalente, ma pure più strutturato. Alcuni ordinamenti del centro e nord Europa rappresentano, in questo senso, un prezioso punto di orientamento.

È il caso dell'Olanda, dove gli *advisors* operano in seno alle *Gemeentelijke Kredietbanken* (Banche di credito cooperativo "municipale") garantendo un efficiente servizio consulenziale<sup>20</sup>; come pure della Svezia che, con la legislazione in tema di insolvenza dei privati (*Statens offentliga utredningar*, 1994/123) ha dato vita a un sistema diffuso a livello territoriale<sup>21</sup>. La riforma tedesca della legge fallimentare, poi, ha avviato un'esperienza distinta, non meno significativa, ispirata ad un regime misto che ha coinvolto amministrazioni pubbliche, nonché sindacati ed enti caritativi<sup>22</sup>.

---

<sup>19</sup> Sulle fasi che compongono le attività del *debt advising* e che, conta ricordarlo, non per forza rientrano tutte nello spettro dei servizi forniti dal consulente, si vedano le considerazioni di U. REIFNER, *Consumer Overindebtedness and Consumer Law in the European Union*, in *Final Report Presented by Institute of Financial Services, Erasmus University in Rotterdam, University of Helsinki*, U. REIFNER, J. KIESILAINEN, N. HULS, H. SPRINGENEER, 2003, 198-199; H. DUBOIS, *Household debt advisory services in the European Union*, in *Eurofound Reports*, 3 April 2012, 21-24.

<sup>20</sup> Per una panoramica sull'esperienza olandese della consulenza si vedano N. HULS, N. JUNGSMANN, B. NIEMEIJER, *Can Voluntary Debt Settlement and Consumer Bankruptcy Coexist? The Development of Dutch Insolvency Law*, in *Consumer Bankruptcy in Global Perspective*, J. Niemi, I. Ramsay, W. Withford (ed.), Oxford-Portland, 2003, 304-305; P. RODRIGUES, G. J. SCHEP, N. HULS, *Careful Lenders and Social Security - Trends in Unemployment, Consumer Credit and Debt in the Netherlands*, in *Banking for People*, U. REIFNER, J. FORD (ed.), Berlin-New York, 2019, 592-603.

<sup>21</sup> Sul sistema svedese, benché in un'ottica valutativa comparata con il sistema statunitense, nuovamente J. KILBORN, *Out with the New, Out with the Old: As Sweden Aggressively Streamlines Its Consumer Bankruptcy System. Have U.S. Reformers Fallen Off the Learning Curve?*, 80 *Am. Bankr. L. J.* (2006) 441 ss.

<sup>22</sup> Sul Sistema tedesco, approfondita l'analisi di J. KILBORN, *The Innovative German Approach to Consumer Debt Relief: Revolutionary Changes in German Law and Surprising Lessons for the United States*, 24 *Nw J. Int'l & Bus.* (2004) 257; U. REIFNER, T. EICHLER-WEISKORN, *The Private Debt Crisis in a Prosperous*

Un simile quadro esemplificativo implica, anzitutto, che in taluni ordinamenti l'insieme dei servizi abbia assunto una forma istituzionalizzata, sulla scorta di specifiche prescrizioni provenienti dalle fonti legislative che dettano criteri di organizzazione e funzionamento dei centri di consulenza del debito<sup>23</sup>.

L'*advising* gioca poi un ruolo di rilievo nella rielaborazione delle situazioni debitorie deteriorate in virtù di una capillare rete di consulenti, nel senso che il percorso riabilitativo che coinvolge l'insolvente viene fornito efficientemente quando la consulenza è prestata da un *network* consolidato di professionisti. Si intende dire, e in questo senso un confronto comparato si mostra necessario, che i servizi possono essere prestati da enti pubblici, per mezzo di presidi comunali specializzati<sup>24</sup>, uffici territoriali dipendenti da autorità

---

*Environment: Germany*, in *Banking for People*, U. REIFNER, J. FORD (ed.), Berlin-New York, 2019, in in part. 527.

<sup>23</sup> A titolo esemplificativo, si pensi alla legge sulla ristrutturazione del debito degli insolventi civili svedese (*Skuldsaneringslag*, 2016:675) che, letta in combinato disposto con il § 5 sec. 3 della legge sui servizi di interesse sociale prestati dalle pp.aa. locali (*Socialtjänstlagen*, 2001:453), indica gli enti preposti (art.4), i prerequisiti e le condizioni per il deposito della domanda di consulenza (artt. 12-14) e infine le modalità di pagamento (37 ss.). In altre esperienze il *debt counselling* è regolato da più fonti legislative, come nel caso della *Wet op het consumerkredit* olandese (L. 4 luglio 1990, sul credito al consumo) – che specifica ruoli e competenze dei soggetti che prestano la c.d. “mediazione del debito” (*Schuldbemiddeling*) agli artt. 47-48 – insieme alla *Wet gemeentelijke schuldhulpverlening* (L. 9 febbraio 2012, sulla consulenza sul debito prestata dagli uffici comunali) – che invece regola la procedura stragiudiziale con cui gli uffici comunali dispongono il piano di risanamento del debitore oggetto dell'accordo con i creditori e regolata agli artt. 1-5 – e alla *Faillissementswet* (Legge fallimentare) – in particolare artt. 284-285 – che costituiscono il pacchetto normativo che i Paesi Bassi hanno disposto per la gestione anticipata della crisi del debitore individuale. Un altrettanto solido corpo normativo è stato predisposto anche dal legislatore tedesco attraverso il § 305 dell'*Insolvenzordnung* del 1999, nonché, rispettivamente, dai §§ 16a e 11 dei *Buch II* e *XII* del *Socialgesetzbuch*, a sottolineare come il *debt advising* abbia costituito un tassello fondamentale nella politica tedesca di riduzione del fenomeno della disoccupazione e del reinserimento sociale.

<sup>24</sup> Così nel caso dell'esperienza finlandese regolata dal *Financial and Debt Counseling Act*, n. 713/2000, come pure nell'ordinamento svedese attraverso le disposizioni della *Socialtjänstlagen*, 2001:453 (in particolare §§ 4-5). Similmente, ricoprono una posizione centrale anche nell'ordinamento tedesco e in quello olandese.

amministrative o da agenzie facenti capo a organi ministeriali<sup>25</sup>. Non di minor rilievo è stato invero anche l'apporto garantito da soggetti di diritto privato, in particolare associazioni non governative, rappresentative di determinate categorie o della generalità degli utenti/consumatori, oltre che da imprese che prestano professionalmente l'attività di consulenza con finalità lucrativa e che in alcuni ordinamenti rappresentano i principali *providers* della consulenza sul debito<sup>26</sup>.

Le esperienze di *debt advice* più affermate suggeriscono l'opportunità di cercare, anche nell'ordinamento italiano, un loro effettivo spazio di operatività, in particolare in raccordo con la disciplina del sovraindebitamento e con funzione preventiva del medesimo: *i.e.* di anticipata emersione e gestione di situazioni che potrebbero essere efficacemente risolte se «trattate» tempestivamente e che, diversamente, scadrebbero nel sovraindebitamento vero e proprio. Il ruolo che il *debt advice* ha assunto nelle legislazioni europee si pone un'ottica proattiva<sup>27</sup>, di collaborazione tra debitore e creditore volta ad

---

<sup>25</sup> Il riferimento corre in questo caso all'ordinamento irlandese. Il contesto in cui opera la rete MABS (*Money Advice and Budgeting Services*), composta da centri specializzati nella prestazione di consulenza a soggetti sovraindebitati, coordinati a livello centrale da un'agenzia indipendente di origine ministeriale, il *Citizens Information Board*, e finanziati dal ministero degli affari sociali e della famiglia. L'esperienza irlandese dei MABS è stata considerata come una *best practice* a livello europeo nella gestione delle situazioni di crisi da sovraindebitamento, come riconosciuto da N. HULS, *Overindebtedness of Consumers in the EC Member States: Facts and Search for Solutions*, Louvain, 1994, 93, n. 1; D. KORCZAK, *The Money Advice and Budgeting Service in Ireland*, in *Peer Review in the Field of Social Inclusion Policies*, 2004, 3 ss., H. DUBOIS, R. ANDERSON, *Managing Household Debt in the Eu. An Integrated Approach to Service Provision and the Interaction with Legal Arrangements*, in *Consumer Bankruptcy in Europe. Different Paths for Debtors and Creditors*, R. ANDERSON, H. DUBOIS, A. KOARK, G. LECHNER, I. RAMSAY, T. ROETHE, H. MICKLITZ (ed.), in *Eu Working Papers of EUI*, 2011, n.9, spec. 84, 86, 89-90; S. STAMP, *The Impact of Debt Advice as a Response to Financial Difficulties in Ireland*, 11 *Social Policy and Society* (2011) 93.

<sup>26</sup> Per una panoramica sulle *for-profit organizations*, si vedano le note di U. REIFNER, *Overindebtedness European Consumer Law: Principles from 15 European States*, U. REIFNER, J. KIESILAINEN, N. HULS, H. SPRINGENEER, 318-320; H. DUBOIS, *Addressing Household Over-indebtedness*, in *Eurofound. Publications Office of the European Union*, Luxembourg, 2021, 49.

<sup>27</sup> La stessa promossa in sede internazionale dal Consiglio d'Europa quando, nella *Reccomendation Rec(2007) 8 and explanatory memorandum, Council of Europe*

un approdo negoziale, in seguito costantemente supervisionato dal professionista. Non solo, cioè, l'affidamento ad un organo specializzato, se tempestivamente informato dell'imminente *default*, consente di preservare l'indebitato dai *bias* cognitivi che le prescrizioni sul credito e debito responsabile, come pure l'educazione finanziaria, non sono in grado di elidere del tutto<sup>28</sup>. Ma, soprattutto, l'intervento del consulente aumenta le probabilità di raggiungimento di un accordo stragiudiziale, seguito dall'esecuzione di un piano di ristrutturazione del debito sulla quale il professionista esercita un'attività di monitoraggio: è proprio tale passaggio che rappresenta il momento più significativo e realmente differenziale rispetto alle altre modalità di prevenzione del sovraindebitamento.

In aggiunta a ciò, in taluni ordinamenti la disponibilità dei creditori a una riduzione del *quantum* del debito o di una sua moratoria, raccolta mediante il supporto del *debt counseling*, costituisce condizione necessaria all'attivazione delle procedure compositive della crisi. È così nel caso del *Fallissementswet* olandese<sup>29</sup>, della Legge fallimentare

---

*Publishing, Stasbourg, 2007*, ricorda che, per concretizzare il contenuto della raccomandazione è necessario porre in essere politiche di consulenza nonché di mediazione in cui coinvolgere entrambe le parti del rapporto obbligatorio. Da un lato – ai sensi del punto 4 lett. g) – tesa a «encouraging the active participation of the debtor in settlement and, where necessary, counselling and advice following the debt settlement»; dall'altro, in conformità alla lett. c) del punto 5, destinate ad implementare «debt advice, counselling and mediation mechanisms as well as ensuring, or at least, encouraging effective participation of lending institutions and other public and private creditors implementing national policies for debt management».

<sup>28</sup> I. DOMURATH, *Consumer Vulnerability and Welfare in Mortgage Contracts*, Oxford-Portland, 2017, 126. Un argomento che viene sostenuto è quello di prescegliere il *debt counselling* quale tecnica di prevenzione del sovraindebitamento, soprattutto alla luce del rischio di *information overloading* cui potrebbe condurre la necessaria – ma non sufficiente – informazione precontrattuale. Seppur in termini generali, si leggano in questo senso le pagine di O. BEN-SHAHAR, C. E. SCHNEIDER, *The Failure of Mandated Disclosure*, 159 *Un. Penn. L. Rev.* (2011) 747, 748.

<sup>29</sup> Ai sensi dell'art. 285 co. 1, lett. f) l'indebitato persona fisica, prima di presentare l'istanza per la c.d. "ristrutturazione del debito" prevista dall'art. 284, deve produrre una dichiarazione certificata del proprio comune di residenza o domicilio che sancisca l'impossibilità di poter giungere all'accordo stragiudiziale con il creditore promosso dalla banca comunale.

tedesca<sup>30</sup>, della normativa belga sulla liquidazione collettiva dei debiti<sup>31</sup>. Ancor più netta è la posizione del legislatore americano, che non solo nega l'approdo giudiziale dell'insolvenza in assenza di un previo passaggio contrattuale, ma disconosce perfino la qualità di debitore di colui che ha avviato la procedura<sup>32</sup>.

### 3. *Dimensione efficientistica del debt advice*

L'accento posto in capo al momento negoziale lascia spazio ad ulteriori considerazioni intese a evidenziare il legame che sussiste tra (a) la prospettiva anticipatrice del rischio di sovraindebitamento, (b) l'esistenza di esternalità positive determinate da una più diffusa presenza dello strumento consulenziale e, infine, (c) le sue potenzialità applicative in coerenza con il complesso normativo (attuale e riformando).

Con riferimento alla natura di presidio precauzionale rappresentato dal *debt advisor*, l'affidamento ad un professionista della consulenza

---

<sup>30</sup> Il § 305 dell'*Insolvenzordnung* tedesco statuisce che, prima di dare avvio ad una procedura di insolvenza, il debitore deve allegare una dichiarazione scritta in cui si attesti che nei sei mesi precedenti all'instaurazione del procedimento sia stato proposto un tentativo, non andato a buon fine, di accordo stragiudiziale con il creditore. Su come l'esperienza tedesca della soluzione negoziale obbligatoria precedente all'instaurazione di una procedura di composizione della crisi e come abbia influenzato altri legislatori, come quelli ungherese e croato, si veda J. KILBORN, *The Personal Side of Harmonizing European Insolvency Law*, 5 *Norton J. Bankr. Law Pract.* (2016) 591.

<sup>31</sup> Come previsto dall'art. 1675/3 della *Loi 5 juillet 1998 relative au règlement collectif de dettes et la possibilité de vente de grè a grè des biens immeubles saisis* alla luce del quale, prima di instaurare una procedura negoziale di ristrutturazione del debito, l'indebitato deve proporre una soluzione amichevole che gli consenta di soddisfare la platea creditoria.

<sup>32</sup> Così recita il *Title 11 U.S.C., Chapter 1 §109(h)* « Subject to paragraphs (2) and (3), and notwithstanding any other provision of this section other than paragraph (4) of this subsection, an individual may not be a debtor under this title unless such individual has, during the 180-day day period ending on the date of filing of the petition by such individual, received from an approved nonprofit budget and credit counseling agency described in section 111(a) an individual or group briefing (including a briefing conducted by telephone or on the Internet) that outlined the opportunities for available credit counseling and assisted such individual in performing a related budget analysis».

del debito costituisce, come si è detto, rimedio preventivo<sup>33</sup> e necessario momento di sorveglianza e gestione non solo dei contesti debitori più complicati ma anche degli stati di non conclamata insolvenza. Sicché l'individuazione delle criticità patrimoniali sussistenti e potenziali, accompagnata da prescrizioni comportamentali atte a preservare la capacità solutoria del debitore, temperata con il mantenimento delle esigenze basilari della vita quotidiana, si pongono come prima "presenza" di ordine correttivo e, talvolta, perfino risolutivo.

Spostandosi nuovamente verso la ricaduta negoziale (di ristrutturazione della situazione debitoria) cui può tendere la consulenza, questa manifesta ulteriori evidenze apprezzabili sotto più punti di vista. S'intende ricordare come simile esito costituisca un valido tentativo di rinsaldare il rapporto obbligatorio, affinché le reciproche prestazioni esistenti tra le parti non vengano travolte da dinamiche esogene rispetto all'obbligazione e al suo corso fisiologico.

Le finalità manutentive, raggiunte per mezzo di un tempestivo intervento del consulente, manifestano per di più anche la rinnovata capacità del soggetto a rischio *default* di essere nuovamente capace di onorare regolarmente i propri debiti. A voler essere più precisi dunque, l'*advising* va inserito in un'ottica di consolidamento delle finanze del debitore e, conseguentemente, di inclusione sociale, che determina il suo reinserimento nel tessuto economico-produttivo<sup>34</sup>.

Un ulteriore vantaggio, di stampo sistemico, è rappresentato dalle ricadute che la via dell'accordo determina in termini di economia processuale e con cui le parti intendono risolvere la crisi prima che questa pervenga ad un esito concorsuale. Così, per un verso, debitore e creditore evitano di condurre una fase ulteriore che comporterebbe un carico evitabile di spese per entrambi, per l'altro invece le corti sono

---

<sup>33</sup> Tra le misure di prevenzione del sovraindebitamento, viene considerato tale da Y. M. ATAMER, *Duty of Responsible Lending: Should the European Union Take Action?*, in S. GRUNDMANN, Y. M. ATAMER (ed.) *Financial Services, Financial Crisis and General European Contractual Law. Failure and Challenges of Contracting*, 2011, Alphen aan de Rijn, 187.

<sup>34</sup> Nell'analisi di I. DOMURATH, *A Map of Responsible Lending and Borrowing in the EU and Suggestions for a Stronger Legal Framework to Prevent Over-Indebtedness*, in H. W. MICKLITZ, I. DOMURATH (ed.), *Consumer Debt and Social Exclusion in Europe*, 168, il *debt counselling* viene considerato come un tassello di una *policy* più ampia, quella appunto dell'inclusione finanziaria e sociale, viepiù quale presidio di natura preventiva.

alleviate di un cospicuo numero di procedure compositive che in seguito all'adozione delle misure restrittive imposte dalla pandemia saranno destinate ad aumentare costantemente.

#### 4. *Potenzialità applicative della consulenza sul debito a favore del debitore non fallibile in rapporto alla disciplina del sovraindebitamento*

Passando agli effetti potenzialmente deflattivi del sistema della giustizia civile (inclusiva delle procedure concorsuali) propri del *debt counselling*, è preferibile spendere qualche parola in più. E infatti, pare necessario sottolineare che, per quanto auspicabile, il raggiungimento di accordi di ristrutturazione tra debitore e creditori non potrà ragionevolmente darsi se non con riferimento a una data frazione delle situazioni trattate dai *debt counselor*.

Occorre allora domandarsi, in positivo, quale rapporto possa sussistere tra l'attività di *debt advice* e le procedure di sovraindebitamento: come cioè la consulenza sul debito possa facilitare l'accesso a procedure di gestione della crisi e come possa concorrere al loro successo.

Un primo e potenziale profilo di sinergia tra l'operatività della consulenza del debito e l'attività dell'Organismo di Composizione della Crisi (OCC) si riscontra nei passaggi prodromici all'accettazione delle domande e alle successive esecuzioni sotto forma di piano o concordato.

Così, sia in merito al regime dell'insolvenza consumeristica che a quello degli accordi di composizione confluiti nell'istituto del concordato minore, l'Organismo ricopre un ruolo che non esclude – e che, al contrario, sembra richiedere o comunque potersene giovare – il coordinamento con soggetti che abbiano contezza della posizione dell'indebitato. Il riferimento corre, anzitutto, ai consulenti che, avendo accolto per primi le istanze di aiuto dei sovraindebitati, da un lato ne hanno conosciuto la storia patrimoniale e reddituale, dall'altro – ancora prima di tentare soluzioni concordate con i creditori – hanno tentato di prevenire il *default* del debitore fornendogli un servizio di programmazione economica delle sue stesse finanze, fissando le tappe del percorso riabilitativo rappresentato da un progetto che disponga modalità e termini del pagamento.

La prospettata sinergia potrebbe manifestarsi sin da principio, a partire cioè dall'introduzione delle procedure compositive. Dal momento che queste si sostanziano in piani o accordi di ristrutturazione realizzati con l'«ausilio» dell'OCC<sup>35</sup>, occorre che la proposta sia accompagnata da dati oggettivi che permettano di delineare la consistenza del patrimonio e le potenzialità reddituali dell'indebitato – si pensi all'elenco previsto ai sensi dell'art. 9 co. 2 della L. 3/2012 o a quello dell'art. 67 co. 2 CCI da allegare alla domanda di ristrutturazione dei debiti<sup>36</sup> –, attestazioni di fattibilità del piano<sup>37</sup> che misurano le reali capacità realizzative dello stesso e relazioni particolareggiate<sup>38</sup>, nonché la considerazione della valutazione del merito creditizio del finanziato effettuata dal creditore<sup>39</sup>. Tutte informazioni già raccolte e organizzate

---

<sup>35</sup> Così è previsto nella sezione “Disposizioni generali”, all'art. 7 co. 1 L. 3/2012 e, seppur con riferimento alle più generali competenze dell'Organismo, anche all'art. 15 co. 5 della stessa legge laddove si specifica che «L'organismo di composizione della crisi[...]assume ogni altra iniziativa funzionale alla predisposizione del piano». Con riferimento alla procedura di ristrutturazione dei debiti del consumatore, si veda invece l'art. 67 co. 1 CCI, mentre per quanto attiene il concordato minore, benché non vi sia un espresso riferimento all' “ausilio” dell'Organismo, l'art. 76 co. 1 CCI prevede che la domanda debba essere formulata tramite un OCC.

<sup>36</sup> L'elenco in questo caso comprende a) l'indicazione dei creditori, con l'indicazione delle somme dovute e delle cause di prelazione; b) la consistenza e la composizione del patrimonio; c) gli atti di straordinaria amministrazione compiuti negli ultimi cinque anni; d) le dichiarazioni dei redditi degli ultimi tre anni; e) stipendi, pensioni, salari e tutte le altre entrate del debitore e del suo nucleo familiare, con l'indicazione di quanto occorre al mantenimento della sua famiglia e si avvicina, contenutisticamente, a quanto previsto proprio dal co. 2 dell'art. 9 della L. 3/2012 che in aggiunta richiede l'attestazione di fattibilità del piano, peraltro condotta sempre dall'OCC.

<sup>37</sup> Art. 9 co. 2 L. 3/2012.

<sup>38</sup> Concentrate soprattutto sulle dinamiche interne del rapporto obbligatorio, come le cause dell'indebitamento, il contegno del debitore, le ragioni della sua incapacità nell'adempire alle obbligazioni assunte. Le relazioni particolareggiate sono richieste dapprima con riferimento all'istituto del piano del consumatore (art. 9 co. 3-*bis* L. 3/2012) come pure in sede di accordo di composizione della crisi a seguito della modifica apportata dalla L. 176/2020 che ha modificato l'art. 9 inserendo il co. 3-*bis*. 1. L'elaborazione di simili relazioni è prevista sia nel caso della procedura di ristrutturazione dei debiti – per la quale si rimanda all'art. 68 co. 2 lett. a)-d) CCI – che in quella di concordato minore, come richiesto all'art. 76 co. 1, lett. a)-g) CCI.

<sup>39</sup> La valutazione del merito creditizio da parte del finanziatore è uno dei requisiti richiesti dal legislatore all'art. 9 co. 3-bis.2 – così inserito dall'innesto previsto dalla L. 176/2020 – nel regime del piano del consumatore, all'art. 68 co. 3 CCI nell'ipotesi

– prima che la situazione giunga di fronte a un OCC – dal *debt counselor*, e della cui pregressa attività l’Organismo si potrebbe, perciò, giovare.

Il contributo del del *debt counselor* alle procedure di sovraindebitamento non si esaurisce però nel supporto alla formulazione della domanda e nella proposizione dell’accordo o del piano. Al contrario, punti di congiuntura tra l’agire degli organi della composizione e gli *advisors* del debito si scorgono anche in seguito. Essi si manifestano non tanto – e non solo – nella pur sempre preziosa elaborazione dei dati relativi situazione debitoria, ma prendono corpo anche in un’assistenza che si consolida nei momenti successivi, sotto forma di supporto del consulente del debito all’esercizio, da parte dell’OCC, delle funzioni sue proprie (ad es., la sorveglianza costante del piano da parte dell’Occ, tenuto a riferire ogni sei mesi al giudice sullo stato dell’esecuzione<sup>40</sup> e a produrre una relazione finale<sup>41</sup>).

E infatti, un rapporto con l’agenzia che ha in precedenza seguito il soggetto vulnerabile, per il quale ha predisposto una prima pianificazione dei pagamenti, significa contare su un soggetto che può consigliare, se non anche coadiuvare, l’Organismo nel monitorare il momento esecutivo, proponendo se necessario dei correttivi al programma diviso con il debitore.

Le medesime considerazioni possono essere riferite al supporto del *debt counselor* all’OCC che assista il debitore nella presentazione della domanda di liquidazione del patrimonio.

---

di ristrutturazione dei debiti del consumatore. Allo stesso modo si riscontra all’art. 9 co. 3-bis, lett. e), così come emendato dalla L. 176/2020, nel caso di accordo di composizione della crisi, come pure in costanza di concordato minore, alla luce dell’art. 76 co. 3 CCI.

<sup>40</sup> Così prevede l’art. 71 co. 1 CCI per l’esecuzione del piano del consumatore. Ugualmente l’art. 81 co. 1 dello stesso D. Lgs., così come modificato dall’art. 12 del D. Lgs. 26 ottobre 2020, in relazione all’esecuzione del concordato minore.

<sup>41</sup> Così il co. 4 dell’art. 71 CCI, a seguito della modifica apportata dall’art. 11 D. Lgs. 26 ottobre 2020, mentre con riferimento all’esecuzione del concordato minore si faccia riferimento al co. 4 art. 81, riformato ai sensi dell’art. 12 del D. Lgs. 26 ottobre 2020.

5. *Rafforzamento del debt advice nello scenario normativo interno e prospettiva de jure condendo. La proposta di revisione della direttiva sul credito ai consumatori*

L'area di analisi del fenomeno della «consulenza del debito» ha posto l'accento sulla natura di un simile strumento, considerandone le potenzialità applicative nella prospettiva di anticipare l'emersione e il trattamento di situazioni a rischio di sovraindebitamento, fornendo ai soggetti a rischio gli strumenti per affrontarlo attraverso il sostegno di un professionista nella gestione delle situazioni debitorie più delicate. In realtà, l'attitudine preventiva del *debt advice* si sostanzia in un processo organizzato su più fasi, che non si consuma esclusivamente nella prestazione di un consiglio personalizzato ed episodico – e in quanto tale riservato all'originario momento di contatto con il cliente –, ma sottende l'esercizio di più competenze da parte del consulente: negoziazione, progettazione economica e controllo. Il modello anticipatorio promosso dalla consulenza trova il suo punto di caduta più significativo nel raggiungimento di soluzioni concordate con i creditori. Il momento negoziale è volto al tentativo di regolare un parziale soddisfacimento della platea creditoria che può avvenire tramite una moratoria o una rimodulazione degli accordi originari che comportino una dilazione delle somme e dunque un allungamento dei termini necessari all'adempimento<sup>42</sup>. Al contempo, si è visto che il ruolo del

---

<sup>42</sup> Riportare alcuni tra *reports* e studi condotti sull'impatto del *debt advice* e su i numeri di procedure concluse con un accordo tra debitore e creditore può essere utile per comprendere la centralità di uno strumento che consente di anticipare e gestire lo stato di insolvenza, soprattutto se l'approdo conclusivo si sostanzia nella soluzione negoziale. Per quanto attiene l'esperienza olandese si vedano B. BOSKEBELD, P. GRAMBERG, *Volunteer's contribution to debt support in the Netherlands*, in *Money Matters. Debt Advice and Over-Indebtedness in Europe*, XVI, 2019, 17, laddove si specifica come le procedure concluse con un *debt settlement* nel 2018 sono state pari a una percentuale del 55,6%. Il sistema francese del sovraindebitamento, con riferimento alle *solution amiable* o *plans amiables*, può essere approfondito attraverso lo studio di Banque de France, *30 ans de lutte contre le surendettement*, 20 février 2020, dove viene analizzato il graduale sviluppo – per un periodo di riferimento che va dal 1990 al 2018 – delle soluzioni negoziali a seguito dell'accesso al servizio di consulenza. Per una visione d'insieme del contesto belga, si veda invece l'approfondimento condotto dalla Banque Nationale de Belgique/Nationale Bank van België, *Statistiques. Centrale des crédits aux particuliers*, Bruxelles, 2018, 14, in cui le procedure di sovraindebitamento intercettate dalla consulenza e infine sfociate in

consulente potrebbe tradursi anche in sede di articolazione, omologazione ed esecuzione delle procedure concorsuali, con un chiaro vantaggio in termini di speditezza e buon esito delle procedure.

L'ampio riscontro che il *debt advice* ha conosciuto in alcuni sistemi giuridici dell'Europa continentale non può dirsi replicato nell'ordinamento interno, in cui l'assenza di prescrizioni normative che ne sollecitino, o addirittura impongano, l'adozione si associa a una presenza assai limitata dei soggetti che prestano i servizi riconducibili all'area del *debt advice*. Chi, prossimo al dissesto o semplicemente avvertendone le avvisaglie, ha bisogno di trovare un aiuto di ordine psicologico, legale e finanziario non può contare sul ventaglio di competenze che fanno capo ai centri di consulenza da tempo operanti in altri ordinamenti. Vi è che una misura di supporto, seppur limitata qualitativamente e quantitativamente, nel contesto italiano viene fornita dalle associazioni religiose<sup>43</sup>, nonché da quelle rappresentative dei consumatori<sup>44</sup>. Inoltre, contrariamente alle cristallizzate espressioni del

---

un accordo stragiudiziale sono passate da 34.836 del 2014 a 45.190 nel 2018. Nel *final report* di *Civic consulting*, finanziato dalla Commissione, vengono poi riportati dati ulteriori provenienti da altri ordinamenti che hanno implementato il *debt advice* in una prospettiva di risoluzione negoziale della crisi, come nel caso svedese, ben descritto da A. PERSSON, che sottolinea come la rete di consulenti municipali abbia consentito il raggiungimento di una soluzione concordata nel 95% dei casi analizzati nell'anno 2009. Con riferimento all'ordinamento inglese, di sicuro interesse si dimostra la crescita esponenziale dei cc.dd. *Individual Voluntary Agreements* (IVA), introdotti a partire dall'Insolvency Act del 1986 e che, a seguito del percorso consulenziale, consentono al sovraindebitato di trovare un accordo stragiudiziale in merito alla rinegoziazione del debito. Uno studio approfondito sui dati, sulle procedure amichevoli instaurate e concluse è stato condotto dall'agenzia governativa *Insolvency Service*, dipendente dal dipartimento governativo di *Business, Energy and Industrial Strategy*, dal titolo *Commentary – Individual Voluntary Agreements Outcomes and Providers 2020*, February 2021, mostra una costante crescita di tale fenomeno, che ha consentito nel 2019 a circa 80.000 richiedenti la possibilità di iniziare il percorso negoziale a fronte di un numero iniziale – il periodo di riferimento dello studio comprende il settennato 2013-2018 – di 48.784 richieste.

<sup>43</sup> Si ponga mente al caso della Caritas operante nella Provincia autonoma di Bolzano che offre un «servizio debitori» che non semplicemente si limita a fornire risposte alle più frequenti domande di chi si trova in difficoltà attraverso un apposito servizio telefonico e di messaggistica, ma consente agli indebitati di godere anche di un modello di organizzazione del budget familiare o personale.

<sup>44</sup> Si può pensare in questa ipotesi al ruolo dell'Adiconsum nell'accesso al fondo di prevenzione del sovraindebitamento e dell'usura ai sensi dell'art. 15 L. 108/96 con

centro e nord Europa, in Italia non esistono, se non i pochi casi, dei presidi pubblici – segnatamente, nell’ambito delle amministrazioni comunali – volti all’accoglienza dei sovraindebitati e alla fornitura dei servizi di base<sup>45</sup>. Si è dunque di fronte ad un fenomeno che si è dimostrato a dir poco disorganico, in punto di adeguato sostegno finanziario a simili iniziative e, conseguentemente, in termini di diffusione sul territorio.

Pare giunto il momento di un cambio di rotta a livello interno, un intervento riformatore che tragga spunto da quelle esperienze che, per eredità culturale e lungimiranti politiche di *welfare* pubblico – con il coinvolgimento di attori privati appartenenti al mondo dell’associazionismo – hanno formato un solido reticolato di supporto ai debitori, che intreccia centri di consulenza di natura privatistica con presidi collocati all’interno delle amministrazioni territoriali.

In una prospettiva *de jure condendo*, l’aspirazione del legislatore deve essere quella di creare una rete di consulenti altamente specializzata, in grado cioè di mettere in campo le proprie funzioni

---

cui il debitore che si trova in difficoltà può accedere ad un prestito agevolato – per un importo massimo di 50.000 euro nella prospettiva di un rientro non superiore a 120 mesi – per consolidare la situazione debitoria al fine di estinguerla definitivamente. Affinché le somme del fondo possano essere autorizzate è necessario che Adiconsum valuti l’effettivo stato di bisogno, nonché la serietà della ragione del sovraindebitamento, la capacità di rimborso del finanziamento sulla scorta di fonti di reddito documentabili, entità dell’importo e impossibilità di accesso al credito legale.

<sup>45</sup> Del tutto assente la rete di consulenti comunali sul modello olandese e svedese, in Italia solo alcuni comuni hanno sospinto pratiche virtuose di tutela del debitore vulnerabile, che sia consumatore, nucleo familiare fino alle imprese non fallibili. Tra le amministrazioni pubbliche che si sono dotate di un ufficio apposito per sostenere i soggetti potenzialmente insolventi si ricorda la Città metropolitana di Bologna che, in coordinamento con il comune, ha costituito lo “sportello sovraindebitamento” che, oltre a collaborare in sinergia con l’ordine dei commercialisti ed esperti contabili, avvocati e Tribunale di Bologna, offre un servizio gratuito di prima accoglienza, sostenendo politiche di educazione finanziaria e, nei casi più complicati, agevolando l’accesso alle procedure di composizione. Ugualmente si è attivata la Città metropolitana di Torino, in collaborazione con l’Organismo di composizione della crisi nominato “La rinascita degli onesti”, nel prestare un primo aiuto ai soggetti potenzialmente esposti al sovraindebitamento. Un servizio che, similmente, è fornito dallo sportello gratuito per la prevenzione del sovraindebitamento, attivo dal 2018, con sede presso il comune di Lecco che presta attività di consulenza gratuita al fine di prevenire le situazioni di crisi anche grazie alla cooperazione delle associazioni Federconsumatori e Movimento Consumatori.

lungo tutti i passaggi del sovraindebitamento, incluse le situazioni, per così dire, di «pre-sovraindebitamento». Sarebbe cioè auspicabile la creazione di un *network* diffuso, ma diretto da una regia centralizzata, istituita a livello ministeriale – Ministero del Lavoro ovvero dello Sviluppo Economico – o, forse ancor meglio, gestita Banca d'Italia: e infatti, grazie al continuo monitoraggio della situazione debitoria fornita dalla Centrale dei Rischi, l'Autorità sarebbe in grado di intercettare in termini proattivi quei soggetti più esposti ad uno stato di deterioramento delle proprie finanze<sup>46</sup>. Un quadro che non difficilmente potrebbe giovare di un costante flusso informativo tra Banca d'Italia e gli operatori del credito, ai quali si impone di considerare il merito creditizio del finanziato, nonché le condizioni esogene destinate ad alterarlo. Una cooperazione virtuosa, instaurata tra il regolatore e l'intermediario, che potrebbe operare come viatico verso la consulenza

---

<sup>46</sup> Conseguentemente, sulla scorta delle informazioni che la centrale dei rischi riceve dagli intermediari partecipanti relativamente ai crediti e alle garanzie concesse alla propria clientela, alle comunicazioni relative alle sofferenze bancarie dei finanziati – che sottendono l'obbligo dei finanziatori di prestare un'informazione completa, veritiera e verificabile su i rapporti creditizi in essere con il debitore – Banca d'Italia, di concerto con l'istituto erogatore del credito, processate le informazioni ricevute, potrebbe accompagnare il soggetto a rischio sovraindebitamento verso uno dei centri di consulenza dipendenti proprio dall'*authority* settoriale. L'operatività della centrale dei rischi, in un contesto come quello appena delineato e con una funzionalità che si manifesta in una fase *ex ante* rispetto alla concretizzazione dello stato di crisi, rievoca quanto stabilito dalla Circolare della Banca d'Italia "Centrale dei rischi. Istruzioni per gli intermediari creditizi", 11 febbraio 1991, n. 139, XIX aggiornamento del 7 febbraio 2020, consultabile presso il sito [www.bancaditalia.it](http://www.bancaditalia.it), quando stabilisce che, tra le finalità perseguite, vi è anche quella di «contenere il sovraindebitamento». Insieme al contenimento del rischio del credito, all'accrescimento della stabilità di sistema, l'obiettivo contenitivo poc'anzi rammentato, sembra sublimare quell'incontro tra sfera privatistica afferente al rapporto tra banca e cliente – con attenzione al suo stato di potenziale insolvente – e interessi pubblicistici, principalmente di solidità del panorama creditizio, che diversi autori hanno negli anni sottolineato. Così, *ex multis*, F. CAPRIGLIONE, «Funzione» e «autonomia» nella centralizzazione dei rischi bancari, in *Mondo bancario*, luglio 1991, 50; F. VELLA, Segnalazione dei crediti in «sofferenza» alla Centrale dei rischi e responsabilità della banca, in *Banca, borsa tit. cred.*, 1997, IV, 496; A. GABRIELLI, La legittimità della segnalazione di un credito a sofferenza: una analisi giuridico-economica, in *Banca, borsa tit. cred.*, 2007, V, 661; A. RICCI, Sulla segnalazione "in sofferenza" alla centrale dei rischi e la dibattuta natura del preavviso al cliente non consumatore, in *Contr. impr.*, 2020, I, 195-197.

del debito, che si assume quale vera e propria «sentinella» delle prime manifestazioni dell'insolvenza.

Com'è evidente, un progetto di tale portata richiede un adeguato sostegno di tipo economico<sup>47</sup> che, si torna a ripetere, a propria volta sottende e postula un preciso disegno di politica legislativa.

Pare peraltro che questa logica stia penetrando a livello normativo europeo. In particolare va rilevato che la Commissione, dopo un timido approccio antecedente all'entrata in vigore della Direttiva 2008/48/CE<sup>48</sup>, ha maturato una crescente sensibilità alle problematiche connesse al sovraindebitamento, soprattutto con attenzione al momento preventivo che proprio nella consulenza sul debito ha trovato principale riscontro. La «mappatura» della situazione del *debt counseling* nei singoli Stati Membri<sup>49</sup> ha consentito di accogliere una visione riformatrice<sup>50</sup>, inevitabilmente accelerata dall'aggravamento della crisi

---

<sup>47</sup> Un'esigenza che è stata prontamente riscontrata in sede di audizione rilasciata dalla Professoressa Antonella Sciarrone Alibrandi, in data 9 marzo 2021, di fronte alla Commissioni riunite del Senato della Repubblica – la commissione XIV (Politiche dell'Unione Europea) e V (Bilancio) – nell'ambito della “Proposta di linee guida per la definizione del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (atto n. 572)”. In questa circostanza, tra le proposte di supporto alla piccola e media impresa in difficoltà, sono stati fissati alcuni profili da considerare con attenzione per attivare i fondi e per garantire l'efficienza delle azioni previste dal Regolamento (Ue) 2021/241 e che si ritiene debbano traslarsi anche alle situazioni di crisi che riguardano consumatori, famiglie, in generale, debitori non fallibili. In questo senso dunque «[...] appare essenziale utilizzare parte delle risorse provenienti ai *Recovery Fund* al fine della messa in atto nel nostro Paese di una efficace rete di supporto e di consiglio ai debitori (*debt advice*) che, in un'ottica di prevenzione, permetta loro di orientarsi correttamente i primi segnali di crisi senza attendere l'aggravarsi della situazione di illiquidità e il verificarsi dell'insolvenza e del sovraindebitamento». Il testo dell'audizione è reperibile al sito [www.senato.it/archiviodellenotizie](http://www.senato.it/archiviodellenotizie).

<sup>48</sup> Vedi *supra*, nota 16.

<sup>49</sup> Si tratta dello studio avanzato dalla Commissione e condotto da *Civic consulting*, *The overindebtedness of European households: updated mapping of the situation, nature and causes, effects and initiatives for alleviating its impact. Final report*, Berlin, 2012.

<sup>50</sup> Che muove dalla consapevolezza degli effetti positivi del *debt counseling* tanto per i creditori quanto per i debitori: nelle *Conclusions of 2018 Debt Advice Stakeholders Forum*, 2, si precisa che «[...] Vèra Jurová, Commissioner for Justice, Consumers and Gender Equality, stressed the importance of debt advice as a win-win tool for all parties involved». Cfr. anche la *Roundtable* organizzata dalla Commissione Europea, i cui esiti sono stati pubblicati nello *Stakeholder dialogue outcome – Best practices in relation to relief measures offered to consumers and*

economica dovuta alla situazione pandemica<sup>51</sup>, che ne riconoscesse innanzitutto le funzioni principali e i soggetti idonei a svolgerle, nonché i requisiti obbligatori per l'apprestamento dei servizi di *advising*<sup>52</sup>.

Sulla base di ciò, è stata avanzata la recente proposta di direttiva sul credito al consumo, che si inserisce nel solco di un progetto riformatore ambizioso e volto a un rafforzamento della tutela del consumatore. In verità, tale programma è stato avviato con il c.d. “*New Deal*” per i consumatori<sup>53</sup> che, per mezzo di un approccio di portata generale, ha sottolineato le insidie a cui i consumatori del mercato unico vengono esposti, e i rimedi di cui possono disporre. Esso è poi proseguito, in termini più puntuali, nella c.d. *New Consumer Agenda* della Commissione<sup>54</sup>, che è tornata nuovamente sulla protezione di chi si trova in una situazione di sofferenza economica prossima al

---

*business in the context of Covid-19 crisis*, Brussels, 14 July 2020, prevede che sarebbe una buona pratica per i finanziatori bancari e non bancari consigliare ai debitori in difficoltà di rivolgersi ad un centro specializzato per ridurre al minimo il rischio di insolvenza, spec. 7. Anche nella proposta di riforma della direttiva sul credito al consumo, nel paragrafo 3 dell'*Explanatory Memorandum*, rubricato *Results of Ex-Post Evaluations, Stakeholder Consultations and Impact Assessments*, 5, si conferma come tutti gli stakeholders apprezzino i benefici aggregati provenienti dall'applicazione della consulenza sul debito.

<sup>51</sup> Gli spunti per un nuovo innesto legislativo, considerato ancor più urgente a seguito del dissesto economico provocato dalla pandemia, provengono principalmente dalla comunicazione della Commissione al Parlamento e al Consiglio, *New Consumer Agenda. Strengthening consumer resilience for sustainable recovery*, Brussels, 13.11.2020, COM(2020) 696 final. Con tale atto la Commissione propone una revisione della precedente policy, scaduta proprio nel 2020, e che tra i principali obiettivi riscontra anche il rafforzamento e l'applicazione dei diritti dei consumatori, quale terza delle cinque aree-chiave di intervento prioritario, comprendente anche l'implementazione della consulenza sul debito.

<sup>52</sup> Si tratta di aspetti che, ancor prima della proposta di direttiva, erano stati approfonditi dal *Debt advice stakeholders forum*, tenutosi a Bruxelles, in data 10 ottobre 2018. Nelle conclusioni, reperibili, al sito [www.ec.europa.eu](http://www.ec.europa.eu) vengono precisate funzioni svolte e i requisiti che i soggetti che sono tenuti a prestare il servizio di consulenza devono mantenere per poterlo fornire in costanza di indipendenza, professionalità e assenza di conflitto d'interessi.

<sup>53</sup> Communication from the Commission to the European Parliament and the Council, Bruxelles, 11.4.2018.

<sup>54</sup> Di cui già *supra*, nota 51 per un'indicazione dei contenuti e degli obiettivi.

sovraindebitamento, che può essere individuata e – auspicabilmente – risolta in anticipo proprio grazie allo strumento consulenziale<sup>55</sup>.

Le indicazioni di questi atti di indirizzo sono in fase di recepimento nella disciplina legislativa europea (cfr. in particolare la proposta di nuova direttiva UE sul credito al consumo), dove vengono poste le basi normative per la promozione su scala europea di meccanismi diffusi di consulenza dei debitori<sup>56</sup>. La Commissione, infatti, non dimentica gli obiettivi sistemici di sostegno alla clientela perseguiti attraverso un'armonizzazione dapprima normativa (considerando 13) e in seguito con riferimento alla «libera circolazione delle offerte di credito nelle migliori condizioni» (considerando 12). In virtù di simili premesse la proposta colloca al centro dell'area di riforma la consulenza sul debito, che viene puntualmente definita come fenomeno di «assistenza personalizzata di natura tecnica, giuridica o psicologica fornita da operatori professionali indipendenti a consumatori che incontrano o possono incontrare difficoltà nel rispettare i propri impegni finanziari»<sup>57</sup>. Un perimetro definitorio rafforzato infine dalle disposizioni del considerando 72 che non si limita a ribadire i contenuti del servizio – consulenza indipendente nella gestione del denaro, del debito, nonché assistenza sociale e psicologica –. Contrariamente, nell'intento di consentire al debitore un tenore di vita decoroso e preservandone la «dignità», richiede che siano gli Stati Membri a rendere disponibile l'*advising*, in modo diretto o indiretto, e prima che vengano attivati procedimenti esecutivi. Dando così conferma di una chiara volontà politica, destinata ad affermare gli *advisory services* all'interno dei singoli ordinamenti come decisivo presidio di sostegno

---

<sup>55</sup> Si veda in part. p. 18 della Comunicazione.

<sup>56</sup> Si ponga nuovamente attenzione, in questo senso, alle considerazioni contenute nell'atto della Commissione, *Communication from the Commission to the European Parliament and the Council. New Consumer Agenda. Strengthening Consumer Resilience for Sustainable Recovery*, Brussels, 13.11.2020, COM(2020) 696 final, spec. 16, laddove viene affrontato il concetto di vulnerabilità, in dipendenza sia della categoria di appartenenza del debitore, sia degli elementi esogeni – è il caso della pandemia – che incidono sulla situazione finanziaria del debitore. In questo contesto il *debt advice* provvede a un rimedio effettivo al sovraindebitamento e ad un ritorno alla normale situazione di stabilità finanziaria e, contestualmente, facilita il pagamento dei creditori.

<sup>57</sup> Così l'art. 3 co. 1, punto 25.

ai sovraindebitati e ribadita per giunta in seguito nel testo della proposta<sup>58</sup>.

Vista la rilevanza del fenomeno e la sua sensibilità sociale ed economica, si auspica che quanto prospettato dalla Commissione nella proposta di direttiva diventi finalmente diritto vigente, e concorra a delineare un nuovo e più efficiente approccio alla gestione delle situazioni di difficoltà economica dei singoli e delle famiglie più vulnerabili.

---

<sup>58</sup> A tal proposito è utile ricordare il testo dell'art. 36 della proposta di direttiva che infatti statuisce che «Member States shall ensure that debt advisory services are made available to consumers».

**Esclusione delle quote sociali dalla liquidazione del patrimonio e tutela della dignità della persona (Decreto del Tribunale di Reggio Emilia, 5 febbraio 2021, Giudice Niccolò Stanzani Maserati)**

*Con un'interpretazione orientata alla tutela della dignità del debitore, il Tribunale di Reggio Emilia ha ritenuto che le quote sociali della s.r.l., da cui derivava il sostentamento del debitore, dovessero rientrare tra le eccezioni contemplate dal sesto comma lettera b) dell'art. 14-ter, legge n. 3/2012, al fine di consentire al debitore di continuare a percepire un reddito che gli permetta di mantenere sé e la propria famiglia.*

**SOMMARIO:** 1. La pronuncia del giudice. – 2. La procedura di liquidazione del patrimonio e la procedura di liquidazione controllata. – 3. L'esdebitazione in seguito alla procedura di liquidazione. – 4. La procedura di liquidazione e la tutela della dignità umana.

*1. La pronuncia del giudice*

Con il decreto in rassegna, il Tribunale di Reggio Emilia ha aperto, ai sensi dell'art. 14-ter, legge n. 3/2012, la liquidazione del patrimonio di un debitore sovraindebitato e ha escluso dalla procedura di liquidazione le quote di una società artigiana intestate allo stesso, in quanto unica fonte di reddito «attraverso i dividendi».

In particolare, il Tribunale ha ritenuto che – considerata la relazione particolareggiata presentata dall'Organismo di composizione della crisi, in cui risultava che il debitore sovraindebitato fosse titolare di una quota di partecipazione del 50% in una società artigiana e che la capacità reddituale della società dipendesse esclusivamente dall'apporto dei soci (l'istante e suo fratello) in termini di lavoro prestato – l'eventuale liquidazione delle quote avrebbe privato il debitore dell'unica fonte di reddito di cui disponeva, necessaria per mantenere sé stesso e la propria famiglia. Inoltre, la liquidazione della quota non avrebbe apportato alcuna utilità alla procedura di liquidazione.

Il Giudice ha motivato l'esclusione con un'argomentazione basata sul *favor debitoris*, secondo la quale al debitore è consentito continuare a percepire reddito per mantenere sé e i propri familiari. In linea con tale motivazione, nel medesimo provvedimento viene ammessa anche la proposta del debitore di mettere a disposizione dei creditori, per la durata della procedura, gli eventuali utili eccedenti l'importo mensile che sarebbe stato ritenuto necessario per il sostentamento familiare.

## 2. *La procedura di liquidazione del patrimonio e la procedura di liquidazione controllata*

In attesa dell'entrata in vigore del Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza, prevista per il 16 maggio 2022, la disciplina del sovraindebitamento applicabile a tutte le procedure aperte in seguito a domande presentate prima del suddetto termine è quella stabilita dalla legge n. 3/2012 (art. 390 c.c.i.i.). Tuttavia, poiché la legge in vigore è destinata ad essere abrogata, si ritiene utile considerare anche le principali modifiche apportate dal Codice della crisi alla procedura oggetto di trattazione.

La procedura di liquidazione del patrimonio (o, nel Codice della crisi, la procedura di liquidazione controllata) prevede la liquidazione giudiziale dei beni del debitore secondo regole concorsuali. La procedura può essere aperta in caso di sovraindebitamento del debitore: è quindi sufficiente una situazione equiparabile allo stato di crisi dell'imprenditore, in cui l'incapacità di adempiere in modo regolare le proprie obbligazioni sia statisticamente probabile, seppure non certa.

Secondo la legge n. 3/2012, la domanda di liquidazione deve essere depositata presso il tribunale del luogo in cui il debitore ha la residenza<sup>1</sup> e non può essere proposta dal debitore che abbia fatto ricorso ad altra procedura da sovraindebitamento nei precedenti cinque anni<sup>2</sup>. Tale preclusione all'accesso alla liquidazione scompare nel Codice della

---

<sup>1</sup> Art. 14-ter, comma 2, legge n. 3/2012; art. 268 c.c.i.i. Sull'inderogabilità del foro cfr., tra gli altri, R. DONZELLI, *Il procedimento di liquidazione del patrimonio. La fase di apertura e la fase di accertamento*, in *La "nuova" composizione della crisi da sovraindebitamento*, F. Di Marzio, F. Macario, G. Terranova (a cura di), Milano, 2013, 70.

<sup>2</sup> V. art. 14-ter, comma 1, legge n. 3/2012, il quale richiama l'art. 7, comma, 2, lett. b, della medesima legge.

crisi, in coerenza con la nuova regola che riconosce al creditore la legittimazione a chiedere l'apertura della procedura<sup>3</sup> e, più in generale, con la scelta di configurare come istituto premiale solo l'esdebitazione e non più anche la procedura di liquidazione<sup>4</sup>.

Per la legge n. 3/2012, il debitore che presenti tale domanda deve depositare altresì l'elenco dei creditori, dei relativi crediti e delle cause di prelazione; l'elenco nominativo di coloro che vantano diritti reali e personali su cose in possesso del debitore (con l'indicazione delle cose stesse e del titolo da cui sorge il diritto); l'inventario dei beni; l'elenco degli atti di straordinaria amministrazione compiuti negli ultimi cinque anni (che, nel sistema della legge n. 3/2012, può servire per agevolare una valutazione della condotta del debitore e l'individuazione di eventuali atti impugnabili con revocatoria ordinaria); le dichiarazioni dei redditi degli ultimi tre anni; la certificazione del nucleo familiare del debitore con l'elenco delle spese correnti necessarie al mantenimento del debitore stesso e della sua famiglia e, se del caso, l'indicazione degli stipendi, delle pensioni e di tutte le altre entrate dei componenti del nucleo familiare.

Nel Codice della crisi, invece, la Sezione relativa alla liquidazione controllata non indica la documentazione da depositare, ma nell'ambito della procedura da sovraindebitamento dovrebbero comunque applicarsi le regole dell'art. 39 (in materia di obblighi del debitore che chiede l'accesso ad una procedura regolatrice della crisi o dell'insolvenza)<sup>5</sup>, che richiedono il deposito di una serie di documenti

---

<sup>3</sup> Art. 268, comma 2, c.c.i.i.

<sup>4</sup> Sul punto v. anche M. CAMPOBASSO, *Dalla procedura di "liquidazione del patrimonio" alla "liquidazione controllata" del sovraindebitato*, in *La nuova disciplina delle procedure concorsuali. In ricordo di M. Sandulli*, Torino, 2019, 138; F. ACCETTELLA, *La liquidazione controllata del sovraindebitato: un primo commento*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2020, 664.

<sup>5</sup> Con riferimento a tale conclusione, si consideri che tra le disposizioni sulle procedure di regolazione della crisi o dell'insolvenza e quelle sulle procedure da sovraindebitamento non sembra sussistere una distinzione netta e costante, sia perché il sovraindebitamento è definito dall'art. 2, comma 1, lett. c, c.c.i.i. come stato di crisi o insolvenza di determinati soggetti (i debitori civili e di quelli assimilati, come le start-up innovative); sia perché le disposizioni sul piano di ristrutturazione dei debiti del consumatore e quelle sul concordato minore sono collocate, non diversamente dalla disciplina del concordato preventivo e degli accordi di ristrutturazione dei debiti degli imprenditori, nel Titolo relativo agli «Strumenti di regolazione della crisi» (il Titolo IV del Codice della crisi); sia, infine, perché le disposizioni sulla procedura di

sostanzialmente corrispondente a quella indicata dalla legge n. 3/2012<sup>6</sup>. Tale documentazione sembra utile per consentire agli organi della procedura, oltre che di conoscere la situazione patrimoniale, economica e finanziaria del debitore, anche di individuare eventuali atti assoggettabili a revocatoria ordinaria e la parte dei guadagni del debitore necessaria al mantenimento della famiglia.

Il debitore deve farsi assistere da un organismo di composizione della crisi, iscritto nell'apposito albo tenuto dal Ministero della giustizia, o, in luogo di tale organismo, da un professionista o da una società tra professionisti in possesso dei requisiti. L'organismo, oltre a svolgere compiti di raccordo, a livello di comunicazioni, con l'agente della riscossione e gli uffici fiscali, predispone una relazione – che il debitore deve depositare unitamente alla domanda di liquidazione – nella quale si deve esprimere una valutazione sulla completezza e attendibilità della documentazione depositata dal debitore e illustrare la situazione economica, patrimoniale e finanziaria dello stesso.

Il deposito della domanda determina un primo effetto tipico – seppure non necessario – delle procedure concorsuali, giacché sospende, agli effetti del concorso, la maturazione degli interessi convenzionali o legali fino alla chiusura della liquidazione, salvi gli interessi sui crediti privilegiati per il periodo determinato ai sensi degli artt. 2749, 2788 e 2855 c.c. (art. 14-ter, comma 7, legge n. 3/2012; art. 268, comma 5, c.c.i.i.)<sup>7</sup>. È peculiare che in una procedura esclusivamente liquidatoria, la quale in un certo senso costituisce l'omologo del fallimento, la sospensione si produca fin dalla data del deposito della domanda (sul modello del concordato preventivo e del concordato minore), invece che a decorrere dal provvedimento di apertura della procedura (sul modello del fallimento e della nuova liquidazione giudiziale dell'impresa commerciale insolvente). Si tratta evidentemente di una regola mirata ad evitare l'incremento dell'esposizione debitoria in vista dell'apertura della procedura.

---

liquidazione controllata sono collocate nel Titolo sulla «Liquidazione giudiziale», che è procedura riservata agli imprenditori commerciali (il Titolo V del Codice della crisi). In ogni caso, nella liquidazione controllata l'art. 39 c.c.i.i., qualora non si applicasse in via diretta, sarebbe comunque applicabile in via analogica.

<sup>6</sup> V. anche F. ACCETTELLA, *op. cit.*, 671.

<sup>7</sup> Cfr., in luogo di molti, A. CECCARINI, *L'attività del liquidatore e i controlli del giudice*, in *La "nuova" composizione della crisi da sovraindebitamento*, cit., 80.

Secondo la legge n. 3/2012, se la documentazione allegata alla domanda è conforme ai requisiti sopra indicati, il giudice, qualora verifichi l'assenza di atti in frode ai creditori negli ultimi cinque anni, dichiara aperta la procedura di liquidazione con decreto; nomina un liquidatore (potrebbe anche trattarsi dell'organismo di composizione della crisi); dispone idonea forma di pubblicità della domanda di liquidazione e dello stesso decreto di apertura, oltre all'iscrizione nella rispettiva sezione del registro delle imprese nel caso in cui il debitore svolga attività d'impresa agricola o minore; ordina la consegna o il rilascio dei beni del patrimonio di liquidazione e ordina al liquidatore la pubblicazione del decreto nei pubblici registri in presenza di beni immobili o mobili registrati. La procedura di liquidazione resta aperta fino all'integrale esecuzione del programma di liquidazione e, in ogni caso, ha ad oggetto l'intero patrimonio del debitore e si estende altresì ai beni che pervengano al debitore nei quattro anni successivi al deposito della domanda di liquidazione, dedotte le passività incontrate per l'acquisto e la conservazione dei beni medesimi, che vanno soddisfatte in predeuzione<sup>8</sup> (a questo proposito, con riferimento a tale periodo quadriennale, si dovrebbe ritenere che, in via di applicazione analogica dell'art. 42, comma 3, legge fall., il liquidatore, con l'autorizzazione del giudice<sup>9</sup>, possa rinunciare ad acquisire beni che pervengano al debitore qualora i costi da sostenere per il loro acquisto e la loro conservazione risultino superiori al presumibile valore di realizzo dei beni stessi<sup>10</sup>).

Parzialmente diverse sono, invece, le regole stabilite dal Codice della crisi, per le quali il tribunale accerta, in base alla documentazione depositata (inclusa la relazione dell'organismo di composizione della crisi), che il debitore rientri tra quelli per cui è ammessa la liquidazione

---

<sup>8</sup> Cfr. G. DI MARZIO, *L'estensione e la tutela del patrimonio oggetto di liquidazione nella novella legislativa*, in *La "nuova" composizione della crisi da sovraindebitamento*, cit., 81. Secondo G. TERRANOVA, *La nuova composizione della crisi da sovraindebitamento*, ivi, 8, sarebbe stato più coerente con le finalità dell'istituto restringere tale possibilità di acquisizione ai soli beni pervenuti a titolo gratuito e comunque lasciare al debitore le risorse acquisite mediante l'esercizio di una nuova attività.

<sup>9</sup> L'art. 42, comma 3, legge fall. richiede invece l'autorizzazione del comitato dei creditori.

<sup>10</sup> Per la diversa tesi secondo cui sarebbe necessario il consenso di tutti i creditori, G. DI MARZIO, *op. cit.*, 82.

controllata e si trovi in una situazione di sovraindebitamento e, in caso positivo, dichiara con sentenza l'apertura della liquidazione controllata. La verifica dell'assenza di atti di frode è quindi rinviata al successivo ed eventuale procedimento di esdebitazione (art. 280 c.c.i.i.)<sup>11</sup>. Questo mutamento è coerente con il fatto che, mentre l'esdebitazione è ancora concepita come un beneficio per soggetti sovraindebitati meritevoli, la procedura di liquidazione è ormai considerata dall'ordinamento, in termini per così dire oggettivizzati, come istituto generale per l'attuazione concorsuale della responsabilità patrimoniale del debitore sovraindebitato.

Ai sensi dell'art. 270 c.c.i.i., con la sentenza di apertura si nominano il giudice delegato e il liquidatore (individuandolo nello stesso organismo di composizione della crisi che ha redatto la relazione o, per giustificati motivi, scegliendolo nell'elenco dei gestori della crisi di cui al decreto del Ministero della giustizia 24 settembre 2014, n. 202<sup>12</sup>); si ordina al debitore il deposito dell'elenco aggiornato dei creditori, qualora non lo abbia già depositato; si ordinano la consegna o il rilascio dei beni del patrimonio di liquidazione e, qualora vi siano beni immobili o mobili registrati, si ordina al liquidatore la pubblicazione della sentenza nei pubblici registri, oltre alla pubblicazione nella rispettiva sezione del registro delle imprese se il debitore svolge attività di impresa agricola o minore. Nella sentenza si ordina altresì al liquidatore l'inserimento della sentenza stessa nel sito internet del tribunale o del Ministero della giustizia e si fissano le scadenze del procedimento di formazione dello stato passivo.

La liquidazione ha ad oggetto l'intero patrimonio, ma diversamente dalla disciplina anteriore al Codice della crisi, non si prevede l'estensione ai beni che pervengano al debitore nei quattro anni successivi alla domanda di liquidazione<sup>13</sup>. Tuttavia, prima

---

<sup>11</sup> Nel Codice della crisi le indicazioni sulle cause del sovraindebitamento, sulla diligenza del debitore nell'assunzione di obbligazioni, sulla sua solvibilità negli ultimi cinque anni e sull'eventuale esistenza di atti impugnati dai creditori non sono più prescritte con riferimento alla relazione dell'organismo di composizione da allegare alla domanda di liquidazione (art. 14-ter, comma 3, legge n. 3//2012), bensì con riferimento alla relazione dell'organismo di composizione da allegare alla domanda di esdebitazione (art. 283, comma 4, c.c.i.i.).

<sup>12</sup> Si tratta del Regolamento recante i requisiti di iscrizione nel registro degli organismi di composizione della crisi da sovraindebitamento.

<sup>13</sup> Critico sul punto, M. CAMPOBASSO, *op. cit.*, 142-143.

dell'eventuale esdebitazione dovrebbero intendersi compresi nella liquidazione controllata anche i beni che pervengano al debitore durante la procedura, dedotte le passività incontrate per l'acquisto e la conservazione dei beni medesimi, salva la possibilità del liquidatore, con l'autorizzazione del giudice<sup>14</sup>, di rinunciare ad acquisirli quando i costi da sostenere superino il presumibile valore di realizzo, in applicazione analogica dell'art. 142, commi 2 e 3, c.c.i.i., relativo alla liquidazione giudiziale (omologo dell'art. 42, commi 2 e 3, legge fall., in materia di fallimento).

### *3. L'esdebitazione in seguito alla procedura di liquidazione*

Sia per la legge n. 3/2012, sia per il Codice della crisi, il debitore è ammesso al beneficio della liberazione dalla quota di debiti nei confronti dei creditori concorsuali non soddisfatta nella procedura di liquidazione («debiti residui») se ricorrono determinate condizioni, salva la regola per la quale l'esdebitazione comunque non opera per i debiti derivanti da obblighi di mantenimento o alimentari, per i debiti da illecito extracontrattuale, per quelli derivanti da sanzioni pecuniarie penali o amministrative non accessorie a debiti estinti<sup>15</sup> e, secondo la legge n. 3/2012, per i debiti fiscali accertati successivamente all'inizio della procedura in ragione della sopravvenuta conoscenza di nuovi elementi.

---

Riguardo alla durata della procedura, indipendentemente dalla questione dei beni inclusi nell'attivo concorsuale, occorre tenere conto che l'art. 282, comma 1, c.c.i.i., relativo all'esdebitazione in seguito alla liquidazione controllata, considera l'ipotesi che la procedura di liquidazione duri meno di tre anni. Inoltre, qualora l'ordinamento italiano stabilisse di estendere l'ambito applicativo della direttiva europea 2019/1023/UE (riguardante i quadri di ristrutturazione preventiva, l'esdebitazione e le interdizioni, e le misure volte ad aumentare l'efficacia delle procedure di ristrutturazione, insolvenza ed esdebitazione) ai debitori civili, il termine di quattro anni previsto per l'esdebitazione contrasterebbe con l'art. 21 di tale direttiva.

<sup>14</sup> L'art. 142, comma 3, c.c.i.i. e l'art. 42, comma 3, legge fall. richiedono invece l'autorizzazione del comitato dei creditori.

<sup>15</sup> V. art. 14-*terdecies*, comma 3, legge n. 3/2012; e art. 278, comma 7, c.c.i.i. Sul punto cfr. S. LANDINI, voce *Esdebitazione*, in *Enc. dir., Annali*, VII, Milano, 2014, 442, secondo la quale le ragioni dell'esclusione sono fondate sulla funzione morale o di tutela della persona creditrice degli obblighi di mantenimento o alimentari.

Con riferimento ai debiti che possono formare oggetto di esdebitazione, l'art. 14-*terdecies* della legge n. 3/2012 individua come condizione per l'esdebitazione il fatto che il debitore stesso abbia cooperato al regolare, efficace e sollecito svolgimento della procedura; non abbia beneficiato di altra esdebitazione negli otto anni precedenti alla domanda di liquidazione; non abbia provocato il sovraindebitamento mediante un ricorso al credito colposo e sproporzionato rispetto alle sue capacità patrimoniali; non abbia, nei cinque anni precedenti all'apertura della liquidazione o nel corso della stessa, compiuto atti in frode ai creditori, pagamenti o altri atti dispositivi del proprio patrimonio o simulazioni di titoli di prelazione allo scopo di favorire alcuni creditori a danno di altri; non sia stato condannato per uno dei reati previsti dall'art. 16, aventi ad oggetto la falsificazione, l'occultamento, la simulazione o la dissimulazione di attivo o passivo o la distruzione di documentazione, il compimento di pagamenti in violazione dell'accordo di composizione della crisi o del piano del debitore o l'intenzionale inosservanza di altre condizioni previste dagli stessi, l'aggravamento della posizione debitoria dopo il deposito della domanda per accedere ad uno di questi due procedimenti e per tutta la durata della procedura<sup>16</sup>. Vi sono poi altre due condizioni che meritano una menzione a parte.

La prima di esse consiste nel fatto che il debitore abbia svolto, nei quattro anni successivi al deposito della domanda di liquidazione, un'attività produttiva di reddito adeguata rispetto alle proprie competenze e alla situazione di mercato o, in ogni caso, abbia cercato un'occupazione e non abbia rifiutato, senza giustificato motivo, proposte di impiego (art. 14-*terdecies*, comma 1, lett. e, legge n. 3/2012)<sup>17</sup>.

L'altra condizione è costituita dal fatto che nella procedura i creditori per titolo e causa anteriore al decreto di apertura siano stati soddisfatti almeno in parte (art. 14-*terdecies*, comma 1, lett. f, legge n. 3/2012). Riguardo alla corrispondente disposizione in materia di esdebitazione del fallito, ossia l'art. 142, comma 2, legge fall., la giurisprudenza ritiene che ai fini dell'esdebitazione – purché vi sia

---

<sup>16</sup> Cfr. M.G. SIRNA, *L'esdebitazione*, in *La "nuova" composizione della crisi da sovraindebitamento*, cit., 86-88.

<sup>17</sup> Sul problema dell'individuazione della *ratio* di tale previsione normativa, M.G. SIRNA, *op. cit.*, 86-87.

rispetto della *par condicio creditorum* – per soddisfazione «in parte» possa intendersi anche la soddisfazione solo di *una parte dei creditori* (in ipotesi: i privilegiati e non i chirografari), senza che sia necessaria l'avvenuta soddisfazione di *una parte del credito di ciascun creditore* (privilegiato o chirografario)<sup>18</sup>. Nonostante l'opinione contraria o comunque critica di una parte della dottrina<sup>19</sup>, tale interpretazione merita di essere confermata anche con riferimento all'esdebitazione del debitore, in quanto l'interpretazione contraria contrasterebbe con la *ratio* della disciplina dell'esdebitazione e sarebbe inutilmente penalizzante per il debitore<sup>20</sup>, considerato che la tutela della posizione creditoria è già presidiata dalle cautele necessarie: infatti, oltre a richiedere tutti i requisiti sopra indicati, l'esdebitazione è comunque esclusa nel caso in cui il sovraindebitamento sia stato colposo o il debitore abbia compiuto atti di frode; la procedura di liquidazione ha ad oggetto la liquidazione di tutti i beni del debitore, salvi quelli che l'ordinamento indica come esclusi; per determinati debiti, espressamente indicati dalla legge in ragione di un giudizio di valore basato sul peculiare rilievo della c.d. causa del debito e sulla perdurante responsabilità etica o sociale del debitore, l'esdebitazione non è

---

<sup>18</sup> Cfr. Cass., S.U., 18 novembre 2011, n. 24214; Cass., 8 agosto 2016, n. 16620; Cass., 1 settembre 2015, n. 17386; Cass., 14 giugno 2012, n. 9767; Cass., 14 giugno 2018, n. 15586; Cass., 27 marzo 2018, n. 7550; Trib. Como, 12 ottobre 2016; App. Torino, 4 dicembre 2017, con nota di M. BENINCASA, *Esdebitazione e soddisfazione dei creditori. Incentivo o mero presupposto oggettivo?*, in *Giur. it.*, 2018, 1935 ss. In dottrina, tra gli altri, D. VATTERMOLI, *L'esdebitazione tra presente e futuro*, in *Riv. dir. comm.*, 2018, I, 491 nt. 36.

<sup>19</sup> Cfr. S. PAGLIANTINI, *Il sovraindebitamento del consumatore. Studio critico sull'esdebitazione*, Torino, 2018, 84; F. FRADEANI, *L'esdebitazione del fallito: quale tutela per i creditori?*, in *Dir. fall.*, 2014, I, 395 ss.; A. CARRATTA, *Dell'esdebitazione del fallito e della sua illegittimità costituzionale*, in *Giur. it.*, 2009, 402 ss.

<sup>20</sup> Per l'analoga soluzione statunitense, cfr. D.A. SKEEL jr., *The Empty Idea of "Equality of Creditors"*, 166 U. Pa. L. Rev. 699 (2018), 737, il quale afferma che, «Like the early consumer bankruptcy cases, the two-thirds of today's consumer cases filed under Chapter 7 fit the pattern from which the equality norm arose: the debtor turns any assets over to the court so that the assets can be sold and the proceeds distributed to creditors, and the debtor is then given a discharge. In theory, most consumer cases thus hew closely to the equality of creditors norm, with general creditors each receiving a portion of the payout. The problem is that the payout is zero. Because most consumer debtors do not have any nonexempt, unencumbered assets, general creditors often do not receive a recovery».

comunque ammessa<sup>21</sup>; il giudice, prima di concedere l'esdebitazione, deve sentire i creditori che non abbiano ricevuto integrale soddisfazione; tali creditori possono proporre reclamo.

La nuova disciplina dell'esdebitazione dei soggetti sovraindebitati viene parzialmente modificata ed integrata con ulteriori regole per le persone fisiche sovraindebitate che non siano in grado di offrire ai creditori alcuna utilità, diretta o indiretta, nemmeno in prospettiva futura (c.d. sovraindebitato incapiente: art. 283 c.c.i.i.)<sup>22</sup>. In base al Codice, l'esdebitazione è dichiarata con decreto del tribunale decorsi tre anni dall'apertura della liquidazione controllata o, se la procedura dura meno di tre anni, con decreto del tribunale a seguito del provvedimento di chiusura della stessa, purché ricorrano le seguenti condizioni: il debitore non deve avere già ottenuto l'esdebitazione nei cinque anni precedenti alla domanda di apertura della procedura; non deve avere già beneficiato dell'esdebitazione per due volte e non deve avere determinato la propria situazione di sovraindebitamento con colpa grave, malafede o frode (data quest'ultima condizione, occorrerebbe ritenere che la documentazione da depositare sia analoga a quella che, come si vedrà, è richiesta dall'art. 283 c.c.i.i. per il caso del sovraindebitato incapiente, inclusa la relazione dell'organismo di composizione della crisi). Inoltre, considerato che il rinvio dell'art. 282, comma 2, all'art. 280, lett. a, c.c.i.i. individua come requisito per l'esdebitazione anche l'attuale assenza di procedimenti o condanne definitive per reati concorsuali di matrice imprenditoriale, che non possono riguardare i soggetti non imprenditori, dovrebbe intendersi che l'esdebitazione non possa avvenire qualora siano attualmente in corso procedimenti o sussistano condanne definitive per reati aventi ad oggetto, per esempio, la fraudolenta rappresentazione della situazione economica e patrimoniale (v. art. 344, comma 1, lett. b, e comma 2, c.c.i.i.). In coerenza con questa interpretazione, il decreto correttivo del Codice della crisi ha aggiunto espressamente come requisito per l'esdebitazione il fatto che il sovraindebitato non abbia distratto l'attivo o esposto passività insussistenti, cagionato o aggravato il dissesto rendendo gravemente difficoltosa la ricostruzione del patrimonio e del

---

<sup>21</sup> V. sopra, ove si indicano i debiti per i quali l'esdebitazione non opera.

<sup>22</sup> La norma costituisce attuazione dell'art. 9, comma 1, lett. c, della legge delega 19 ottobre 2017, n. 155.

movimento degli affari o fatto ricorso abusivo al credito (v. il nuovo rinvio dell'art. 282, comma 2, c.c.i.i. all'art. 280, lett. b).

La disciplina dell'esdebitazione diviene più articolata e restrittiva quando il debitore, pur essendo meritevole perché non ha commesso atti in frode ai creditori e non ha dato luogo con dolo o colpa grave al proprio indebitamento, non sia in grado di offrire ai creditori alcuna utilità, diretta o indiretta, nemmeno in prospettiva futura (art. 283 c.c.i.i., dedicato, come detto, al sovraindebitato incapiente). In questo caso, infatti, il debitore può accedere all'esdebitazione solo per una volta e resta comunque obbligato al pagamento del debito nella misura in cui entro quattro anni dal decreto di esdebitazione sopravvengano utilità rilevanti che consentano il soddisfacimento dei creditori per almeno il dieci per cento, risultanti da una dichiarazione annuale del debitore (da presentare a pena di revoca del beneficio) o da verifiche a cura dell'organismo di composizione della crisi eventualmente disposte dal giudice<sup>23</sup>. Tra queste utilità non si intendono ricompresi i finanziamenti, in qualsiasi forma erogati in favore dell'esdebitato, né le spese di produzione del reddito e quanto occorrente al mantenimento del debitore e della sua famiglia, da intendersi pari all'assegno sociale aumentato della metà moltiplicato per un parametro corrispondente al numero dei componenti del nucleo familiare della scala di equivalenza dell'ISEE di cui al decreto del Presidente del Consiglio dei ministri del 5 dicembre 2013, n. 159. La domanda di esdebitazione si presenta al giudice mediante un organismo di composizione della crisi insieme all'elenco dei creditori e dei rispettivi crediti; all'elenco degli atti di straordinaria amministrazione compiuti negli ultimi cinque anni; alla copia delle dichiarazioni dei redditi degli ultimi tre anni; all'indicazione degli stipendi, delle pensioni e di tutte le altre entrate del debitore e del suo nucleo familiare; e ad una relazione dell'organismo di composizione che indichi le cause dell'indebitamento e la diligenza impiegata dal debitore nell'assumere le obbligazioni; esponga le

---

<sup>23</sup> In una prospettiva che nella versione definitiva (approvata e pubblicata) del Codice della crisi potrebbe riferirsi prevalentemente al debitore imprenditore agricolo o minore oppure al debitore professionista, è stato rilevato che «la misura si traduce in un potente disincentivo per il debitore a produrre nuova ricchezza (almeno per i primi quattro anni), raggiungendo così un risultato esattamente antitetico a quello che unanimemente si ritiene essere l'obiettivo della *discharge*»: D. VATTERMOLI, *op. cit.*, 491-492.

ragioni dell'incapacità del debitore di adempiere le obbligazioni; indichi eventuali atti del debitore impugnati dai creditori e valuti la completezza e l'attendibilità della documentazione depositata con la domanda di esdebitazione.

Secondo l'art. 283, comma 5, c.c.i.i., nella relazione l'organismo di composizione deve inoltre indicare se il finanziatore, ai fini della concessione del finanziamento, abbia tenuto conto del merito creditizio del debitore, valutato in relazione al suo reddito disponibile, dedotto l'importo necessario a mantenere un dignitoso tenore di vita, che deve ritenersi determinato in misura idonea se è stato quantificato in un ammontare non inferiore all'assegno sociale aumentato della metà moltiplicato per il parametro sopra indicato. Tale comma, almeno in prima battuta, appare fuori posto, in quanto si fatica a scorgere la funzione per l'esdebitazione in seguito a liquidazione controllata. Tuttavia, l'indicazione dell'organismo di composizione riguardo alla condotta del finanziatore, laddove individuasse una violazione dell'obbligo di corretta valutazione del merito creditizio, potrebbe servire a fare ritenere il debitore come esente da dolo o colpa grave o malafede nell'indebitamento e quindi a considerare inverata una delle condizioni per l'esdebitazione. Inoltre, qualora la procedura di liquidazione fosse ancora in corso, l'indicazione della violazione del finanziatore potrebbe essere utile a consentire o agevolare un'azione risarcitoria nei confronti del finanziatore da parte del liquidatore, in qualità di sostituto processuale *sui generis* del debitore, ai sensi degli artt. 270, comma 5, e 143 c.c.i.i. (oltre che, in ogni caso, un'azione risarcitoria nei confronti del finanziatore da parte di eventuali creditori direttamente danneggiati).

#### 4. *La procedura di liquidazione e la tutela della dignità umana*

La decisione del Tribunale si fonda sull'art. 14-ter, comma 6, lett. b), legge n. 3/2012, che esclude dalla liquidazione stipendi, pensioni e ciò che il debitore guadagna con la sua attività, nei limiti di quanto occorra al mantenimento suo e della sua famiglia.

L'art. 14-ter, comma 6, legge n. 3/2012 (e l'art. 268, comma 4, c.c.i.i.), che salvaguarda la specifica quota di stipendio, pensione o altro guadagno che il giudice ritiene occorrente al mantenimento del debitore e della sua famiglia, rappresenta una rilevante presa di posizione

dell'ordinamento rispetto ad un problema giuridico che si colloca al crocevia tra diritto privato dell'economia e del mercato e diritti della persona e, in particolare, il diritto alla tutela della dignità umana. La disposizione è analoga a quella stabilita per il fallimento<sup>24</sup> o per la nuova liquidazione giudiziale delle imprese<sup>25</sup>, ma, mentre per l'imprenditore dichiarato insolvente un'altra attività fonte di guadagno è, statisticamente, solo futura ed eventuale, perché l'attività di tale soggetto era quella di esercitare l'impresa poi caduta in stato di insolvenza, per il debitore sovraindebitato – salvi i casi di perdita del lavoro – un'attività lavorativa potrebbe essere già in corso, con la conseguenza che la regola che protegge i guadagni occorrenti alla famiglia ha più possibilità di trovare effettiva applicazione.

Fin dalle modifiche apportate alla legge n. 3/2012 da parte del d.l. 18 ottobre 2012, n. 179, convertito in legge 17 dicembre 2012, n. 221, le norme sulle procedure da sovraindebitamento, riguardanti il c.d. debitore civile, hanno segnato una rilevante evoluzione nella disciplina delle obbligazioni. In particolare, la possibilità di ottenere per il debitore l'esdebitazione per la parte dei crediti non soddisfatta tramite la procedura di liquidazione ha inciso profondamente sui rapporti obbligatori con i creditori<sup>26</sup>. Per le obbligazioni, è, infatti, diffusa l'opinione secondo cui questo settore del diritto si connoterebbe, oltre che per un elevato tecnicismo, per la neutralità e l'impermeabilità rispetto a giudizi di valore fondati su principi e sulla considerazione di situazioni particolari e personali<sup>27</sup>. Tale concezione trova un solido

<sup>24</sup> Art. 46, comma 1, n. 2, e comma 2, legge fall.

<sup>25</sup> Art. 146, comma 1, lett. b, e comma 2, c.c.i.i.

<sup>26</sup> In generale, sull'esdebitazione del consumatore, cfr. R. DI RAIMO, *Debito, sovraindebitamento ed esdebitazione del consumatore: note minime sul nuovo diritto del capitalismo postmoderno*, in questa *Rivista*, 2018, 1 ss.; P. FEMIA, *Esdebitazione, responsabilità, estinzione parziale*, in *Il consumatore e la riforma del diritto fallimentare*, E. Llamas Pombo, L. Mezzasoma, U. Rana, F. Rizzo (a cura di), Napoli, 2019, 245 ss.; G. GRISI, *L'esdebitazione del consumatore*, in *Eur. dir. priv.*, 1 ss.; L. NIVARRA, *Sovraindebitamento e responsabilità patrimoniale*, in *Eur. dir. priv.*, 2020, 322 ss.; V. CONFORTINI, *Primato del credito*, Napoli, 2020, 96 ss.

<sup>27</sup> Su questo dogma cfr., tutti in senso critico, A. DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale*, art. 1173-1176, in *Comm. c.c. Scialoja Branca*, Bologna-Roma, 1988, 20, il quale osserva che «il legislatore del cod. Napoleonico aveva insistito sul contenuto di «ragione» che da sempre, sin dall'epoca romana, aveva caratterizzato la disciplina delle obbligazioni. Il che era nel fondo un bell'eufemismo per sostenere la conformità dell'obbligazione alla «razionalità» delle leggi economiche (della domanda e

fondamento nella disciplina delle obbligazioni pecuniarie. In linea di principio l'impotenza economico-finanziaria del debitore, anche quando incolpevole, non rileva in termini di sopravvenuta impossibilità della prestazione<sup>28</sup>. Inoltre, per le obbligazioni pecuniarie l'impossibilità sopravvenuta non è configurabile in quanto il denaro è un bene fungibile, individuato in un «genere» e quindi destinato a non perire mai<sup>29</sup>.

---

dell'offerta), e cioè alla razionalità del mercato. Era evidente che una tale «razionalità» non sorreggeva il diritto di famiglia e neanche il sistema dei diritti reali. Ma non è in questo senso o almeno non è solo in questo senso che si intende parlare di «astrattezza» della obbligazione. Il problema dell'astrattezza dell'obbligazione è intimamente collegato al problema della individuazione delle categorie giuridiche del diritto moderno. È quindi connesso al più generale problema che investe anche la individuazione di altre categorie, del tipo ad es. *soggetto di diritto, diritto eguale, negozio giuridico*, ecc. «Astrattezza», dunque, dell'obbligazione vuol dire in concreto «indifferenza» verso un tipo particolare di rapporto (di scambio) o di soggetti del rapporto [...]» (la rilevanza degli elementi particolari del rapporto concreto ai fini dell'applicazione della disciplina dell'obbligazione è recuperata dall'Autore mediante i riferimenti alla correttezza e alla buona fede alla luce dei principi costituzionali: 289 ss.); U. BRECCIA, *Le obbligazioni*, in *Tratt. Iudica-Zatti*, Milano, 1991, 4-5, ove si afferma che «lo schema “neutro” dell'obbligazione considerata in astratto sembra incompatibile con la duttilità dei giudizi di valore» (ma si precisa poi che «Non si deve cadere [...] nell'equivoco [...] di pensare che l'obbligazione [...] sia sottratta all'influenza delle direttive generali del sistema» e soprattutto «al canone della “correttezza”»); e L. MODICA, *Profili giuridici del sovraindebitamento*, Torino, 2012, 37-38.

<sup>28</sup> Cfr., in luogo di molti, M. GIORGIANNI, *L'inadempimento*, Milano, 1975, 311; P. RESCIGNO, voce *Obbligazioni (nozioni)*, in *Enc. dir.*, XXIX, Milano, 1979, 174-175; S. MAZZAMUTO, *Le nuove frontiere della responsabilità contrattuale*, in *Eur. dir. priv.*, 2014, 760-761. Sull'inadeguatezza di tale caratteristica dell'obbligazione a fare fronte al problema del sovraindebitamento, E. PELLECCCHIA, *Dall'insolvenza al sovraindebitamento. Interesse del debitore alla liberazione e ristrutturazione dei debiti*, Torino, 2012, xxv; L. MODICA, *op. cit.*; C. CAMARDI, *Il sovraindebitamento del consumatore e il diritto delle obbligazioni. Alcune riflessioni ai confini del sistema del diritto civile*, in *Sovraindebitamento e rapporto obbligatorio*, G. D'Amico (a cura di), Torino, 2018, 182 ss.

<sup>29</sup> La questione è segnalata, in sostanza, da E. PELLECCCHIA, *op. cit.*; L. MODICA, *op. cit.*, 11; C. CAMARDI, *op. cit.*, 182 ss.; S. PAGLIANTINI, *op. cit.*, 132-133. In generale, sul principio *genus numquam perit* e i suoi limiti, L. MENGONI, *Inadempimento delle obbligazioni. Rassegna critica di giurisprudenza (1943-1946)*, in *Temì*, 1946, 566 ss. e ora in *Scritti*, II, *Obbligazioni e negozio*, C. Castronovo, A. Albanese, A. Nicolussi (a cura di), Milano, 2011, 8-9. Ritiene, invece, che il principio

Questo principio ha in realtà una portata più limitata di quanto potrebbe sembrare. È vero che nelle norme sulle obbligazioni, per l'elevato tecnicismo della regolamentazione e le profonde radici delle figure teoriche di riferimento, i giudizi di valore si avvertono in misura minore che «in altri luoghi del diritto civile»; tuttavia anche l'applicazione di tale disciplina è orientata e guidata da giudizi di valore e dai principi costituzionali, sia tramite il «riempimento» delle «clausole generali quali la diligenza, la buona fede, la correttezza, lo stato di necessità», sia mediante una «lettura assiologicamente orientata» degli enunciati normativi<sup>30</sup>. È stato, per esempio, rilevato che «quando l'assenza di liquidità segnala povertà, altri valori, al di là del rapporto obbligatorio, entrano in considerazione; valori di primaria grandezza, connessi alla persona. Prestare attenzione alla condizione dei debitori caduti in miseria è un imperativo per l'UE, essendo il contrasto alla povertà implicato nell'art. 3, co. 3, Tratt. UE ed esplicitamente richiamato nell'art. 34 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE [...]. Si è da tempo e in ripetute occasioni dato impulso all'interpretazione costituzionalmente orientata delle norme [...]. Il debitore è persona e, minato il dogma dell'impotenza finanziaria colpevole per definizione, acquista rinnovato vigore il richiamo alla salvaguardia della sua dignità e all'istanza di solidarietà che, in un'economia sociale di mercato ispirata a coesione e quindi giocoforza sensibile all'esigenza di redistribuzione della ricchezza, non può non

---

*genus numquam perit* sia inadeguato al sistema delle obbligazioni pecuniarie, M. GIORGIANNI, *op. cit.*, 300 ss., in part. 304-305.

<sup>30</sup> Cfr. P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, III ed., Napoli, 2006, 551-552 e 858 ss., il quale precisa altresì che «Il passaggio da compiere è da una concezione dell'obbligazione, rigida e dogmatica, ad una, casistica e problematica, che non si riduca a mera prassi, che non rifiuti l'apporto dei concetti ma li elabori in forma rinnovata, nel giusto equilibrio tra costruzione teorica ed esperienza fattuale, nel rispetto del metodo che, facendo leva sull'indissolubilità del binomio forma-sostanza, sottolinei l'unità nella diversità senza far violenza alle peculiarità dei fenomeni» (859). In una direzione analoga – a parte i qui non condivisi riferimenti ad una «discrezionalità valutativa» del giudice e alla realizzazione di fini anche «oltre il sistema normativo» – v. il bel saggio di F. GAMBINO, *L'obbligazione nel conflitto tra principi generali*, in *Riv. dir. civ.*, 2012, I, 56, per il quale «Il concetto dell'obbligazione entra in una diversa atmosfera, dove l'intervento del terzo [il giudice], che si distingue per gli ampi spazi di discrezionalità valutativa a lui attribuiti, è deputato a realizzare, attraverso e oltre il sistema normativo, determinati fini socio-economici dell'ordinamento».

innervare i rapporti interprivati, ivi compresi quelli tra creditori e debitori»<sup>31</sup>.

Tali rilievi mettono in luce il problema, già segnalato in relazione alle procedure concorsuali<sup>32</sup>, della tutela della dignità del debitore che non sia in grado di adempiere. Essi valgono, inoltre, a relativizzare anche il dogma dell'indifferenza della disciplina delle obbligazioni pecuniarie rispetto alla situazione personale del debitore e all'applicazione dell'impossibilità sopravvenuta. In ogni caso, questo dogma, essendo ricavato – a torto o a ragione – da disposizioni di fonte legislativa, non ha valore sovraordinato rispetto alla disciplina legale che prevede procedure da sovraindebitamento esdebitatorie. Invero, l'inapplicabilità dell'istituto dell'impossibilità sopravvenuta non impedisce l'applicazione di procedure da sovraindebitamento o di norme sull'esdebitazione. Il problema relativo agli istituti del sovraindebitamento consiste, piuttosto, nel verificare, alla luce del sistema, a quali casi, con quali conseguenze e con quali limiti essi si applichino e, quindi, quale posizione assumano nell'ordinamento. Per essere applicate in tutta la propria estensione, le recenti norme sul sovraindebitamento concorrono con le altre norme alla formazione, alla modifica o all'innovazione del sistema.

Il decreto in commento conferma la prospettiva sopra delineata. Con un'interpretazione orientata alla tutela della dignità del debitore, il Tribunale ha infatti ritenuto che le quote sociali della s.r.l., da cui

---

<sup>31</sup> G. GRISI, *L'inadempimento di necessità*, in *Le obbligazioni e i contratti nel tempo della crisi economica. Italia e Spagna a confronto*, G. Grisi (a cura di), Napoli, 2014, 299 ss. Notevole appare il cambio di direzione rispetto alla situazione descritta da P. RESCIGNO, *op. cit.*, 174, ove si legge che «Per apprezzare il significato della normale ininfluenza delle condizioni economiche con riguardo alla responsabilità per l'ineseguita prestazione, deve tenersi presente che la disciplina dell'inadempimento reca l'impronta di una dottrina autorevole che si andò formando in Italia a partire dagli anni del primo conflitto mondiale. L'instabilità monetaria, l'economia di guerra, i pubblici interventi che incidevano sulla disponibilità dei beni e sulla libertà dei commerci, le tensioni e gli scioperi cominciarono allora ad assumere il carattere, se non di eventi abituali, certamente di fatti frequenti, e sembrò perciò più adeguata alla sicurezza dei traffici giuridici una concezione rigidamente obiettiva dell'inadempimento e della responsabilità che ne deriva».

<sup>32</sup> Cfr. infatti P. PERLINGIERI, *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, Napoli, 1972, 13, il quale segnala, tra i problemi relativi alla tutela della personalità, quelli inerenti alle procedure concorsuali, con particolare riferimento al trattamento del debitore insolvente e al «rispetto della sua dignità».

derivava il sostentamento del debitore, dovessero rientrare tra le eccezioni contemplate dal sesto comma lettera b) dell'art. 14-ter al fine di consentire al debitore di continuare a percepire un reddito che gli permetta di mantenere sé e la propria famiglia.

Nel contemperamento di valori, principi e interessi, i guadagni dell'attività del debitore sovraindebitato occorrenti al mantenimento suo e della sua famiglia sono esentati dalla procedura che tutela i creditori perché l'esigenza di mantenimento del debitore e della famiglia è ritenuta più rilevante dell'esigenza dei creditori di ottenere la soddisfazione dei propri crediti e, più a monte, perché l'ordinamento costituzionale, anche nelle sue interazioni con i valori e i principi sanciti nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e riconosciuti dal TUE (art. 6), considera i valori della dignità umana e della solidarietà, e i relativi principi (oltre alla promozione del valore del lavoro), prevalenti rispetto ai valori e principi che presidiano la tutela del credito.

Questi ultimi principi non sono accantonati, ma sono, per così dire, subordinati ai primi. La tutela del credito torna ad espandersi appena si faccia riferimento ai guadagni dell'attività del debitore non necessari al mantenimento dello stesso e della sua famiglia. Questa lettura è stata condivisa anche dal Tribunale nel provvedimento in rassegna, il quale, nell'ottica di un bilanciamento tra gli interessi, ha ritenuto ammissibile la previsione, formulata dal debitore in sede di istanza di apertura della liquidazione, di devolvere alla procedura stessa gli eventuali utili eccedenti l'importo mensile stabilito dal giudice per il suo sostentamento familiare.

Sul punto è possibile un'ulteriore riflessione. La commisurazione di quanto occorre e di quanto invece è in eccesso rispetto al sostentamento è rimessa al giudice. In tale commisurazione il giudice dovrebbe osservare i principi di ragionevolezza, adeguatezza e proporzionalità, per adattare l'applicazione della norma legale e dei sovrastanti valori e principi costituzionali alle specifiche circostanze e ai bisogni familiari indispensabili del caso concreto.

Per la commisurazione e la quantificazione di «quanto occorrente al mantenimento del debitore e della sua famiglia» il nuovo art. 283 del Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza, in relazione ad un diverso problema in materia di esdebitazione del c.d. sovraindebitato incapiente, fa riferimento ad una «misura pari all'assegno sociale

aumentato della metà moltiplicato per un parametro corrispondente al numero dei componenti il nucleo familiare della scala di equivalenza dell'ISEE di cui al decreto del Presidente del Consiglio dei ministri del 5 dicembre 2013, n. 159»<sup>33</sup>. Questa misura dovrebbe essere considerata una soglia minima che, almeno in relazione al problema di individuare i guadagni esclusi dal patrimonio di liquidazione, il giudice potrebbe ritenere di dovere aumentare, in considerazione delle circostanze concrete e degli interessi rilevanti in gioco.

Il tema delle risorse patrimoniali o economiche da riservare al debitore si inserisce nel contesto del delicato problema dell'individuazione di un equilibrio tra esigenze di tutela del credito ed esigenze di tutela del debitore<sup>34</sup>. Da una parte, in una prospettiva attenta alla tutela del credito, si può rilevare che, nella disciplina del sovraindebitamento, l'incapienza patrimoniale del debitore, anziché attivare un «dispositivo di sanzione», rischia di attivare un «dispositivo di cura» sostanzialmente affidato alla discrezionalità del giudice a discapito del diritto del creditore<sup>35</sup>. Da un'altra parte, in una prospettiva attenta alla tutela del debitore, si può ritenere che, se tale disciplina non consentisse di esentare un minimo di risorse dall'azione dei creditori e di accedere all'esdebitazione, si rischierebbe di trovarsi davanti al carneluttiano «uomo a cui manca ormai la forza e lo stimolo di ridiventare un nucleo di produzione», considerato come «un ramo secco della pianta economica»<sup>36</sup>.

---

<sup>33</sup> Il riferimento all'«ammontare dell'assegno sociale aumentato della metà» si trova anche nell'art. 545, comma 7, c.p.c., per il quale «Le somme da chiunque dovute a titolo di pensione, di indennità che tengono luogo di pensione o di altri assegni di quiescenza, non possono essere pignorare per un ammontare corrispondente alla misura massima mensile dell'assegno sociale, aumentato della metà» (e la parte eccedente tale ammontare è pignorabile solo nei limiti previsti dalla legge).

<sup>34</sup> Si vedano le riflessioni di R. DI RAIMO, *Consumatore e mercato nelle discipline della crisi. Notazioni preliminari*, in *Il consumatore e la riforma del diritto fallimentare*, cit., 33 ss.; ID., *Le discontinuità che seguono i grandi traumi: pensando al credito (e al debito), mentre la notte è ancora fonda*, in *Giustiziacivile.com*, 9 aprile 2020, 3 ss. Sul punto sia consentito anche il rinvio a G. BIFERALI, *Credito al consumo e sovraindebitamento del consumatore*, Milano, 2019, 8 ss., 44 ss.

<sup>35</sup> S. PAGLIANTINI, *op. cit.*, 5 ss.

<sup>36</sup> Per le parole tra virgolette, cfr., con riferimento al concordato preventivo regolato dall'abrogata legge 24 maggio 1903, n. 197, F. CARNELUTTI, *Espropriazione del creditore*, in *Riv. dir. comm.*, 1930, I, 678-679.

Quest'ultimo rischio può essere ritenuto sopportabile e non decisivo dal punto di vista economico, ma potrebbe essere ritenuto centrale e da evitare dal punto di vista sociale, a patto che la quota di risorse patrimoniali ed economiche esente dall'azione dei creditori rimanga negli stretti limiti dei bisogni per una vita dignitosa del debitore e dei suoi familiari. Si tratta di una limitazione significativa ed insidiosa dell'effettività del diritto di credito nella relazione privatistica individuale tra creditore e debitore, che può tuttavia trovare una giustificazione quando lo statuto civilistico dell'obbligazione si trova immerso nella disciplina del concorso collettivo tra l'universalità dei creditori sull'universalità del patrimonio del debitore<sup>37</sup>.

---

<sup>37</sup> Sul carattere dell'universalità delle procedure concorsuali, cfr., con particolare riferimento al fallimento, S. SATTA, *Diritto Fallimentare*, Padova, 1996, 4-5.



## **Credito al consumo collegato ed inadempimento del fornitore\***

**SOMMARIO:** 1. Le questioni affrontate da ABF, Coordinamento, n. 12645/2021. – 2. Il fatto deciso e il valore dei «principi». – 3. Gli argomenti: una premessa comune e le derivate. – 4. La natura del rimedio. – 5. *Ratio legis* e conseguenze disciplinari: in merito alla «risoluzione» del finanziamento estinto. – 6. *Segue*: in merito alla «risoluzione» parziale. – 7. *Segue*: in merito al diritto al risarcimento del danno: dalla disciplina alla fattispecie. – 8. Tornando alla disciplina: sull'onere della prova.

### *1. Le questioni affrontate da ABF, Coordinamento, n. 12645/2021*

Il Collegio di Coordinamento dell'ABF ha affrontato, con la pronuncia n. 12645 del 17 maggio 2021, varie questioni di diversa importanza proposte dalla norma dell'articolo 125-*quinquies* T.u.b.: questioni in buona parte già affrontate con esiti discordanti dai Collegi Territoriali, secondo quanto dà atto la decisione, ma per lo più trascurate in dottrina.

Le soluzioni date dal Collegio di Coordinamento a quattro di esse sono state elevate a «principi di diritto», altre sono rimaste in motivazione.

Tra i principi la decisione raccoglie queste quattro idee (pag. 18 s.): l'onere della prova dell'inadempimento del fornitore, rilevante per la risoluzione del finanziamento, è a carico del cliente; rimedio all'inadempimento del fornitore, quando questo sia parziale, è anche la risoluzione parziale del finanziamento; non sussiste il diritto di risolvere il finanziamento se questo è stato interamente rimborsato; il cliente non ha diritto nei confronti del finanziatore al risarcimento del danno subito a causa dell'inadempimento del fornitore.

In motivazione, la decisione precisa la dimensione del primo principio sotto il profilo dell'ampiezza della sua applicazione, pressoché assoluta: nessuna delle inversioni dell'onere che sussistano nel rapporto cliente-fornitore possono valere nel rapporto cliente-

---

\* Le opinioni qui contenute sono espresse solo a nome mio; non sono espresse a nome dell'Arbitro Bancario Finanziario e non lo impegnano in alcun modo.

finanziatore; nondimeno, «ciò non esclude [...] che in casi specifici [l']onere possa gravare sul finanziatore» (pag. 8 ss.)<sup>1</sup>.

Soprattutto, in motivazione, la pronuncia indica la *ratio legis*: «le previsioni di cui all'art. 125-*quinquies* del T.u.b. appaiono precipuamente finalizzate a liberare il consumatore, a fronte dell'inadempimento di non scarsa importanza del fornitore, da ogni vincolo restitutorio nei confronti del finanziatore derivante dal contratto di credito collegato, facendo obbligo nel contempo al finanziatore di restituire al consumatore le rate già pagate nonché ogni altro onere eventualmente applicato, *evitando in tal modo che gravi sul consumatore insoddisfatto qualsiasi onere per l'acquisto di un bene o di un servizio che non ha effettivamente acquisito o di cui non abbia goduto, anche solo in parte*» (pag. 14 s., enfasi aggiunta).

## 2. Il fatto deciso e il valore dei «principi»

Le questioni risolte con soluzioni elevate a principi erano state sollevate dall'ordinanza di rimessione, a quanto risulta dalla pronuncia del Coordinamento.

Sempre a quanto si evince da questa, una delle questioni era però irrilevante per la decisione del caso concreto: il caso concreto non la proponeva. Mi riferisco al problema se il cliente abbia diritto alla risoluzione del finanziamento quando questo sia già rimborsato (pag. 3 della decisione).

Sicché già per questo la statuizione del Coordinamento sul punto costituisce un *obiter*: il Collegio Territoriale non avrebbe proprio potuto sollevare la questione, poiché questa non «ricorr[eva]» nel caso *sub iudice* (Regolamento ABF, sez. III, § 5).

Del pari costituiscono *obiter dicta* le opinioni formulate in punto di risoluzione parziale e di risarcimento del danno: la pronuncia del Coordinamento risolve il caso concreto escludendo che il ricorrente abbia fornito adeguata prova dell'inadempimento di non scarsa importanza. Inevitabile il passaggio della stessa pronuncia: «il Collegio

---

<sup>1</sup> La decisione precisa altresì la dimensione del principio per primo affermato sotto il profilo del contenuto dell'onere della prova nei procedimenti avanti all'ABF: la prova documentale che il cliente deve qui fornire per assolvere all'onere di dimostrare l'inadempimento di non scarsa importanza del fornitore deve consistere in documenti che permettano di rilevare «agevolmente» l'inadempimento (pag. 11 s.).

ritiene che, benché l'esame delle ulteriori questioni poste dall'ordinanza di rimessione non sia funzionale alla decisione della presente controversia, ne sia *opportuna* la trattazione» (pag. 12, enfasi aggiunta).

I tre *obiter*, dunque, appunto, non sono vincolanti per i Collegi Territoriali: non hanno l'efficacia di precedente (Regolamento ABF, *ibidem*).

Il che potrebbe spiegare perché la motivazione di almeno uno degli *obiter* – quello in punto di risoluzione e finanziamento estinto – sia appena accennata e il tono sia comunque cauto, non impegnativo: «sembra» (pag. 15).

### 3. *Gli argomenti: una premessa comune e le derivate*

Da parte il punto appena evocato, invece, le motivazioni delle altre statuizioni sono corpose, soffermate, e giustamente giungono a toccare anche la *ratio legis*.

Tutte danno per scontata una premessa, in conformità al testo di legge, così come si fa pure in dottrina<sup>2</sup>: in caso di inadempimento del fornitore, il cliente ha diritto alla «risoluzione del contratto di credito» e questa risoluzione è quella, per così dire, ordinaria in caso d'inadempimento di una parte, disciplinata dalle norme degli articoli 1453 ss. c.c.

---

<sup>2</sup> Tra gli scritti più attenti al tema v. G. DE CRISTOFARO, *La nuova disciplina dei contratti di credito ai consumatori e la riforma del t.u. bancario*, in *Contratti*, 2010, spec. 1057, che pure s'interessa proprio della «natura» del diritto alla risoluzione, ma specificando il problema, appunto, nella natura giudiziale o meno dello stesso, come se si trattasse di risoluzione; A. D'ADDA, *Collegamento negoziale e inadempimento del venditore nei contratti di credito al consumo*, in *Europa Dir. Priv.*, 2011, 750 ss.; M.R. MAUGERI, *sub art. 125-quinquies*, in *Commento al Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, C. COSTA (a cura di), Torino, 2013, II, 1458 ss.; M. SEMERARO - A. TUCCI, *Il credito ai consumatori*, in *I contratti bancari*, E. CAPOBIANCO (a cura di), Torino, 2011, 1882 ss. Addirittura R. PALUMBO, *Profili problematici della nuova disciplina del coordinamento negoziale nel credito al consumo*, in *Studium iuris*, 2014, 3, afferma netto: «la prima parte della disposizione, legittimando il consumatore a esigere il rimborso delle rate già corrisposte al finanziatore, costituisce applicazione delle regole generali in materia di diritto dei contratti e, segnatamente, dell'efficacia retroattiva della risoluzione *ex art. 1458 c.c.*».

Sicché poi, nell'affrontare questa o quella questione, il Coordinamento avverte la necessità di verificare la compatibilità della stessa con la disciplina della risoluzione per inadempimento.

Così, in punto di risoluzione parziale del finanziamento previa risoluzione parziale della fornitura, deve ricordare che la risoluzione parziale è ammessa, quando la prestazione non interamente eseguita è frazionabile (pag. 14).

Ma mai nella disciplina della risoluzione trova la soluzione. Così a proposito della risoluzione del finanziamento estinto: cui nega che il cliente abbia diritto, mentre nulla osta alla risoluzione di un contratto eseguito (p.es., art. 1492 c.c.). Così ancora a proposito del diritto al risarcimento del danno, che pure viene negato – e ciò, motiva il Collegio, proprio perché al cliente è dato il diritto alla risoluzione del finanziamento – laddove il diritto alla risoluzione non esclude quello ai danni (art. 1453, co.1, c.c.).

Sicché il Collegio di Coordinamento viene a sbizzare un rimedio in buona parte diverso dalla risoluzione.

#### 4. *La natura del rimedio*

Non sorprende. Perché la risoluzione di cui parla l'articolo 125-*quinquies* T.u.b. non è, nella sua essenza, vera risoluzione.

La norma così chiama il rimedio, ma subito va a precisarne il contenuto essenziale e, nel fissarlo, subito smentisce il *nomen: rectius*, la disciplina generale della risoluzione per inadempimento.

L'effetto della c.d. risoluzione del finanziamento, stabilito dalla norma, non è lo scioglimento retroattivo del finanziamento: *i.e.*, il venir meno degli interessi maturati e il cessare di prodursi di quelli maturandi, con il conseguente obbligo a carico del finanziatore di restituire quelli già ricevuti (art. 2033 c.c.); il venir meno *ab origine* del titolo che consentiva al cliente di trattenere il capitale ricevuto, con l'obbligo a suo carico di restituirlo per intero.

Al contrario, il finanziatore deve versare al cliente tutto quanto da lui ricevuto, anche il capitale<sup>3</sup>. E aggiungo subito: e non può pretendere

---

<sup>3</sup> Il comma 3 dell'art. 125-*quinquies* dichiara applicabile la norma, a scanso di equivoci, anche a quel particolare finanziamento collegato a fornitura che è il *leasing*: ponendo termine, nel settore del finanziamento al consumo, ad una parte delle

quello che sarebbe ancora dovuto<sup>4</sup>. Rovesciamo il punto di vista: il cliente ha diritto di avere dal finanziatore quanto versatogli e ha diritto a non versargli nulla di quanto sarebbe ancora dovuto. Ed è bene dire, sin da subito: ha diritto di «avere» dal finanziatore e non «riavere».

Non c'è risoluzione del finanziamento. Ovvero c'è, se si vuol usare questo nome, ma, nel contesto dell'articolo 125-*quinquies*, è un rimedio profondamente diverso da quello previsto dall'articolo 1453 c.c.

Come sempre, i tratti mancanti della tutela andranno ricostruiti con l'ausilio degli altri frammenti normativi e, soprattutto, in coerenza con la *ratio legis*: la struttura, sempre, in coerenza con la funzione<sup>5</sup>.

Evitando dunque di pasticciare il discorso con inutili riferimenti alla risoluzione del contratto: ovviamente, quando si parla di *effetti* della risoluzione della fornitura per inadempimento del fornitore sul rapporto di finanziamento, non quando si parla della risoluzione della fornitura, ché questa è risoluzione ordinaria ed è presupposto della «risoluzione» del finanziamento<sup>6</sup>.

---

consuete clausole che mantenevano estraneo il *lessor* – in conformità, a mio avviso, del suo ruolo di finanziatore-mandatario all'acquisto-proprietario solo in garanzia – dalle vicende patologiche del rapporto di fornitura: sul rapporto tra la norma in discorso e le c.d. «clausole d'inversione del rischio» M. RABITTI, *I contratti per l'impresa*, I, G. GITTI, M. MAUGERI e M. NOTARI (a cura di), Bologna, 2012, 265 ss., che ipotizza che «questa disciplina si possa, in futuro, applicare con ragionamento per analogia a tutte le ipotesi di *leasing* anche industriale» l'incidenza della norma su tale prassi negoziale; per un quadro della letteratura sulla natura del *leasing*, S. SCUDERI, *Il leasing finanziario alla luce della L. n. 124/2017*, in *Contratti*, 2019, 335 ss.

<sup>4</sup> Punto scontato nell'ABF e in dottrina, derivante dal convincimento che si tratta di «risoluzione» del finanziamento.

<sup>5</sup> A.A. DOLMETTA, *Sulle conseguenze civilistiche dell'acquisto di azioni proprie compiuto in violazione dei divieti di legge*, in *Riv. soc.*, 1996, 343 ss.; G. MUCCIARONE, *L'adeguatezza degli «amministratori» della banca*, Torino, 2019, 15, nota 47.

<sup>6</sup> Nel senso che l'atto di «costituzione in mora» è in realtà una diffida ad adempiere A. D'ADDA, *Collegamento negoziale e inadempimento del venditore nei contratti di credito al consumo*, cit., 753 ss.: in effetti, il meccanismo effettuale previsto dall'articolo 125-*quinquies*, comma 2, T.u.b. non si giustificherebbe se non fosse venuto meno il diritto del cliente di avere la prestazione dovuta dal fornitore.

La norma del comma 3 prevede che il cliente, dopo aver inutilmente costituito in mora il fornitore, possa chiedere al *lessor* di agire per risolvere la fornitura e la richiesta sospende il pagamento dei canoni: la disposizione, che vorrebbe non dare al cliente anche la facoltà di diffidare *ex art.* 1454 c.c. il fornitore, storicamente si spiega in ragione dell'orientamento giurisprudenziale che, prevalente, ritiene che

---

all'utilizzatore spetta il diritto di agire direttamente nei confronti del fornitore solo per l'adempimento e/o il danno, non anche per la risoluzione, ciò che invece è riservato al *lessor* (per una rappresentazione dell'andamento della giurisprudenza sul tema, M. MONTELEONE, *L'inadempimento e la risoluzione*, in *Il contratto di leasing*, S. CHIODI (a cura di), Milano, 2020, 248 ss. Da vedere se ciò, alla luce della regola generale in materia di finanziamento al consumo collegato, si giustifichi, per il *leasing* al consumo, in ragione della proprietà in garanzia sussistente in capo al *lessor*. Ritiene «incomprensibile [...] la ragione di una disciplina *ad hoc* per il contratto di locazione finanziaria» M. GORGONI, *Sui contratti di finanziamento dei consumatori di cui al capo II Titolo VI TUB, novellato dal Titolo I del D.lgs. n. 141 del 2010*, in *Giur. merito*, 2011, 342.

Scioltasi la fornitura, il cliente non ha poi che da valersi della tutela, richiedendo al finanziatore di avere quanto versato: punto pacifico nell'ABF: *ex multis*, di recente, ABF, Bologna, n. 20005/2021; n. 19269/2021; n. 19268/2021; stessa conclusione in: A. D'ADDA, *Collegamento negoziale e inadempimento del venditore nei contratti di credito al consumo*, cit., 754 s. e in M. SEMERARO - A. TUCCI, *Il credito ai consumatori*, cit., 1890, che sintetizzano il ragionamento del primo: «la propagazione degli effetti della risoluzione del contratto di fornitura al contratto di credito dovrebbe discendere, *de plano*, dai principi del collegamento negoziale, rendendo non necessaria la pronuncia costitutiva dell'autorità giudiziaria; il che, forse, giustifica il silenzio del legislatore sul punto». Giusto o sbagliato tale silenzio, tant'è e non sarebbe coerente con il *favor* per il consumatore introdurre la necessità della domanda giudiziale.

La richiesta al finanziatore è però costitutiva della cessazione degli effetti del finanziamento: il cliente deve dichiarare di volersi valere della tutela, come quando opera la clausola risolutiva. Prima della richiesta del cliente al finanziatore di avere quanto versato, quindi, non vi può essere *mora debendi*.

Prima di tale richiesta, dunque, neppure vi potrebbe essere un legittimo reclamo nei confronti del finanziatore per non avere ancora rimborsato il cliente.

Pure capita che siano avanzati ricorsi all'ABF contro il finanziatore senza che vi sia un ulteriore atto tra la diffida al fornitore, la richiesta al finanziatore ed il ricorso: alle volte senza che vi sia neppure un ulteriore atto tra la diffida e il ricorso: v., per il primo caso, ABF, Bologna, n. 21488/2021; per il secondo, ABF, Bologna, n. 21665/2021.

Ove il fornitore fallisse prima di una diffida ad adempiere, questa potrebbe non risultare necessaria ovvero immediatamente possibile alla luce della disciplina dei rapporti pendenti al momento del fallimento: non necessaria come quando lo scioglimento del rapporto fosse effetto immediato del fallimento ovvero della scelta del curatore, secondo il tipo di rapporto; non possibile, quando il curatore avesse dichiarato di voler proseguire nel rapporto. Tali affermazioni postulano che la disciplina fallimentare prevalga su quella bancaria, la tutela della *massa dei creditori* del fallito su quella dei *singoli clienti consumatori*.

### 5. Ratio legis e conseguenze disciplinari: in merito alla «risoluzione» del finanziamento estinto

Risolto il contratto di fornitura, il cliente ha diritto ad avere tutto quanto versato al finanziatore. A che vale sul piano funzionale?

Lo indica il Coordinamento, in motivazione, nel brano riferito: «le previsioni di cui all'art. 125-*quinquies* del T.u.b. appaiono precipuamente *finalizzate* a liberare il consumatore, a fronte dell'inadempimento di non scarsa importanza del fornitore, da ogni vincolo restitutorio nei confronti del finanziatore derivante dal contratto di credito collegato, facendo obbligo nel contempo al finanziatore di restituire al consumatore le rate già pagate nonché ogni altro onere eventualmente applicato, *evitando in tal modo che gravi sul consumatore insoddisfatto qualsiasi onere per l'acquisto di un bene o di un servizio che non ha effettivamente acquisito o di cui non abbia goduto*, anche solo in parte» (pag. 14 s., enfasi aggiunta).

La norma è volta – si osserva in prima approssimazione – a traslare il rischio dell'inadempimento, dunque d'insolvenza, del fornitore, che per sé grava sul cliente, sul finanziatore. In caso d'inadempimento del fornitore, il cliente potrà rivolgersi al finanziatore: il finanziatore potrà avere dal fornitore quanto pagato al cliente (art. 125-*quinquies*, co. 2, T.u.b.). Dunque, se il fornitore è insolvente, l'insolvenza resterà a carico del finanziatore.

Vero ciò, ne seguono *de plano* diverse conseguenze disciplinari, tra le quali si rimarca per prima – per non deviare dal confronto con la pronuncia del Coordinamento – quella che, anche quando il finanziamento sia stato interamente rimborsato ovvero per altra ragione estinto, il cliente ha diritto di ripetere dal finanziatore quanto a questi versato<sup>7</sup>.

---

<sup>7</sup> Ma la prima conseguenza disciplinare che segue, tra tutte quelle che mancano nella norma, è che, come anticipato (*retro*, § 4), il cliente, oltre ad avere diritto ad avere (non «riavere») quanto versato, ha diritto a non pagare quanto ancora sarebbe dovuto. Il fornitore deve dare (non «ridare») al cliente un importo pari a quanto ricevuto al fine di tenerlo indenne dai pregiudizi dell'inadempimento: ridare quanto ricevuto al cliente potrebbe non bastare a tenerlo indenne dai danni: quanto ricevuto essendo minore del danno patito: pertanto, per compensarlo – *pardon*, ristorarlo – del danno, il cliente viene sgravato del residuo debito: se si vuole, può figurarsi che operi

L'esigenza soddisfatta dal rimedio della «risoluzione» previsto dalla norma dell'articolo 125-*quinquies* è di trasferire il rischio d'insolvenza del fornitore dal cliente al finanziatore: è dunque irrilevante se il finanziamento sia stato rimborsato solo in parte o per intero: anzi, nel secondo caso, l'esigenza è più pressante: la norma vale *a fortiori*: il cliente ha maggior bisogno di protezione, maggiore è il suo danno – avendo restituito il tutto e non solo una parte – se non è sgravato dal rischio d'insolvenza del fornitore, accollandolo al finanziatore. Del resto, nessun argomento realmente adduce il Coordinamento a favore della contraria opinione.

#### 6. Segue: *in merito alla «risoluzione» parziale*

Data la *ratio*, è pure giocoforza riconoscere che oltre alla risoluzione integrale il cliente dispone di quella parziale.

O meglio: se vi è stata l'esecuzione di una parte della fornitura e questa parte è utile – sono stati forniti uno o più beni o servizi oggetto della fornitura – il cliente non potrà, per il solo fatto che vi è stato l'inadempimento, pretendere dal finanziatore e/o cessare di pagargli una somma superiore al valore della parte non fornita e di cui abbia pagato il prezzo: cioè, non solo potrà, ma dovrà «risolvere» parzialmente il finanziamento.

Il testo di legge, per vero, autorizza anche la lettura del Collegio di Coordinamento: che il cliente possa, ma non debba, chiedere la «risoluzione» parziale: cioè – scostando il velo – che il cliente possa chiedere al finanziatore tutto quanto pagatogli e cessare di pagargli quanto ancora dovrebbe.

---

una compensazione legale tra il debito risarcitorio in capo al finanziatore e il debito per capitale e interessi del cliente, ma mi sembra, appunto, una superfetazione.

Con evidenza segue anche altra conseguenza disciplinare dalla *ratio*: spirato il termine fissato nella diffida ad adempiere rivolta dal cliente al fornitore ai sensi dell'articolo 125-*quinquies*, comma 1, T.u.b. (sul punto v. *retro*, nota precedente) senza che questa sia stata ottemperata, il cliente può, invece che richiedere al finanziatore quanto versato, far sospendere l'ammortamento del finanziamento. Nella prospettiva della «risoluzione», qui rifiutata, nel senso che il cliente possa eccepire, contro il finanziatore, *ex art. 1460 c.c.* l'inadempimento del fornitore: A. D'ADDA, *Collegamento negoziale e inadempimento del venditore nei contratti di credito al consumo*, cit., 760 ss.; M. SEMERARO - A. TUCCI, *Il credito ai consumatori*, cit., 1880; *contra* M.R. MAUGERI, *sub art. 125-quinquies*, cit., 1464.

Il che implica ammettere una provvisoria astrazione causale, un provvisorio ingiustificato arricchimento del cliente che andrebbe ad eliminarsi solo con l'azione di regresso del finanziatore verso il fornitore prima e poi con quella del fornitore verso il cliente per *locupletatio sine causa*: analogamente a quanto può avvenire, ad esempio, a seguito del pagamento di un avallante cambiario quando manchi il rapporto sottostante ovvero a seguito del pagamento del garante nel *Garantiervertrag* quando non v'era o non v'era più la prestazione garantita<sup>8</sup>.

Nulla di sconcertante, dunque: solo che, non essendo la norma del comma 2 dell'articolo 125-*quinquies* T.u.b. inequivocabile, è da prediligere la lettura più aderente alla *ratio* e ai principi cardine in materia di spostamenti patrimoniali.

Il finanziatore può contestare che la «risoluzione» integrale è infondata, perché una parte utile della prestazione è stata eseguita e la parte di prezzo corrispondente alla parte di prestazione non eseguita non eccede quanto già rimborsato dal cliente al finanziatore e/o quanto ancora da rimborsarsi<sup>9</sup>.

#### 7. Segue: *in merito al diritto al risarcimento del danno: dalla disciplina alla fattispecie*

D'altro canto, se ogni diritto del cliente verso il finanziatore fosse in ogni caso circoscritto a quanto rimborsato al finanziatore o a quanto fosse ancora da rimborsargli, come sostenuto dal Coordinamento quando afferma che il cliente non ha diritto ad avere dal finanziatore il risarcimento del danno conseguente all'inadempimento del fornitore, lo scopo della norma sin qui sbizzato sarebbe perseguito solo in parte: cioè, il trasferimento del rischio dell'insolvenza del fornitore dal cliente

---

<sup>8</sup> Sull'inesistenza, nel contratto autonomo di garanzia, di un'azione diretta del garante verso il creditore garantito per ripetere il pagamento eseguito in difetto del debitore garantito e per l'esistenza invece del diritto del garante a «conteggiare» al debitore garantito il pagamento eseguito e poi del debitore garantito a rivalersi sul creditore garantito, si da eliminare l'iniziale spostamento patrimoniale *sine causa*, G.B. PORTALE, *Le garanzie bancarie internazionali*, Milano, 1989, 76.

<sup>9</sup> Il fornitore potrebbe anche contestare che il cliente non ha ancora pagato il prezzo della fornitura né sostenuto altre spese per questa e quindi che nessun danno emergente ha subito: sull'onere della prova al riguardo, *infra*, nota 16.

al finanziatore incontrerebbe il limite del valore del finanziamento in linea capitale e interessi.

Ma non vi sono dati sicuri di una tale limitazione dello scopo della norma.

Giusto osservare, come fa il Coordinamento (pag. 15), che la direttiva europea sul credito ai consumatori rimette allo Stato membro «misura» e «condizioni» della tutela del cliente nei confronti del finanziatore per l'inadempimento del fornitore (articolo 15)<sup>10</sup>. Come pure rimarcare che l'articolo 125-*quinquies* non prevede un diritto al risarcimento, ma alla risoluzione.

È tutto da dimostrare invece che riconoscere un diritto del cliente nei confronti del finanziatore al risarcimento del danno significherebbe «aggravare ingiustificatamente la posizione del finanziatore», come pure affermato dal Coordinamento sulla scorta di un'opinione dottrinale<sup>11</sup>.

Il testo di legge pone il problema. Non lo risolve.

E, per sé, tolto il velo della «risoluzione», a ben vedere, la legge addossa al finanziatore un diritto al risarcimento del danno nei confronti del cliente: ché poter avere dal finanziatore quanto versato – nei limiti in cui ciò non causi un ingiustificato arricchimento<sup>12</sup> – significa avere ristoro almeno di tutto o parte del danno emergente provocato dall'inadempimento del fornitore, cui il cliente ha versato il prezzo senza avere la controprestazione, tutta o parte di essa. La norma è diretta a tenere indenne il cliente dalle conseguenze pregiudizievoli dell'inadempimento, trasferendo il rischio d'inadempimento in capo al finanziatore: lo strumento congruo è il risarcimento del danno. Per questo dà diritto al cliente di avere dal finanziatore quanto già versato e, deve aggiungersi, se ciò non bastasse per ristorare il danno, di non pagare quanto ancora versato<sup>13</sup>.

---

<sup>10</sup> Secondo l'usuale resistenza dell'UE ad occuparsi dei rimedi per la violazione delle norme, che non giova all'armonizzazione: per il caso del credito al consumo lo notano M. SEMERARO - A. TUCCI, *Il credito ai consumatori*, cit., 1888.

<sup>11</sup> ABF, Coordinamento, pag. 17, enfatizzando il ragionamento di M.R. MAUGERI, *sub art. 125-quinquies*, cit., 1462. Per il diritto al risarcimento del danno ABF, Roma, n. 3300/2012, dando seguito all'apertura di A. D'ADDA, *Collegamento negoziale e inadempimento del venditore nei contratti di credito al consumo*, cit., 764 ss.

<sup>12</sup> V. *retro* § 6.

<sup>13</sup> V. sul punto anche *retro*, nota 4.

Sì che ciò di cui ora si sta discutendo è se il diritto del cliente ad avere dal finanziatore il risarcimento del danno sia contenuto nei limiti del valore del finanziamento.

La *ratio legis* spinge oltre: verso il diritto al risarcimento del danno pieno, oltre il limite del finanziamento.

Non è ingiustificato questo risultato: perché il presupposto della tutela è un particolare collegamento negoziale (strutturalmente parlando): un collegamento negoziale non debole, ma intenso, anche se non massimamente intenso.

La tutela accordata dall'articolo 125-*quinquies* è prevista non per ogni contratto di credito collegato né per ogni finanziamento finalizzato: ma quando il finanziatore si vale del fornitore per la promozione del finanziamento ovvero quando il prodotto, bene o servizio, al cui ottenimento è finalizzato il finanziamento, è «specifico» (art. 121, co. 1, lett. *d*, T.u.b.)<sup>14</sup>.

---

<sup>14</sup> È oggetto di incertezze se l'individuazione possa essere *per genus*: a favore G. DE CRISTOFARO, *La nuova disciplina comunitaria del credito al consumo: la direttiva 2008/48/Ce e l'armonizzazione «completa» delle disposizioni nazionali concernenti «taluni aspetti» dei «contratti di credito ai consumatori»*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, II, 291. Non si esprime M.R. MAUGERI, *sub art. 125-quinquies*, cit., 1462, che cita, per l'opinione contraria, ABF, Milano, n. 1248/2012: questa, tuttavia, non esclude in assoluto che il prodotto possa essere individuato *per genus*, ma solo nella specie decisa, dove «il contratto non contiene *alcun riferimento* alla ditta fornitrice» ed «in difetto di altri elementi».

È per lo più ammesso che le due circostanze alternative che danno corpo al finanziamento «collegato» non siano tassative: per la soluzione positiva e per ulteriori ampi riferimenti M. SEMERARO - A. TUCCI, *Il credito ai consumatori*, cit., 1887, cui *adde*, in senso contrario, R. PALUMBO, *Profili problematici della nuova disciplina del coordinamento negoziale nel credito al consumo*, cit., 3.

È da condividere che le due circostanze non siano esclusive, per aderenza al dettato europeo, come spiegato nella letteratura: ma con questa precisazione, che nella letteratura manca: non ogni collegamento tra finanziamento e fornitura può integrare la fattispecie dell'articolo 125-*quinquies*: il collegamento deve essere equipollente ai due enunciati dalla norma e mostrare che il finanziatore sostiene, indirettamente, l'attività del fornitore: ciò giustifica la sopportazione del finanziatore del rischio d'insolvenza del fornitore nei confronti del cliente. D'altro canto, collegamento equipollente rilevante può sussistere anche quando non si realizzi un'operazione unitaria trilaterale: perché, a ben vedere, in entrambi i casi di collegamento esplicitamente contemplato dall'articolo 121 T.u.b., il contratto trilaterale potrebbe non darsi: il cliente non sa del «convenzionamento» ovvero il fornitore neppure sa della finalizzazione del prestito ad un suo prodotto.

Ed allora si chiarisce la *ratio legis*: la ragione della traslazione del rischio d'insolvenza del fornitore. Questa non sta nel semplice fatto che il finanziatore è fisiologicamente meglio in grado del consumatore di assorbire la perdita derivante dall'insolvenza del fornitore, ma sta nel fatto che il finanziatore, con il finanziamento al cliente, in realtà sostiene l'attività di quel fornitore e dunque è naturale che il rischio d'insolvenza del fornitore rientri nel rischio d'impresa del finanziatore.

Coerente con tale prospettiva teleologica è che il finanziatore debba soddisfare non solo la richiesta del cliente di ricevere quanto rimborsato e di non pagare quanto ancora sarebbe dovuto – che corrisponde, di regola, a tutto o parte del prezzo, e delle spese, del prodotto, quindi al danno emergente – ma pure la pretesa di risarcirgli l'ulteriore danno e così anche il lucro cessante.

Poiché il rischio d'insolvenza del fornitore è spostato sul finanziatore perché questi sceglie se sostenere l'attività del fornitore, diventando partecipante del rischio, non si giustifica la limitazione del rischio ad una parte dello stesso.

E si comprende la natura del debito del finanziatore: trattasi di una garanzia per il rischio d'insolvenza derivante dalla posizione assunta dal finanziatore rispetto all'impresa del fornitore. Una garanzia da posizione.

#### 8. Tornando alla disciplina: sull'onere della prova

La vicinanza del finanziatore al fornitore, espressa dal particolare collegamento negoziale per cui è predisposta la tutela dell'articolo 125-*quinquies*, non è tale, invece, da far dissentire dalla soluzione accolta dal Collegio di Coordinamento in merito alla distribuzione, tra cliente e finanziatore, dell'onere della prova circa l'inadempimento del fornitore di non scarsa importanza.

Risponde alla regola cardine dell'articolo 2697 c.c. – osserva la pronuncia – che spetta al cliente l'onere di dimostrare l'inadempimento.

---

Poiché ciò che giustifica la tutela dell'articolo 125-*quinquies* è la circostanza che il finanziatore sostiene l'attività del fornitore, lo «specifico» prodotto cui è finalizzato il finanziamento può sì essere individuato *per genus* purché questo individui a sua volta solo un fornitore o un gruppo ristretto di fornitori: altrimenti, la *ratio legis* si smarrisce.

Il Collegio esclude che, tra cliente e finanziatore, possano valere le inversioni previste nel rapporto cliente – fornitore: come quella dell'articolo 132, comma 3, del Codice del Consumo.

La soluzione è da condividere<sup>15</sup>. La vicinanza del finanziatore al fornitore, richiesta dall'articolo 125-*quinquies*, non è tale da renderlo anche più vicino del cliente al materiale processo produttivo: sì che per il finanziatore sarebbe più agevole avere la prova in merito all'adempimento di quanto non lo sia per il cliente dare la prova dell'inadempimento<sup>16</sup>. È una vicinanza, quella del finanziatore al fornitore, nella fase di promozione del prodotto, non nella produzione e distribuzione.

---

<sup>15</sup> Pure è da condividere la precisazione che il Collegio di Coordinamento fa del contenuto dell'onere della prova nel procedimento avanti all'ABF: la prova documentale deve consistere in documenti da cui risulti «agevolmente» l'inadempimento. L'ABF, infatti, non può disporre consulenze tecniche (Regolamento ABF, sez. VI, § 3).

Così, si evince dalla pronuncia, il documento può consistere nell'attestazione di un esperto. La terminologia dev'essere comprensibile.

Di più dalla pronuncia non può trarsi: non può così trarsi che l'attestazione deve limitarsi a rilevare, trattandosi di un servizio, solo se questo è stato eseguito oppure no e non possa invece rilevare se è stato mal eseguito e in che misura male. Ciò che importa è se la spiegazione sia comprensibile.

<sup>16</sup> E certo per il cliente è a portata di mano la prova del pagamento del prezzo della fornitura: pagamento che occorrerebbe dimostrare ove il finanziatore lo contestasse per negare che il cliente ha subito un danno (al riguardo v. *retro*, § 6).



**L'ABF e il tentativo italiano di contenere gli effetti della pronuncia Lexitor. Prime note a Collegio Coordinamento n. 21676/2021 (in attesa dell'intervento della Corte Costituzionale).**

**SOMMARIO:** 1. La norma di diritto transitorio (e il suo contesto). – 2. La posizione del Collegio di Coordinamento. – 3. Le prime letture dei commentatori. – 4. La giurisprudenza di merito intervenuta da luglio 2021 ad oggi. – 5. (*Segue*) La rimessione alla Corte Costituzionale da parte del Tribunale di Torino. – 6. Brevi considerazioni conclusive e possibili scenari.

(A.B.F. Collegio Coordinamento, 15 ottobre 2021, n. 21676)

*In base alla norma contenuta nell'art. 11-octies, comma secondo, ultimo periodo, d.l. 25 maggio 2021, n. 73, convertito in legge n. 106 del 23 luglio 2021, letta in combinato disposto con le «norme secondarie» dell'Autorità di Vigilanza dalla stessa richiamate, nel caso di estinzione anticipata di un finanziamento stipulato prima del 25 luglio 2021, l'impresa ha diritto di trattenere gli oneri convenzionalmente assunti come corrispettivo o rimborso di attività prodromiche rispetto all'erogazione (c.d. up front), sicché il diritto alla riduzione del costo del credito del consumatore riguarda unicamente gli oneri connessi alla durata nel tempo del rapporto (c.d. recurring).*

*1. La norma di diritto transitorio (e il suo contesto)*

L'«emendamento Lexitor» è stato inserito nel luglio 2021 in sede di conversione del d.l. 73/2021 (c.d. Sostegni-*bis*) ed è costituito dall'art. 11-*octies* della legge 106 del 2021. Il primo comma di tale disposizione, al punto c), riformula l'art. 125-*sexies* t.u.b., che come noto regola l'estinzione anticipata dei contratti di credito al consumo. La nuova norma del testo unico bancario prevede testualmente – in ossequio ai principi affermati ormai due anni fa nella nota sentenza della Corte di Giustizia «Lexitor» (v. *infra* in questo n. 1) relativa all'interpretazione dell'art. 16 dir. 2008/48 (di cui l'art. 125-*sexies* costituisce trasposizione interna) – che il diritto del cliente alla riduzione del costo del credito in sede di estinzione anticipata investe «tutti» gli oneri

economici. Inoltre, sono introdotte ai commi secondo e terzo dell'art. 125-*sexies* t.u.b. due regole ignote alla precedente formulazione di quest'ultimo, e costituite dal criterio residuale del «costo ammortizzato» per il calcolo dell'importo della riduzione, e dal riconoscimento in capo al finanziatore di un «diritto di regresso» nei confronti dell'«intermediario del credito» per «*la quota dell'importo rimborsato al consumatore relativa al compenso per l'attività di intermediazione del credito*».

Per quanto maggiormente interessa in questa sede, il secondo comma dell'art. 11-*octies* contiene la disposizione secondo cui il “nuovo” art. 125-*sexies* t.u.b. – sopra brevemente descritto nel suo contenuto – disciplina i «contratti sottoscritti successivamente alla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto» (25 luglio 2021), laddove «alle estinzioni anticipate dei contratti sottoscritti prima della data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto», «continuano ad applicarsi le disposizioni dell'articolo 125-*sexies* del testo unico di cui al decreto legislativo n. 385 del 1993 e le norme secondarie contenute nelle disposizioni di trasparenza e di vigilanza della Banca d'Italia vigenti alla data della sottoscrizione dei contratti».

La previsione trascritta parrebbe costituire una lineare regola di diritto transitorio contenente il precetto di non retroattività della nuova norma del testo unico bancario (questo è insomma ciò che suggerisce immediatamente la sua lettura). L'esplicito richiamo alle «norme secondarie» dell'Autorità di Vigilanza «vigenti alla data di sottoscrizione dei contratti» fa però dubitare di questa intuizione, se si tiene a mente che, nel vigore di tali provvedimenti, vale a dire le disposizioni di trasparenza in materia emesse sino all'intervento della Corte di Giustizia del settembre 2019<sup>1</sup>, si era sviluppata la prassi di

---

<sup>1</sup> A quanto consta, i provvedimenti di Banca d'Italia rilevanti, e che dovrebbero essere quelli evocati dal secondo comma dell'art. 11-*octies*, sono le due «Comunicazioni» in tema «Cessione del quinto dello stipendio o della pensione e operazioni assimilate», rispettivamente intitolate «Cautele e indirizzi per gli operatori» (del 10 novembre 2009), e «Richiamo al rigoroso rispetto della disciplina di settore» (del 7 aprile 2011), reperibili in <https://www.bancaditalia.it/compiti/vigilanza/normativa/archivio-norme/comunicazioni/com-cess-quinto/index.html>, e gli «Orientamenti di vigilanza sulla cessione del quinto dello stipendio» del 30 marzo 2018, reperibili in

settore – avvallata anche dagli orientamenti poi consolidatisi in ABF<sup>2</sup> – di distinguere in fase di predisposizione del contratto le commissioni pagate alla stipula dal cliente nelle due categorie degli oneri *recurring* e *up front*; così da non includere questi ultimi nella riduzione del costo del credito per il caso di estinzione anticipata<sup>3</sup>. In altre parole, in tale frangente, le imprese non “restituivano” al cliente parte delle commissioni esposte come *up front* (cioè in via convenzionale assunte come corrispettivo di attività prodromiche rispetto al finanziamento: ad esempio, le spese di istruttoria e la commissione per il mediatore o l’agente). La prassi in discorso faceva sponda anche sulla precedente formulazione dell’art. 125-*sexies* t.u.b. – meno precisa di quella attuale nel delimitare il perimetro degli oneri da ridurre<sup>4</sup> – ed è, come anticipato

---

<https://www.bancaditalia.it/media/notizia/orientamenti-di-vigilanza-sulla-cessione-del-quinto-dello-stipendio/>.

Completa il quadro il provvedimento, cronologicamente successivo alla pronuncia Lexitor, «Credito ai consumatori. Rimborso anticipato dei finanziamenti» del 4 dicembre 2019, reperibile in [https://www.bancaditalia.it/compiti/vigilanza/normativa/orientamenti-vigilanza/Credito\\_ai\\_consumatori.\\_Rimborso\\_anticipato\\_dei\\_finanziamenti.pdf](https://www.bancaditalia.it/compiti/vigilanza/normativa/orientamenti-vigilanza/Credito_ai_consumatori._Rimborso_anticipato_dei_finanziamenti.pdf).

<sup>2</sup> Si vedano in particolare le decisioni del Collegio di Coordinamento ABF 22 settembre 2014, n. 6167; 9 luglio 2015, n. 5861 e 11 novembre 2016, n. 10003, tutte reperibili su [www.arbitrobancariofinanziario.it](http://www.arbitrobancariofinanziario.it).

<sup>3</sup> In merito alla prassi del settore e all’assetto disciplinare stabile in Italia prima di Lexitor, si veda A. TINA, *Il diritto del consumatore alla riduzione del costo totale del credito in caso di rimborso anticipato del finanziamento ex art. 125-*sexies*, primo comma, t.u.b. Prime riflessioni a margine della sentenza della Corte di Giustizia dell’Unione europea*, in questa *Rivista*, 2019, II, 4, 156-161. Sia consentito altresì rinviare ad A. MAGER, *Estinzione anticipata ex art. 125-*sexies* t.u.b. dopo la sentenza Lexitor, nota a G.d.P. Savona, 7 gennaio 2020*, in *Nuova giur. comm.*, 2020, 4, 744 ss., ove sono inoltre accennate (748-749) le ragioni per cui quella della riduzione del costo del credito non è una vicenda restitutiva in senso tecnico (di qui il virgolettato adoperato più avanti nel testo; più ampiamente su questo tema v. A.A. DOLMETTA-A. SCIARRONE ALIBRANDI, *La facoltà di estinzione anticipata nei contratti bancari, con segnato riguardo alla disposizione dell’art. 7 legge n. 40/2007*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, II, 525).

<sup>4</sup> Oggi la norma dispone che la riduzione concerne gli «*interessi e tutti i costi compresi nel costo totale del credito*» (nuovo art. 125-*sexies* t.u.b., comma primo). Per vero, la nuova formulazione è forse ridondante laddove aggiunge l’aggettivo «*tutti*», considerato che già la definizione di «*costo totale del credito*» di cui all’art. 121, comma 1, e) sarebbe sufficiente per impedire l’esclusione convenzionale di alcuni oneri dal campo della riduzione (va detto che tale definizione è la stessa che si

in apertura di queste note, stata giudicata contraria al diritto europeo dalla sentenza dell'11 settembre 2019 della Corte di Giustizia nel caso «Lexitor»<sup>5</sup>. Segnatamente, il giudice europeo ha reputato ogni

---

trova nella dir. 48/2008 all'art. 3, comma 1, lett. g), inclusiva di tutti i possibili oneri economici, eccettuate le sole spese notarili).

*Nella precedente formulazione del primo comma si leggeva invece che* «Il consumatore può rimborsare anticipatamente in qualsiasi momento, in tutto o in parte, l'importo dovuto al finanziatore. In tale caso il consumatore ha diritto a una riduzione del costo totale del credito, pari all'importo degli interessi e dei costi dovuti per la vita residua del contratto». Veniva quindi argomentato, sul filo della lettera del testo, che la riduzione si poteva fissare - «pari a», e dunque - limitata ad interessi e altri costi *recurring* («dovuti per la vita residua del contratto»).

Tuttavia, ad avviso di chi scrive, la norma interna, così come la norma europea di cui costituisce trasposizione, non consentivano di accedere a tale lettura (come poi statuito dalla Corte di Giustizia). Ciò, anche volendo prescindere dalle considerazioni sull'effettività del diritto riconosciuto dall'art. 16 della dir. 48/2008 (su cui v. *infra* nota che segue e nel testo), anzitutto perché riferimento oggettivo del diritto del cliente alla riduzione era (come è tuttora) il «costo totale del credito», come definito dal testo unico coerentemente alla direttiva, e tale appiglio letterale appare più sicuro di quello su cui si basa la lettura oggetto di critica. In secondo luogo, in forza della considerazione di taglio più dogmatico, che ho già sviluppato più ampiamente nel contributo indicato alla precedente nota n. 3 (spec. 749 s.) secondo cui, posto che tutte le voci di costo del credito trovano in linea di principio ragione causale (non tanto in singole attività, prodromiche o durature nel tempo, ma) nella medesima prestazione caratteristica del finanziatore rappresentata dal differimento temporale (= la promessa di non esigere per un certo tempo la restituzione del capitale), ogni differenza di trattamento disciplinare (qui quella operata in sede di riduzione del costo totale del credito) dovrebbe in linea di principio trovare ragione in una specifica causa della componente di costo che vuole trattarsi come particolare. E non sembra che la «storica» distinzione *recurring* *lup front* superi questo vaglio, la stessa tendenzialmente rifrangendo, più che altro, l'estro del predisponente, secondo quanto emerge dalla ormai davvero ampia casistica ABF (v. per questo rilievo già U. MALVAGNA, *Nel focus del credito al consumo: gli oneri economici della cessione del quinto*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, II, 1532 e A.A. DOLMETTA, *Carte di credito revolving: inadempimento di singole rate, oneri economici ed usura civilistica*, in *I Contratti*, 2010, 1061).

<sup>5</sup> La sentenza si trova pubblicata in *Banca borsa tit. cred.*, 2019, II, 6, 644-652, con nota di A.A. DOLMETTA, *Anticipata estinzione e «riduzione del costo totale del credito». Il caso della cessione del quinto* e poi *ivi*, 2020, II, 1, 1-18, con nota di A. ZOPPINI, *Gli effetti della sentenza Lexitor nell'ordinamento italiano*; in *Nuova giur. comm.*, 2020, 2, 280-288, con nota di G. DE CRISTOFARO, *Estinzione anticipata del debito e quantificazione della riduzione del costo totale del credito spettante al consumatore: considerazioni critiche sulla sentenza Lexitor* e in *Giur. Comm.*, 2020, II, 5, 1002-1013, con nota di G. LIACE, *Il diritto dei consumatori alla riduzione del*

limitazione convenzionale degli oneri economici oggetto di riduzione operata dall'impresa predisponente incompatibile con una lettura dall'art. 16 della dir. 48/2008 coerente al principio di effettiva tutela del consumatore.

Il dubbio circa l'effettivo significato della norma di diritto transitorio (eventualmente dotata di portata ulteriore rispetto alla mera previsione di non retroattività del "nuovo" art. 125-*sexies* t.u.b.), ingenerato dalla conoscenza dei passaggi di contesto brevemente descritti e che hanno sino ad ora segnato la materia, si alimenta poi – e in termini significativi – alla luce del dibattito che tale norma ha immediatamente animato a livello di opinione pubblica<sup>6</sup>. Infatti, l'assunto condiviso dalle opinioni espresse da luglio 2021 in avanti è che l'art. 11-*octies* al suo secondo

---

*costo totale del credito nel caso di estinzione anticipata del finanziamento: il caso Lexitor.*

Il perno della motivazione della Corte di Giustizia è rappresentato dal passaggio (par. 31) ove si rileva che il diritto alla riduzione del costo del credito sancito dall'art. 16, par. 1 della direttiva sarebbe «sminuito» se dipendesse, nella sua misura ed entità, dalla struttura dei costi del contratto (cioè dal rapporto tra il peso caricato dall'impresa rispettivamente su interessi e su oneri versati alla stipula, come poi a loro volta divisi tra *up front* e *recurring*): struttura – nota la Corte – predisposta unilateralmente dall'intermediario, difficilmente verificabile da un cliente o da un giudice nel suo riflettere reali assetti o esigenze organizzative del finanziatore, e che può «includere un certo margine di profitto» nella fatturazione dei costi.

Sia detto per inciso che in forza di questa interpretazione del giudice europeo risultano definitivamente superati e non spendibili gli argomenti di taglio letterale sviluppati sulla base del testo del vecchio art. 125-*sexies* t.u.b. e volti a giustificare la distinzione tra *up front* e *recurring* (v. nota precedente).

<sup>6</sup> Si veda la lettera con allegata nota tecnica inviata al Presidente del Consiglio dei Ministri da numerose associazioni di consumatori e pubblicata il 16 luglio 2021 sul sito [www.movimentoconsumatori.it](http://www.movimentoconsumatori.it), con il titolo «Sostegni bis, rimborso anticipato prestiti. appello a Draghi affinché fermi leggina a favore delle banche che danneggia cittadini fragili». Si vedano altresì gli articoli del 17 luglio 2021 su [www.https://24plus.ilsole24ore.com/](http://www.https://24plus.ilsole24ore.com/) di A. CRISCIONE («Credito. D.I. Sostegni bis e la Lexitor ignorata»); del 22 luglio 2021 su [www.expartecreditoris.it](http://www.expartecreditoris.it) di W. CATURANO («Lexitor: il Legislatore chiude il 'caso'»); del 29 luglio 2021 su [www.dirittobancario.it](http://www.dirittobancario.it) di F. MOCCI-A. BETTONI («Decreto sostegni bis: il TUB si adegua alla Lexitor, ma solo per il futuro»); del 26 luglio 2021 di A. MERCURI («Decreto Sostegni Bis: emendamento Lexitor riaccende il dibattito tra banche e consumatori»); del 30 luglio 2021 su [www.ilblogdirobertodinapoli.wordpress.com](http://www.ilblogdirobertodinapoli.wordpress.com) di R. DI NAPOLI («Un ennesimo 'sostegno' a banche e finanziarie per 'superare' gli effetti della sentenza 'Lexitor'»); del 23 ottobre 2021 sul quotidiano Il Sole 24 Ore di F. PEZZATI («Finanziamenti. Abf cambia idea su Lexitor e si adegua al Sostegni Bis»).

comma sottenda la chiara volontà politica di distinguere, sul piano della disciplina dell'estinzione anticipata e segnatamente degli oneri da investire di riduzione, tra contratti stipulati sino alla sua entrata in vigore e contratti stipulati successivamente<sup>7</sup>. Ciò, in particolare, nel senso dell'applicazione dei principi espressi dalla sentenza Lexitor, i quali comportano, come si è detto, la necessaria riduzione di tutti gli oneri economici del credito, ai soli contratti successivi al 25 luglio 2021. Sembra così venire legittimata la prassi tradizionale del settore, riflessa nei “vecchi” contratti (quelli anteriori a tale data), di non restituire al cliente e di consentire all'impresa di trattenere in via definitiva in sede di estinzione anticipata quelli qualificati come *up front*.

## 2. La posizione del Collegio di Coordinamento

Il Collegio ABF di Roma, trovatosi a decidere in merito alla pretesa di un cliente di vedersi ridotti in sede di estinzione anticipata gli oneri *up front* rispetto ad un contratto stipulato prima del 25 luglio 2021, rimette al Collegio di Coordinamento la questione dell'interpretazione del secondo comma dell'art. 11-*octies* della legge 106/2021. Secondo quanto emerge in un veloce passaggio della motivazione del Coordinamento (a p. 13), il Collegio remittente – evidentemente confrontandosi con il contesto in cui la norma di diritto intertemporale è venuta ad iscriversi, e con il dibattito dalla stessa immediatamente suscitato a livello di opinione pubblica – avrebbe suggerito di tenere fermi i principi espressi dalla sentenza Lexitor rispetto a tutti i contratti del settore, indipendentemente dal momento della stipula, propendendo dunque per l'accoglimento della domanda del consumatore.

Il Collegio di Coordinamento respinge questa prospettiva e rigetta il ricorso, con una motivazione che si costruisce di due passaggi argomentativi essenziali. Nel primo, sono riportati ampi stralci delle

---

<sup>7</sup> Ad esempio, nella nota tecnica a firma di A. MOSTACCIO, allegata alla lettera delle associazioni dei consumatori (v. nota che precede), si legge: «L'obiettivo, poco riuscito, della norma è di limitare gli effetti della sentenza Lexitor ai contratti precedenti all'entrata in vigore della legge di conversione. In questo senso è da leggere il richiamo non solo alla precedente versione dell'art. 125-*sexies* ma anche alle norme secondarie della Banca d'Italia le quali consentivano di non restituire i costi *up-front*» (p. 4).

«norme secondarie» della Banca d'Italia richiamate dal secondo comma dell'art. 11-*octies*<sup>8</sup> nel vigore delle quali si era sviluppata, come già chiarito al n. 1, la prassi tradizionale del settore. Nelle disposizioni di trasparenza, in particolare, compaiono le distinte figure degli oneri *recurring* e di quelli *up front* (v. in particolare il punto a p. 9 della motivazione). Richiamati i provvedimenti dell'Autorità di Vigilanza, l'Arbitro sviluppa la considerazione – che pare attingere all'argomento offerto dal canone dell'interpretazione c.d. storica (nella sua accezione più risalente: dell'intenzione per così dire “soggettiva” del legislatore) – secondo cui il richiamo a tali provvedimenti intenda consentire per il passato la distinzione di trattamento tra oneri *up front* e *recurring* operata dagli intermediari mediante i “vecchi” contratti. In altre parole, considerato che nel vigore di quelle norme dell'Autorità di Vigilanza si era sviluppata la prassi di trattenere l'*up front*, evocarle significherebbe legittimarla (con effetto dunque retroattivo)<sup>9</sup>.

Il Collegio di Coordinamento ritiene insomma che «la chiara distinzione fra i contratti stipulati a partire dal 25 luglio 2021 e quelli conclusi anteriormente», costituisca «frutto di una consapevole scelta del legislatore, il quale deve aver reputato che i principi affermati dalla sentenza Lexitor non possano essere estesi *tout court* anche ai contratti conclusi prima del 25 luglio 2021, sottoponendoli perciò a una disciplina specifica, parzialmente differente rispetto a quella applicabile ai nuovi contratti» (p. 11). La ragione di questa opzione politica è individuata nell'esigenza di protezione dell'«affidamento» riposto dalle imprese nella stabilità dell'assetto dei vecchi contratti (p.

---

<sup>8</sup> V. la nota n. 1 che precede per i riferimenti ai provvedimenti che sembrano da reputarsi rilevanti.

<sup>9</sup> Nella prospettiva della valorizzazione del canone di interpretazione storica (inteso nell'accezione indicata nel testo) si giustificherebbe la rilevanza attribuita dalla motivazione dell'Arbitro al contenuto di alcune interrogazioni parlamentari relative all'impatto della pronuncia Lexitor nel settore del credito al consumo in Italia (pp. 11-12). Sempre in quest'ottica assumerebbe poi peso argomentativo il richiamo alla condotta di legislatori di altri paesi europei (segnatamente austriaco e tedesco: pp. 12-13); tuttavia, di là da considerazioni sulla sua effettiva pregnanza, deve osservarsi che quest'ultimo argomento speso dall'Arbitro risulta monco, posto che i rilievi svolti non consentono in alcun modo di giungere alla conclusione per cui, anche in tali ordinamenti stranieri, la volontà sottesa alle recenti modifiche della disciplina in tema di estinzione anticipata sia quella di contenere in qualche misura gli effetti della pronuncia Lexitor nel relativo mercato nazionale.

12). Ne consegue che, in base al «combinato disposto dell’art. 11-*octies* comma 2° e delle disposizioni di rango secondario *pro tempore* applicabili», nel caso dei vecchi contratti «la riduzione del costo totale del credito [ha] per oggetto soltanto i costi c.d. *recurring*, con esclusione dei costi c.d. *up-front*» (p. 12).

Adottata questa lettura della norma di diritto intertemporale – evidentemente eccedente l’idea che la concepisce come una semplice previsione di irretroattività del “nuovo” art. 125-*sexies* t.u.b. –, nella seconda parte della motivazione l’Arbitro si ferma a considerare i «delicati interrogativi di compatibilità» che la stessa produce tra «diritto interno» e «diritto eurounitario» come interpretato in modo vincolante dalla Corte di Giustizia (p. 12). Appare invero manifesto a chi scrive che l’art. 11-*octies*, comma secondo, se così inteso, delinea un assetto disciplinare che si pone in diretto contrasto con i principi espressi dalla sentenza *Lexitor*, nella misura in cui consente alle imprese di trattenere in sede di estinzione anticipata gli oneri *up front* dei contratti stipulati sino al 25 luglio 2021. Quando, invece, la corte europea ha affermato la necessaria riduzione di tutti gli oneri economici del credito, senza “limitare nel tempo” gli effetti della propria pronuncia, e non autorizzando dunque distinzioni disciplinari in considerazione del momento della stipula del finanziamento<sup>10</sup>. Rilevata insomma quella

---

<sup>10</sup> Fermo che le pronunce emesse della Corte di Giustizia in sede di rinvio pregiudiziale ai sensi dell’art. 267 del Trattato sul funzionamento dell’Unione Europea valgono a chiarire in modo vincolante l’interpretazione del diritto europeo (e di quello nazionale se ne costituisce trasposizione), e ciò naturalmente sin dall’entrata in vigore delle relative norme (con effetto dunque in senso lato “retroattivo”), è noto che la Corte di Giustizia conosce la tecnica della c.d. limitazione temporale degli “effetti” delle proprie pronunce. L’orientamento in materia è nel senso di ritenere tale facoltà eccezionale, giustificata in presenza di precisi requisiti, e comunque rimessa esclusivamente alla Corte di Giustizia nel contesto della decisione sullo specifico rinvio pregiudiziale (non dunque nel contesto di un successivo ed eventuale rinvio per così dire *ad hoc*).

Per riferimenti alla giurisprudenza europea in tema si veda il contributo di AN. DALMARTELLO, in questa *Rivista*, 2017, I, 43 ss., *Epilogo della questione della clausola floor in Spagna? Chiarimenti della Corte di Giustizia sugli effetti della non vincolatività delle clausole abusive*. Peraltro, sulla vicenda delle clausole *floor* in territorio iberico, nel contesto della quale il giudice nazionale di ultima istanza aveva tentato una limitazione temporale degli effetti dell’interpretazione di una norma europea (tentativo respinto dalla Corte di Giustizia), si veda anche S. PAGLIANTINI, *La non vincolatività (delle clausole abusive) e l’interpretazione autentica della Corte*

che è ritenuta dal Collegio una «possibile» frizione con le fonti sovraordinate europee, la motivazione passa ad interrogarsi in ordine alle conseguenze della stessa. Al riguardo, il discorso si articola su tre distinti piani.

In primo luogo, sul presupposto che, a fronte di norme di dubbia coerenza rispetto al diritto europeo, il tentativo dell'interpretazione c.d. conforme costituisce snodo ermeneutico doveroso per l'operatore del diritto interno<sup>11</sup> – questa era peraltro, secondo quanto emerge a p. 12 della motivazione, la via tracciata dal Collegio ABF di Roma remittente –, l'Arbitro valuta la possibilità di una lettura del comma secondo dell'art. 11-*octies*, che possa dirsi coerente ai principi Lexitor. Ritiene però di escludere una simile possibilità in base al ritenuto carattere univoco della lettera della disposizione, che porterebbe incontestabilmente a concludere nel senso della legittimità dell'esclusione degli oneri *up front* dal perimetro della riduzione nei “vecchi” contratti. Di là dalla (incerta) sponda offerta dalla riformulazione letterale dell'art. 125-*sexies* t.u.b.<sup>12</sup>, l'«ostacolo insormontabile a una diversa interpretazione adeguatrice» della norma di diritto transitorio (p. 13) è costituito dall'argomento di taglio “storico” sviluppato nella prima parte della motivazione. Viene in altre parole attribuita decisiva rilevanza all'apprezzamento della volontà sottesa alla norma, cioè quella di legittimare per i vecchi contratti il trattenimento degli oneri *up front* da parte delle imprese.

Considerato dunque che «i possibili profili di contrasto con il diritto europeo non appaiono risolvibili semplicemente sul piano ermeneutico»

---

*di Giustizia nota a Corte di Giustizia, 21 dicembre 2016 (nn. C-154/15 e C-307/15) in I Contratti, 2017, 1, 15 ss. e U. MALVAGNA, Nullità «de futuro» e poteri del giudice (a proposito di un caso spagnolo), in questa Rivista, 2016, II, 63 ss.*

<sup>11</sup> L'interpretazione conforme costituisce una «sottospecie del tradizionale canone dell'interpretazione sistematica». Rappresenta altresì una «regola», considerato che «laddove sia possibile riconoscere una relazione gerarchica tra fonti [...] va riconosciuto anche un vincolo interpretativo che è implicito nella superiorità di una fonte su un'altra» (così R. BIN, *L'interpretazione conforme. Due o tre cose che so di lei*, in *Rivista dell'associazione italiana costituzionalisti*, 2015, 1-4, ove anche primi riferimenti alla giurisprudenza della Corte Costituzionale in materia).

<sup>12</sup> V. le precedenti note nn. 4-5 per le differenze tra vecchia e nuova formulazione dell'art. 125-*sexies* t.u.b. e per il rilievo dell'inconsistenza dell'argomento che fonda la distinzione di trattamento “restitutorio” *up front-recurring* sulla vecchia formulazione della norma interna (sia prima che dopo Lexitor).

(p. 14), l'Arbitro passa a valutare la prospettiva della diretta disapplicazione del secondo comma dell'art. 11-*octies* in quanto in ipotesi confliggente il diritto europeo. La notazione di taglio istituzionale per cui la norma europea, in quanto contenuta in una direttiva (art. 16 dir. 48/2008), non avrebbe efficacia diretta nei rapporti c.d. orizzontali (tra privati), porta ad escludere questa possibilità (p. 14).

Infine, la motivazione si dedica al piano della possibile incostituzionalità della norma in discorso per contrasto rispetto al sovraordinato diritto europeo. In questa prospettiva, apprezzato che la remissione alla Corte Costituzionale è iniziativa «preclusa all'Arbitro bancario», in quanto esso «non è un organo giurisdizionale» (p. 14), il Collegio non prende posizione sulla questione. Il che poteva a ben vedere essere utile, seppur nella necessaria veste di un mero *obiter dictum*, in considerazione dell'autorevolezza dell'Arbitro in questo particolare settore, se non altro in ragione dell'esperienza maturata alla luce dell'imponente numero delle controversie in tema di estinzione anticipata decise negli anni<sup>13</sup>.

### 3. *Le prime letture dei commentatori*

Ad oggi, la posizione adottata dal Collegio di Coordinamento non sembra trovare rispondenza nelle opinioni dei commentatori dell'art. 11-*octies*, comma secondo, l. 106/2021, dove si registra la prevalenza di posizioni difformi da quella fatta propria dall'Arbitro, e per certi versi di segno opposto. Infatti, gli autori convergono nel ritenere che vadano tenuti fermi nell'ordinamento interno i principi sanciti dalla sentenza Lexitor rispetto a tutti i contratti di credito al consumo, indipendentemente dal momento della loro stipulazione, escludendo quindi che sia legittimo il trattenimento degli oneri *up front*, anche nel

---

<sup>13</sup> Nella Relazione sull'attività dell'ABF per l'anno 2020 si legge che, a fronte di circa 31.000 ricorsi, il contenzioso in materia di estinzione anticipata dei finanziamenti contro cessione del quinto dello stipendio ne rappresenta oltre la metà (circa il 55%). Simili i dati del 2019 (22.059 ricorsi per il 48% costituiti da controversie in tema di estinzione anticipata). Peraltro, verrebbe da pensare che tali dati (quelli del 2019-2020) non siano indicativi, per effetto dell'impatto della pronuncia Lexitor (di settembre 2019) e del suo significativo effetto stimolante il contenzioso. Le cose non sembrano però spiegarsi così: basta guardare ai dati del 2018: 27.041 ricorsi; 64% in materia di estinzione anticipata; e del 2017: 30.644 ricorsi; 73% nello stesso ambito.

caso di “vecchi” contratti. Ferma questa convinzione di fondo, nell’approccio alla norma in discorso ci si concentra poi su differenti profili.

Secondo una prima opinione, espressa “a caldo” quando l’*iter* di approvazione dalla disposizione non si era concluso, il secondo comma della stessa è da dichiarare incostituzionale, considerato che «attribui[sce], in via retroattiva, valore di legge a un provvedimento amministrativo», cioè ai già richiamati provvedimenti della Autorità di Vigilanza emanati tra il 2009 e il 2018, per mezzo dei quali la disposizione intende autorizzare la distinzione di trattamento disciplinare in sede di estinzione anticipata tra vecchi e nuovi contratti<sup>14</sup>. Volendo provare a sviluppare la notazione, può rilevarsi che è senz’altro soluzione stridente rispetto al sistema delle fonti il conferire *ex post* forza rango primario ad una norma secondaria. Del resto, è noto che, se non in assoluto vietata, la retroattività in materia civile deve necessariamente superare positivamente il vaglio di ragionevolezza imposto dall’art. 3 della Costituzione<sup>15</sup>.

Una seconda opinione, espressa nel vigore dell’art. 11-*octies* ma prima della pubblicazione della pronuncia che si annota, muove dalla condivisa prospettiva dell’incostituzionalità della norma laddove intesa legittimare la prassi tradizionale del settore – fondandola però su ragioni diverse: segnatamente la violazione del diritto europeo e dunque i parametri costituiti dagli artt. 11 e 117 Cost. – ma consente di prescindere dal ricorso alla Consulta. La soluzione è quella, cui si è già accennato, dell’interpretazione conforme al diritto europeo della norma in discorso: esito ermeneutico che viene ritenuto possibile da questo autore, contrariamente a quanto stimato dal Collegio di

---

<sup>14</sup> A.A. DOLMETTA nell’intervista a cura di F. PEZZATI pubblicata sul *Il Sole 24 plus* del 18 luglio 2021, con il titolo «*Finanziamenti, dubbi sulla costituzionalità della norma che aggira sentenza Ue su Lexitor*».

<sup>15</sup> In ambito bancario deve richiamarsi almeno la pronuncia di Corte Cost. 11 aprile 2012, n. 78, che ha affermato il principio indicato nel testo nel sancire l’incostituzionalità dell’art. 2, comma 61, prima parte del d.l. 29 dicembre 2010, n. 225 (convertito con modifiche dalla legge n. 10 del 2011). Come è noto, tale norma si qualificava di interpretazione - spiegando dunque “efficacia retroattiva” - e disponeva che l’art. 2935 c.c. avrebbe dovuto leggersi, limitatamente alle operazioni bancarie regolate in conto corrente, nel senso che la prescrizione relativa ai diritti nascenti dall’annotazione in conto iniziasse a decorrere dal giorno dell’annotazione stessa.

Coordinamento<sup>16</sup>. In questa prospettiva, si nota in particolare che le «norme secondarie» evocate dal secondo comma dell'art. 11-*octies* non sono affatto univoche nel senso di legittimare, per i vecchi contratti, il trattenimento in sede di estinzione anticipata degli oneri *up front*. Esse impongono alle imprese di rendere edotti i clienti degli oneri che saranno ridotti, ma non indicano quali devono esserlo e quali invece possono essere trattenuti in via definitiva laddove versati dai clienti in sede di stipula<sup>17</sup>. Posto che il diritto europeo, ed in particolare l'art. 16 della dir. 48/2008 come interpretato dalla Corte di Giustizia della sentenza Lexitor, impone di ridurre tutti gli oneri economici, è dunque ben possibile – secondo questo autore – interpretare le norme secondarie evocate dalla norma (*recte*: il richiamo ad esse contenuto nel suo secondo comma) come tali da fissare il dovere delle imprese di informare i clienti che gli oneri economici del credito saranno ridotti in sede di estinzione anticipata, ed in particolare che detta riduzione riguarderà anche *tutti* i costi del finanziamento sostenuti alla stipula.

Una terza opinione è stata espressa a valle della pronuncia del Collegio di Coordinamento<sup>18</sup>. Questo autore, la cui attenzione si appunta direttamente sul rapporto tra la disposizione interna di diritto transitorio e il diritto europeo, mostra di condividere la notazione appena sviluppata, secondo cui le norme secondarie dell'Autorità di Vigilanza richiamate dal secondo comma, contrariamente a quanto rilevato dalla decisione che si annota, non sono tali da autorizzare inequivocabilmente l'impresa a trattenere gli oneri *up front*, posto che il loro effettivo contenuto è a ben vedere quello di esigere «trasparenza» nell'indicazione contrattuale degli oneri da ridurre in sede di estinzione anticipata. Anche quest'opinione apre dunque alla prospettiva dell'interpretazione conforme al diritto europeo e ai principi Lexitor del secondo comma dell'art. 11-*octies*, tenendo dunque ferma la regola

---

<sup>16</sup> G. MUCCIARONE, *Credito al consumo ed indennizzo per estinzione anticipata e... un inevitabile dintorno*, nella sezione *Dialoghi di diritto dell'economia di dirittobancario.it*, 19 ottobre 2021, v. in particolare la nota n. 1.

<sup>17</sup> Il riferimento espresso del pensiero dell'a. va agli Orientamenti del 2018, ma il discorso può svolgersi anche con riferimento agli altri e precedenti provvedimenti in tema, in considerazione del loro analogo contenuto (v. sopra alla nota 1).

<sup>18</sup> U. MALVAGNA, *La nuova disciplina dell'estinzione anticipata dei contratti di credito ai consumatori: tra legge, ABF e Corte Costituzionale*, in corso di pubblicazione in *Banca borsa, tit. cred.*, 2022, consultata in dattiloscritto per la cortesia dell'a.

della riduzione di tutti gli oneri anche rispetto ai “vecchi” contratti. Nel precisare il risultato cui conduce tale processo ermeneutico, e quindi la specifica portata precettiva di taglio intertemporale della norma in discorso, questa dottrina propone però una soluzione diversa, e nei fatti opposta a quella dell’opinione in precedenza descritta. Ad avviso dell’autore, il secondo comma dell’art. 11-*octies* autorizzerebbe le imprese a non formulare per ciascun vecchio contratto una *nuova* informativa degli oneri da restituire in sede di estinzione anticipata (che chiarisca, coerentemente ai principi *Lexitor*, che tutte le commissioni saranno ridotte, “sostituendo” la precedente) traducendosi dunque in un apprezzabile risparmio di costi per l’impresa<sup>19</sup>.

#### 4. *La giurisprudenza di merito intervenuta da luglio 2021 ad oggi*

Al momento di licenziare la presente nota risultano pubblicati sette provvedimenti con contenuto decisorio nel vigore dell’art. 11-*octies* (successivi quindi al 25 luglio 2021) su controversie aventi ad oggetto la pretesa del cliente di vedersi ridotti gli oneri *up front* con riferimento a vecchi contratti. Uno solo (del Giudice di Pace di Piombino) respinge la domanda del cliente, mostrando di condividere la sostanza

---

<sup>19</sup> Ferma la possibilità di risolvere in via ermeneutica il contrasto, l’autore – nel confrontarsi con la motivazione del Collegio di Coordinamento – critica il passaggio ove si esclude l’alternativa della disapplicazione diretta della norma interna confliggente con il diritto europeo. In particolare, evidenzia l’erroneità del richiamo alla regola di non applicazione delle direttive nei rapporti orizzontali, pertinente solo nelle ipotesi di mancata trasposizione delle stesse, laddove l’art. 16 della dir. 48/2008 è stato recepito nell’ordinamento italiano con l’art. 125-*sexies* t.u.b. Nel caso che ci occupa è invece corretto – secondo Malvagna – richiamare la regola della disapplicazione della norma interna successiva (in questa prospettiva l’art. 11-*octies* l. 106/2021, comma secondo, inteso nel senso indicato dal Collegio di Coordinamento) contrastante con la disposizione di immediata applicazione e coerente al diritto europeo (il vecchio art. 125-*sexies* t.u.b. nella lettura vincolante della Corte di Giustizia) (il principio è stato espresso come noto da Corte Cost. 5 giugno 1984 n. 170 nel caso «Granital»).

Pertanto, anche ammettendo che si rientri nello schema della mancata o errata trasposizione della direttiva, rileva l’a che sembrerebbero esservi gli estremi per applicare immediatamente la norma europea *in thesi* non recepita (l’art. 16 della dir. 48/2008) in virtù dei principi sanciti dalla sentenza «Mangold» (sentenza Corte di Giustizia, 22 ottobre 2005 n. C-11/04) e nell’ottica di evitare irragionevoli disparità di trattamento (qui tra contratti vecchi e nuovi in sede di estinzione anticipata).

dell'interpretazione fatta propria dal Collegio di Coordinamento<sup>20</sup>. In particolare, questo giudice rileva che, laddove evoca le disposizioni di trasparenza dell'Autorità di Vigilanza, la norma di diritto transitorio intende consentire per i vecchi contratti il diverso trattamento disciplinare - «che si era consolidat[o]» nella prassi - «tra costi *up front* non rimborsabili e costi *recurring* rimborsabili». La manifesta contrarietà di tale assetto disciplinare rispetto alle fonti sovraordinate (principi costituzionali e diritto europeo) è elemento che non viene però in alcun modo considerato in motivazione.

Le altre sei decisioni (dei tribunali di Genova, Savona e Napoli) accolgono le pretese del cliente di restituzione degli oneri *up front*. Quella del Tribunale di Genova per vero non dà conto della vigenza dell'art. 11-*octies*, e decide dunque sulla base dei principi Lexitor, riducendo tutti gli oneri economici del credito<sup>21</sup>. Le cinque residue si confrontano invece direttamente con il tema dell'interpretazione della disposizione in discorso, e giungono alla condivisa conclusione che esso non possa in alcun modo intendersi come tale da limitare l'applicazione della pronuncia Lexitor ai soli nuovi contratti.

In particolare, in quella emessa dal Tribunale di Savona<sup>22</sup> (peraltro richiamata dal Collegio ABF Roma remittente, e con cui quindi il Collegio di Coordinamento si è dovuto confrontare), la motivazione si spende nel mostrare che, anche escludendo che il richiamo alle «norme secondarie» di Banca d'Italia abbia il significato di distinguere sul piano degli oneri da ridurre tra vecchi e nuovi contratti, l'art. 11-*octies* della legge 106 del 2021 mantiene – nel suo complesso e ove incide sull'art. 125-*sexies* t.u.b. – un contenuto precettivo e non risulta vuotato di significato (pp. 7-10 della motivazione). Ciò, in ragione del fatto che esso contiene disposizioni ulteriori e nuove, queste ultime effettivamente destinate sul piano intertemporale ai nuovi contratti: il riferimento va alle già menzionate regole costituite dal criterio residuale del costo ammortizzato e dal riconoscimento al finanziatore del diritto di regresso nei confronti del mediatore, introdotti dalla formulazione dei nuovi commi secondo e terzo dell'art. 125-*sexies* t.u.b. Al

---

<sup>20</sup> G.d.P. Piombino, 16 agosto 2021, reperibile su *iusletter.com* e su *expartecreditoris.it*.

<sup>21</sup> Trib. Genova, 12 ottobre 2021, n. 2248, reperibile su *dirittodelrisparmio.it*.

<sup>22</sup> Trib. Savona, 15 settembre 2021, n. 680, reperibile su *dirittobancario.it*, con commento di B. CAMPAGNA.

contempo, il tribunale ligure osserva che il secondo comma della norma può e deve dunque essere interpretato in senso conforme a *Lexitor* – sicché «il principio di irretroattività sancito dall’art. 11-*octies* non può che riferirsi ai commi 2 e 3 dell’art. 125-*sexies* t.u.b. e cioè ai commi di nuova introduzione» (p. 10) – diversamente occorrendo procedere alla sua disapplicazione per contrarietà al diritto europeo<sup>23</sup>.

Anche le quattro pronunce del Tribunale di Napoli<sup>24</sup> affrontano l’interpretazione del secondo comma dell’art. 11-*octies* e concludono nel senso che sia possibile e quindi doverosa la sua interpretazione in senso conforme ai principi affermati dalla sentenza *Lexitor*, con l’effetto di imporre anche per i vecchi contratti la riduzione di tutti gli oneri economici del credito (anche se nel contesto di queste pronunce, a dire il vero, non si sviluppa il punto di quale sarebbe il significato specifico da attribuirsi alla disposizione di diritto transitorio). Ulteriore snodo condiviso con la pronuncia ligure si registra laddove il tribunale campano prospetta l’alternativa, ritenuta altrimenti inevitabile, della disapplicazione per contrarietà al diritto europeo della norma intertemporale. Quanto agli ulteriori argomenti spesi, le prime due decisioni (in senso cronologico) evidenziano concordemente, sulla scia di quanto rilevato dalla prima dottrina espressasi sul tema, che, se letta nel senso di escludere che ai vecchi contratti si applichi la *regula iuris* formulata da *Lexitor* (soluzione, nel caso di specie, caldeggiata dall’intermediario resistente), la disposizione di diritto transitorio appare «confliggere con il sistema della gerarchia delle fonti dell’ordinamento ... nella misura in cui determinerebbe la prevalenza di una fonte secondaria interna ... rispetto ad una fonte primaria e alla sua corretta interpretazione fornita dalla Corte di giustizia»<sup>25</sup>. Nelle altre due decisioni – l’ultima cronologicamente successiva alla pubblicazione della decisione del Collegio di Coordinamento, di cui dà rapidamente conto per poi espressamente discostarsene – si scorge la

---

<sup>23</sup> Si vedano anche le considerazioni sviluppate dal Tribunale sull’impossibilità di valorizzare il testo del vecchio art. 125-*sexies* t.u.b., a p. 6 della motivazione (in linea con quanto rilevato sopra nelle note nn. 4 e 5).

<sup>24</sup> Si tratta delle pronunce di Trib. Napoli Nord 23 settembre 2021 e 7 ottobre 2021 di Trib. Napoli del 13 ottobre 2021 e 22 ottobre 2021, tutte reperibili su *dirittobancario.it*.

<sup>25</sup> Trib. Napoli Nord 23 settembre 2021 e 7 ottobre 2021, *cit.* Il virgolettato nel testo si trova a p. 6 di entrambe le decisioni.

convinzione, anche questa già espressa in dottrina, secondo cui in ogni caso le «norme secondarie» evocate dal secondo comma dell'art. 11-*octies* non sono tali da legittimare univocamente la distinzione di trattamento disciplinare tra vecchi e nuovi contratti in sede di estinzione anticipata. Ciò, in considerazione del loro «carattere programmatico, indicativo, a volte interlocutorio, a volte sanzionatorio, di non chiara interpretazione», sicché a ben vedere tali provvedimenti – si rileva in motivazione – «non sono suscettibili di una diretta applicazione se non via interpretativa di una norma già completa nel suo precetto»<sup>26 27</sup>.

##### 5. (Segue) *La rimessione alla Corte Costituzionale da parte del Tribunale di Torino*

Nella più recente presa di posizione che si registra in giurisprudenza, il Tribunale di Torino ha ritenuto di non decidere la controversia sottoposta al suo esame e di sollevare questione di legittimità costituzionale dell'art. 11-*octies*, comma secondo<sup>28</sup>.

---

<sup>26</sup> Trib. Napoli del 13 ottobre 2021 e 22 ottobre 2021, *cit.* Il virgolettato nel testo si trova a p. 18 della prima e a p. 13 della seconda. A fronte di tali considerazioni, può essere utile riportare quanto si legge sul sito della Banca d'Italia nella sezione «Normativa» (<https://www.bancaditalia.it/compiti/vigilanza/normativa/index.html>): «Il Testo Unico Bancario e il Testo Unico della Finanza attribuiscono alla Banca d'Italia il potere di regolamentare numerosi aspetti dell'attività degli intermediari bancari e finanziari, per assicurare stabilità, efficienza e competitività al sistema finanziario. Gli atti normativi della Banca d'Italia possono assumere forme diverse (disposizioni di vigilanza, regolamenti, circolari) e presentano di regola un contenuto spiccatamente tecnico-finanziario. La Banca d'Italia diffonde anche comunicazioni concernenti aspetti o profili specifici delle materie regolamentate - non destinati ad essere inseriti in atti normativi ma che possono contenere integrazioni e precisazioni della disciplina». Si noti che nella stessa pagina si legge che: «Le fonti secondarie sono rappresentate dalle delibere del CICR».

<sup>27</sup> Si aggiunga infine che sia la decisione del Tribunale di Savona che le quattro pronunce napoletane escludono concordemente la strada di un nuovo rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia che sia funzionale a “limitare nel tempo” gli effetti della pronuncia Lexitor, alla luce dei limiti predicati dalla Corte di Giustizia per il ricorso a tale tecnica (v. la nota n. 10 che precede).

<sup>28</sup> Si tratta dell'ordinanza di Trib. Torino, 2 novembre 2021, pubblicata su *dirittobancario.it*. L'ordinanza è stata resa quando il presente lavoro era già in bozze. Si auspica quindi di offrirne un'utile descrizione. Non si è invece potuto, nell'ambito di queste note, svilupparne in chiave critica i notevoli profili di complessità (cui si accenna *infra* nella nota n. 36).

Nell'articolata motivazione a sostegno della rimessione, il Tribunale ripercorre in primo luogo le vicende che hanno segnato in Italia l'interpretazione del diritto alla riduzione del costo del credito di cui all'art. 125-*sexies* t.u.b. L'attenzione si ferma quindi sui provvedimenti dell'Autorità di Vigilanza intervenuti dal 2009 al 2018. A questo riguardo, il giudice non si limita a rilevare che essi davano conto della distinzione operata dalle imprese tra oneri *up-front* e oneri *recurring* (così in un certo senso implicitamente legittimandola, come nella sostanza argomenta il Collegio di Coordinamento). Osserva invece che tali provvedimenti riflettevano una precisa concezione della materia della riduzione del costo del credito elaborata dalla Banca d'Italia e fondata non solo sul vecchio testo dell'art. 125-*sexies* t.u.b., ma anche su appigli di taglio civilistico che consentirebbero di concludere sulla base dei principi nel senso della tendenziale irripetibilità degli oneri *up front* (pp. 4-5 della motivazione)<sup>29</sup>. Svolto questo rilievo, l'attenzione si concentra sull'assetto disciplinare stabile nel «diritto applicato» in Italia fino alla pronuncia Lexitor, il cui contenuto viene ampiamente descritto, per poi volgere alla giurisprudenza italiana successiva che ne ha accolto i principi (pp. 6-7).

---

<sup>29</sup> Si tratta del passaggio alle pp. 4-5 riportato di seguito: «L'interpretazione di Banca d'Italia può essere elaborata in questi termini. Oggetto del diritto alla riduzione sono interessi e costi non ancora maturati alla data dell'estinzione anticipata. Gli interessi maturano giorno per giorno, come frutti del capitale concesso in godimento e cessano di prodursi con il rimborso anticipato. Gli altri oneri e costi consistono nel riaddebito al consumatore di una spesa fatta dall'intermediario per suo conto o nella remunerazione di un'attività propria dell'intermediario. La maturazione coincide, in tal caso, con il compimento della prestazione remunerata, sia essa funzionale alla conclusione del contratto (istruttoria, mediazione creditizia ecc.) o alla sua esecuzione (elaborazioni e comunicazioni in corso di contratto, prestazione della copertura assicurativa ecc.). Le spese che riguardano attività fatte prima del contratto non possono, pertanto, essere mai rimborsate (ad es. spese di istruttoria, perizia, compenso del mediatore creditizio o dell'agente), mentre quelle che dipendono dall'esecuzione sono oggetto di sgravio, o di rimborso se anticipate, se la prestazione non ha avuto luogo in conseguenza dell'estinzione anticipata. L'art. 125-*sexies* TUB (ex d.lgs. 141/2010) consente questa lettura [...]. Al di là della pura sistemazione concettuale, l'irripetibilità di una parte del costo totale del credito è anche coerente con un principio di diritto civile, ossia che lo scioglimento anticipato del contratto, per recesso libero di una delle parti, non dovrebbe normalmente pregiudicare i diritti già acquisiti, nel corso dell'esecuzione anteriore al recesso (cfr. art. 1373 co. 2 c.c.) e tanto meno quelli anteriori al contratto stesso».

Nel secondo snodo della motivazione l'attenzione si appunta sull'art. 11-*octies*, comma secondo. Sul profilo del significato precettivo proprio di tale disposizione, il Tribunale di Torino mostra di condividere la lettura della decisione che si annota. «L'integrazione nella norma primaria degli orientamenti di Banca d'Italia 'vigenti alla data della sottoscrizione dei contratti'» – si legge a p. 11 – ha inequivocabilmente la portata di distinguere la disciplina della riduzione del costo del credito tra vecchi e nuovi contratti, autorizzando per i primi il trattenimento degli oneri *up front*. In altri termini, la norma di diritto transitorio, letta nel contesto in cui si iscrive, «non consente di disconoscere la scelta del legislatore di dichiarare, nel suo insieme, l'art. 125-*sexies* t.u.b. novellato applicabile soltanto ai contratti sottoscritti successivamente alla sua entrata in vigore» (p. 11). Riprendendo e dando sviluppo ulteriore ad alcuni rilievi del Collegio di Coordinamento, si osserva che la scelta sottesa alla norma in discorso corrisponde ad un'opzione per una «politica gradualistica», tendente a salvaguardare i «diritti acquisiti» dall'impresa in relazione al definitivo trattenimento degli oneri *up front* rispetto ai vecchi contratti (p. 11).

Assunta questa lettura della disposizione in discorso, la motivazione del giudice piemontese segue in linea di massima i passi logici svolti dalla decisione dell'Arbitro. In termini però tutt'altro che dubitativi, rileva anzitutto il palese contrasto tra la norma così intesa e il sovraordinato diritto europeo alla riduzione del costo del credito come interpretato in modo vincolante dalla sentenza *Lexitor*. Ritiene poi di escludere la possibilità di un'interpretazione conforme alla luce della ritenuta univocità di significato della disposizione di diritto transitorio. Il Tribunale afferma anzi che l'intenzione che la norma sottende sia proprio quella di provocare «un'antinomia» tra diritto interno e diritto europeo non risolubile sul piano ermeneutico: «con l'art. 11-*octies* co. 2 lo Stato italiano s'è reso *post factum* deliberatamente inadempiente alla direttiva, creando un caso-limite nel quale l'autorità giudiziaria, usando gli strumenti ordinari di interpretazione [...] non è più in grado di interpretare l'art. 125-*sexies* t.u.b. (ex d.lgs. 141/2010), come integrato dall'art. 11-*octies* co. 2 del dl 73/2021, in conformità alla corrispondente previsione della Direttiva, come interpretata dalla Corte di Giustizia» (p. 12). Da quest'angolo visuale, vengono passate in rassegna le differenti posizioni sul punto già espresse dal Collegio ABF di Roma (in sede di rimessione al Coordinamento) e dal Tribunale di

Savona, che sono ritenute non condivisibili da un lato per il peso determinante che il Tribunale di Torino, come l'Arbitro, ritiene di attribuire alla volontà politica che la norma esprime, e, dall'altro, per la necessità logica di evitare la conseguenza di una interpretazione abrogativa della stessa (p. 13). Scartata questa strada, il giudice piemontese ritiene altresì preclusa l'alternativa della disapplicazione diretta della norma europea, con rilievi analoghi a quelli svolti dal Collegio di Coordinamento in merito alla mancanza di effetti diretti tra i privati della direttiva.

Si approda infine alla valutazione di conformità della norma di diritto transitorio così interpretata rispetto ai parametri costituzionali. Su questo profilo, il Tribunale di Torino rileva che, a livello istituzionale, «non rientra nella discrezionalità del singolo stato membro la limitazione dell'efficacia nel tempo di una direttiva o, in termini equivalenti, della sentenza della Corte di giustizia che determina i limiti in cui le norme della direttiva hanno efficacia e devono essere applicate» (p. 15)<sup>30</sup>. Pertanto, «sia la limitazione del recepimento di *Lexitor* ai soli contratti successivi al 25 luglio 2021 (secondo comma, primo periodo), sia la riformulazione del previgente art. 125-*sexies* (secondo comma, secondo periodo) che ha l'effetto di rendere ragionevolmente impossibile all'autorità giudiziaria di continuare a interpretare l'art. 125-*sexies* TUB secondo il principio di *Lexitor*, con riguardo ai contratti anteriori al 25 luglio 2021, appaiono in violazione della Direttiva, come interpretata dalla Corte, e mediamente anche degli articoli 11 e 117 primo comma della Costituzione»<sup>31</sup>. Al contempo, «l'attuale testo dell'art. 125-*sexies* TUB recepisce chiaramente la sentenza e che il comma 2 dell'art. 11-*octies*, introducendo una differenza di trattamento non giustificata dalle fonti europee, tra contratti anteriori e successivi al 25 luglio 2021, risulta

---

<sup>30</sup> Sull'eccezionale potere di limitare nel tempo gli effetti delle proprie pronunce, che compete solo alla Corte di Giustizia nel contesto della singola decisione pregiudiziale, v. la precedente nota n. 10.

<sup>31</sup> Si tratta dei medesimi parametri costituzionali già evocati da G. MUCCIARONE, *op. cit.*, e U. MALVAGNA, *La nuova disciplina dell'estinzione anticipata dei contratti di credito ai consumatori: tra legge, ABF e Corte Costituzionale*, cit. (i quali tuttavia ritengono possibile l'interpretazione conforme al diritto europeo della norma di diritto transitorio).

discriminatorio e sospetto di illegittimità costituzionale anche ai sensi dell'art. 3 Cost.»<sup>32</sup> (p. 16).

#### 6. *Brevi considerazioni conclusive e possibili scenari*

La decisione del Collegio di Coordinamento in commento – che di per sé segna un arretramento sul piano dell'effettività della tutela dei consumatori in punto di corretta attuazione dell'art. 16 della dir. 48 del 2008 – non può essere condivisa nel suo percorso motivazionale, né negli esiti cui approda. In particolare, contrariamente a quanto ritenuto dall'Arbitro (e da ultimo anche dal Tribunale di Torino), seguendo una linea invece condivisa da alcuni autori pronunciatisi per primi in materia, l'interpretazione conforme ai principi *Lexitor* del secondo comma dell'art. 11-*octies* appare possibile, in quanto non conduce ad una lettura della norma eccedente rispetto ai margini consentiti dalla sua formulazione letterale. Ciò per il carattere tutt'altro che univoco (nel senso della legittimità della prassi di trattenere gli oneri *up front*) delle «norme secondarie» dell'Autorità di Vigilanza che la disposizione richiama<sup>33</sup>. Da quest'angolo visuale, non può concordarsi in merito alla rilevanza determinante attribuita dall'Arbitro all'argomento di taglio “storico” sviluppato in motivazione. Di là dal necessario concorso di

---

<sup>32</sup> La sostanza di questo tratto della motivazione evoca le considerazioni di A.A. DOLMETTA, nell'intervista indicata alla nota n. 14 che precede, il quale ritiene necessario il ricorso alla Consulta per comporre il conflitto tra la norma e la Costituzione.

<sup>33</sup> Nonostante lo sforzo dell'Arbitro di trascrivere le «norme secondarie» dell'Autorità di Vigilanza (v. p. 9), dai relativi passaggi non si desume – tantomeno in modo univoco – l'autorizzazione a distinguere tra oneri *up front* e oneri *recurring* in sede di estinzione anticipata (il motivo ricorrente è semmai quello dell'esortazione alla «trasparenza» nell'indicazione delle condizioni di riduzione). Al contempo, non pare pregnante l'argomento (a p. 10 in alto) che il Collegio trae dal confronto tra le disposizioni emesse fino al 2018 e il provvedimento del 4 dicembre 2019 che, a valle della pronuncia *Lexitor*, precisa che gli intermediari dovevano conformarsi anche rispetto ai vecchi contratti. Il fatto che tale indicazione fosse assente nelle disposizioni emesse fino al 2018 non dimostra che tali norme autorizzassero gli intermediari a trattenere i costi *up front*: attesta invece che fino al 2018 le norme dell'Autorità di Vigilanza non hanno espressamente indicato quali oneri dovessero essere restituiti (e quali, nel caso, potessero all'opposto essere trattenuti definitivamente dall'impresa). In questo senso sono da precisarsi le considerazioni sul contenuto delle disposizioni di trasparenza in tema espresse nel mio contributo indicato alla nota n. 3 che precede.

tale criterio ermeneutico con gli altri a disposizione dell'interprete (passaggio che si ritiene essere stato omissso dal Collegio), non sembra corretto intenderlo come volto a valorizzare esclusivamente l'intento politico – che peraltro non risulta dichiarato, in sede parlamentare, dai proponenti della disposizione – che la norma sottenderebbe, così evitando di misurarsi con l'esigenza, imposta dai principi che governano l'interpretazione, di un armonico inserimento della disposizione nell'ordinamento inteso nel suo complesso sistematico<sup>34</sup>

<sup>35</sup>

Il secondo comma dell'art. 11-*octies* dovrebbe dunque essere interpretato in senso conforme al diritto europeo. In particolare, appare convincente la soluzione proposta dall'ultimo autore espressosi sul tema, nel senso che – oltre all'effetto di riferire ai nuovi contratti gli elementi di novità del nuovo art. 125-*sexies* t.u.b. (criterio di calcolo residuale e regresso verso il mediatore) – il significato proprio della

---

<sup>34</sup> Per l'attuale concezione del canone di interpretazione storica, necessariamente sganciato dalla indagine «di quali furono i motivi diretti della formulazione della norma» (e dunque dalla ricerca della «volontà del legislatore inteso come persona fisica»), e orientato a ricercare «la volontà, lo spirito, il contenuto obbiettivo della norma in sé considerata», v. la fondamentale voce di M. ROTONDI, *Interpretazione del diritto*, in *Novissimo Dig.*, VIII, Torino, 1968, 896.

<sup>35</sup> La notazione critica contenuta nel testo può in linea di massima rivolgersi anche alla pronuncia del Tribunale di Torino, considerato che quest'ultima nella sostanza condivide l'argomento di taglio storico sviluppato dal Collegio di Coordinamento, valorizzando la volontà politica sottesa alla norma.

Al contempo, nei limiti in cui è consentito dall'impostazione del presente contributo (v. su cui v. la nota n. 28 che precede), occorre notare che il giudice piemontese introduce temi ulteriori e che meritano un cenno di approfondimento. Il riferimento va in particolare al passaggio ove l'estinzione anticipata viene concepita in chiave civilistica come recesso da parte del cliente (p. 5), e al (conseguenziale) punto ove si afferma che le commissioni pagate in sede di stipula e qualificate *up front* costituiscono «diritti acquisiti» dall'impresa (p. 11). Tale ragionamento risulta assai opinabile solo che si consideri, da un lato, il diverso (e a me pare preferibile) inquadramento dell'estinzione anticipata come facoltà alternativa di adempimento dell'obbligazione restitutiva concessa direttamente dalla legge (in questo senso v. A.A. DOLMETTA-A. SCIARRONE ALIBRANDI, *op. cit.*) e, dall'altro, la notazione secondo cui, pur essendo state versate in sede di stipula, le commissioni che sono costo del credito trovano in linea di principio ragione causale nella prestazione caratteristica del finanziatore rappresentata dal differimento temporale (= la promessa di non esigere per un certo tempo la restituzione del capitale (v. sul punto la nota n. 4).

disposizione intertemporale in discorso è quello di autorizzare le imprese a prescindere da una nuova informativa contrattuale (coerente ai principi Lexitor) sugli effetti dell'estinzione anticipata dei vecchi contratti<sup>36</sup>.

Chiarito ciò, sia consentito un ultimo rilievo in merito alla motivazione della decisione che si annota. Specie se si seguono da qualche tempo le vicende dell'estinzione anticipata e del diritto del consumatore alla riduzione del costo del credito, balza agli occhi il passaggio, cui si è già accennato sopra al n. 2 e che si riporta di seguito per esteso, ove l'Arbitro rileva che la volontà politica sottesa alla norma di diritto transitorio, e cioè quella di «riportare indietro le lancette dell'orologio», «può avere tratto ispirazione da intuibili esigenze equitative di rispetto dell'affidamento riposto dalle parti negli assetti contrattuali concordati secondo le indicazioni consolidate della giurisprudenza nazionale anteriore alla sentenza Lexitor» (p. 12). Quello che preme evidenziare è che non pare potersi ricondurre alla «giurisprudenza nazionale» l'«affidamento» ingenerato nelle imprese del settore in merito alla legittimità della prassi tradizionale di trattenerne alcuni costi previa loro qualificazione come *up front*. In altre e più semplici parole, non si può ritenere la giurisprudenza responsabile del disordine interpretativo in cui si è venuto a trovare il mercato all'esito della pronuncia Lexitor e dei conseguenti problemi pratici in cui è incorso. Le indicazioni dei tribunali italiani non erano forse univoche nel senso di vietare alle imprese di trattenerne gli oneri *up front*, ma non pare questo il punto. Invero, nel settore del credito al consumo, e più in generale nel contesto del mercato bancario quale «mercato regolato»<sup>37</sup>,

---

<sup>36</sup> U. MALVAGNA *La nuova disciplina dell'estinzione anticipata dei contratti di credito ai consumatori: tra legge, ABF e Corte Costituzionale*, cit. La diversa soluzione suggerita da G. MUCCIARONE, *op. cit.*, pare privare di autonomo significato il secondo comma dell'art. 11-*octies*. Infatti, anche in mancanza di tale disposizione, e in considerazione della perdurante vigenza delle disposizioni di trasparenza, le imprese dovrebbero a rigore procedere ad una nuova informativa contrattuale degli effetti dell'estinzione dei vecchi contratti coerente ai principi Lexitor.

<sup>37</sup> Ove la regolazione è operata anzitutto attraverso il diritto dei contratti: v. F. CAFAGGI, *Il diritto dei contratti nei mercati regolati: ripensare il rapporto tra parte generale e parte sociale*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2008, pp. 95 ss. Per una prospettiva ricostruttiva orientata dal perno della qualificazione soggettiva di una parte quale consumatore, v. P. SIRENA, *La tutela del consumatore e la parte generale del contratto*, in F. MACARIO- M.C. MILETTI (a cura di), *Tradizione civilistica e*

la responsabilità relativa all'attività di specificazione delle modalità con cui devono essere applicate dalle imprese le norme di legge conformative dei prodotti (come l'art. 125-*sexies* t.u.b.) ricade primariamente (non tanto sui giudici di merito ma) sull'Autorità di Vigilanza, secondo il preciso disegno voluto dal sistema (cfr. artt. 5, 53 e 117, comma 8 t.u.b.)<sup>38 39</sup>.

---

*complessità del sistema. Valutazioni storiche e prospettive della parte generale del contratto*, Milano, 2006, 617 ss.

<sup>38</sup> La precisazione si rinviene anche nella pronuncia del Tribunale di Torino, laddove a p. 12, rileva che «oltre alla giurisprudenza, si possono menzionare, come fonti del legittimo affidamento sulla stabilità degli assetti contrattuali, la messe di disposizioni, orientamenti e comunicazioni emessi da Banca d'Italia ...».

<sup>39</sup> Volendo aprire un po' lo spettro del discorso, deve dirsi che non pare condivisibile la tendenza, che emerge diffusa tra gli operatori, di individuare la fonte principale dei problemi derivanti dall'adeguamento a Lexitor *al di fuori* dell'ambito dell'autonomia dell'impresa predisponente (a seconda delle sensibilità e con varie sfumature: nell'attività dell'Autorità di Vigilanza, nella giurisprudenza interna ed europea o infine nella mutevolezza degli orientamenti ABF in tema).

Per sviluppare questa notazione, va anzitutto rilevato che la norma europea (art. 16 dir. 48/2008) è (da sempre) chiara nell'individuare come oggetto della riduzione il «costo totale del credito» (come definito dalla direttiva all'art. 3, comma 1, lett. g) in ottica inclusiva di tutti i possibili oneri economici, eccettuate le sole spese notarili). La vecchia formulazione dell'art. 125-*sexies* t.u.b. era forse meno precisa in questo senso. Tuttavia, anche prescindendo per un momento dall'approccio letterale preferibile rispetto alla precedente disposizione (v. *supra* nota n. 4), deve dirsi che, in linea di principio, la singola impresa – operando secondo la diligenza professionale che è tenuta ad osservare anche nella fase di predisposizione del contratto – avrebbe potuto pervenire alla conclusione che conformare un prodotto di credito al consumo escludendo una porzione consistente degli oneri dal perimetro della riduzione fosse una prassi quantomeno *dubbia* in punto di conformità al sovraordinato diritto europeo (specie considerato il profilo dell'effettività del diritto del cliente alla riduzione). E forse tale consapevolezza si poteva raggiungere piuttosto agevolmente, se si considera che le imprese bancarie sono necessariamente dotate di un supporto interno per la gestione del «rischio legale» (*i.e.* di violazione della legge) costituito dalla funzione interna di *compliance* (si veda in tema la Circolare n. 285 del 17 dicembre 2013 «Disposizioni di vigilanza per le banche», 34° aggiornamento, reperibile su <https://www.bancaditalia.it/compiti/vigilanza/normativa/archivio-norme/circolari/c285/>, Parte I, Titolo IV, Cap. 3, Sez. III ed in particolare il par. 3.2. rubricato 3.2 «Funzione di conformità alle norme (*compliance*)», ove emergono stringenti requisiti e obbiettivi di competenza, sostanziale indipendenza ed efficacia dell'azione di questa articolazione interna dell'impresa; la stringa «rischio legale» era invece contenuta nelle abrogate «Disposizioni di Vigilanza in materia di *compliance*» del 10 luglio 2007).

Quanto ai possibili scenari futuri si deve anzitutto dire che è assai probabile che il contenzioso in tema di estinzione anticipata dei contratti di credito al consumo sia destinato, nei prossimi mesi e almeno fino alla pronuncia della Corte Costituzionale, ad abbandonare l'Arbitro e defluire verso la giurisdizione ordinaria<sup>40</sup>. Più in particolare,

---

Da questa visuale, anche l'eventuale «affidamento» sulla stabilità della distinzione operata nei vecchi contratti tra oneri *up front* e *recurring* – ingenerato in capo alle imprese dalle disposizioni della Banca d'Italia – sfuma nella sua rilevanza (perde insomma il connotato della ragionevolezza, o se si vuole diventa in una certa misura colpevole), rappresentando i provvedimenti dell'Autorità di settore norme secondarie, comunque sotto-ordinate alla direttiva europea, e che non possono porsi in contrasto con essa. Del resto, su di un piano generale, l'attività dell'Autorità di Vigilanza si sovrappone e non sostituisce mai la principale fonte di eteronomia regolatoria del diritto privato costituita dalla legge primaria (il rilievo è di U. MALVAGNA, *Contratti di settore e struttura della contrattazione d'impresa*, in *Analisi giur. econ.*, 2018, 2, 478-483). Il fatto che nel mercato europeo fosse diffusa la prassi di distinguere tra oneri in sede di riduzione non impatta sulle suesposte considerazioni.

In prospettiva ricostruttiva, per la valorizzazione del ruolo della funzione di *compliance* nell'impresa bancaria, complementare rispetto a quello svolto dall'Autorità di Vigilanza, e per il rilievo per cui l'attività di questa articolazione interna della banca deve essere orientata dal principio di «prudenza tecnico-giuridica» nell'ottica di evitare lo sviluppo di prassi rischiose perché discutibili nella loro conformità alla legge, specie nella fase di predisposizione del contratto-prodotto, v. i rilievi di A.A. DOLMETTA, *Funzione di compliance e vigilanza bancaria*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2012, II, 120 ss., ove si dà conto di vicende storiche in cui al contrario le banche si sono addentrate in «soluzioni operative intrinsecamente avventurose» dal punto di vista tecnico-giuridico.

<sup>40</sup> Anche U. MALVAGNA, *La nuova disciplina dell'estinzione anticipata dei contratti di credito ai consumatori: tra legge, ABF e Corte Costituzionale*, cit., condivide questa previsione.

La prospettiva segnalata nel testo potrebbe peraltro sollecitare una riflessione sul ruolo che va assumendo l'Arbitro nel sistema. Infatti, la peculiare utilità di questo strumento di *ADR* per il mercato del credito è stata ravvisata, per lo meno sino ad ora, nella sua attitudine a ricevere e trattare, in modo più efficiente rispetto alla giurisdizione ordinaria, proprio controversie della specie di quelle che prendono forma nel particolare ambito della riduzione del costo del credito (= di taglio contenuto, di carattere seriale e ad elevato tasso di tecnicismo), così orientando l'operatività delle imprese al rispetto della legge. In questo senso, per tutti, A.A. DOLMETTA, *Trasparenza dei prodotti bancari. Regole*, Bologna, 2013, 25 ss., che pone l'accento sul ruolo conformativo rivestito dall'ABF con riferimento a prassi di impresa che danno vita a controversie di piccolo taglio, e P. SIRENA, in *I sistemi di ADR nel settore bancario e finanziario*, in *Nuova giur. comm.*, 2018, 9, e in *Il ruolo dell'Arbitro Bancario Finanziario nella regolazione del mercato creditizio*, in

si può immaginare, da un lato, che le nuove pretese “restitutorie” dei clienti saranno azionate avanti ai giudici di merito e, dall’altro, che molti tra coloro che hanno presentato ricorso in ABF rinunceranno allo stesso prima che venga deciso, per eventualmente ripresentarlo all’esito della pronuncia della Consulta, e di un nuovo possibile mutamento di rotta nell’orientamento dei Collegi. Va detto per inciso che l’impresa non potrà opporsi a tale iniziativa del cliente, posto che correttamente l’Arbitro esclude la necessità di qualsivoglia forma di “accettazione” della resistente a fronte della rinuncia, che produce sempre effetto estintivo<sup>41</sup>. Di non immediata soluzione si presenta poi il problema della gestione dei procedimenti in tema che per qualsivoglia motivo non lasceranno l’ABF, anche se evidenti ragioni di opportunità suggeriscono di rinviarne l’esame ad un momento successivo alla pronuncia della Consulta<sup>42</sup>.

---

*Osservatorio del diritto civile e commerciale*, 2017, 1, 3 ss. il quale valorizza il ruolo «quasi-regolatorio» dell’Arbitro nella risposta ad interessi «diffusi e frammentati» tendenzialmente gestiti in modo inefficiente dalla giurisdizione ordinaria).

<sup>41</sup> Per tutti ABF Bari 7374/2020 e ABF Bari 9394/2018, quest’ultima ove si legge che «Al riguardo, osserva il Collegio che nel procedimento ABF non è richiesta un’accettazione espressa da parte dell’intermediario della rinuncia comunicata dal ricorrente, essendo il ricorrente dominus del procedimento. Ai sensi della Sez. VI.2 delle ‘Disposizioni sui sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie in materia di operazioni e servizi bancari e finanziari’, d’altronde, ‘in caso di rinuncia al ricorso, inequivocabilmente espressa dal ricorrente (o dal suo rappresentante in possesso di specifica procura), il collegio dichiara l’estinzione del procedimento’»).

Del resto, la piena disponibilità dello strumento di ADR da parte del cliente riflette l’orientamento mono-vettoriale della normativa sostanziale che lo stesso è chiamato ad applicare (la trasparenza), e appare pienamente coerente con la sua funzione conformativa e regolatoria del mercato bancario (v. la nota precedente).

<sup>42</sup> Le ipotesi di “sospensione” (in senso lato) contemplate dalle regole di funzionamento dell’Arbitro («Risoluzione stragiudiziale delle controversie in materia di operazioni e servizi bancari e finanziari (Arbitro Bancario Finanziario)», aggiornamento del settembre 2020, reperibili sul sito di Banca d’Italia) sono essenzialmente costituite dalla sospensione del procedimento per necessità di integrazioni documentali o chiarimenti, e dal rinvio (di un massimo di novanta giorni) per essere le questioni oggetto di ricorso «di particolare complessità» (e costituiscono indici di particolare complessità, secondo tali regole, «tra l’altro, la specificità della materia trattata, la rimessione del ricorso, o di altro ricorso pendente sulla stessa questione, al Collegio di coordinamento o la richiesta da parte del Collegio (incluso il Collegio di coordinamento) di ulteriori elementi istruttori alle parti»).

Per quanto concerne l'atteggiamento dei giudici di merito, pare a chi scrive che lo spaccato offerto dalle decisioni passate in rassegna e pubblicate da luglio 2021 ad oggi renda ragionevole prevedere che i tribunali italiani si fermeranno a valutare la (manifesta) tensione tra la norma di diritto transitorio e le fonti sovraordinate. Nei casi in cui la causa sta muovendo verso la sua conclusione, e risulta quindi sostanzialmente precluso l'utilizzo dei poteri ordinatori nell'ottica della definizione di un calendario che consenta di attendere l'intervento della Consulta, sembra di poter dire, in base all'esperienza giudiziaria, che l'iniziativa più comune sarà la sospensione del procedimento fino all'arresto del giudice delle leggi<sup>43</sup>. Alcuni procederanno forse ad un

---

<sup>43</sup> La sospensione della cause civili per la pendenza di una questione di costituzionalità sollevata da altro giudice è prassi diffusa nei tribunali italiani. Ne danno conto, ad esempio, A. CARRATTA-C. MANDRIOLI, *Corso di diritto processuale civile*, II, Torino, 2021, 188-190, i quali rilevano che la stessa non poggia – almeno a livello teorico – su basi particolarmente solide.

In effetti, la dottrina processualistica la inquadra, insieme alla pendenza di una questione pregiudiziale europea ex art. 267 TFUE proposta da altro giudice, tra i casi di c.d. “sospensione impropria” e dubita della sua ammissibilità, o se non altro della sua riconducibilità all'ipotesi prevista dall'art. 295 c.p.c. (per tutti, oltre agli a. appena citati, si v. A. BRIGUGLIO, *Pregiudiziale comunitaria e processo civile*, Padova, 1996, 74 ss e 400 ss.). Quanto alla giurisprudenza, quella ordinaria di legittimità, di là da alcune posizioni rigide espresse più che altro in un passato non recentissimo (v. ad esempio Cass. 14.9.1999, n. 9813, in *Giust. Civ.*, 1999, 12, 3273 ss. con nota adesiva di A. BRIGUGLIO) pare oggi orientata ad ammettere questo tipo di provvedimento assai frequente nella prassi (si veda ad esempio Cass. SS. UU., 16 aprile 2012, n. 5943), in certi casi anche affermandolo espressamente (Cass. 9 ottobre 2006, n. 21635 in tema di c.d. pregiudiziale comunitaria). La giurisprudenza amministrativa è dal canto suo ormai consolidata nel consentire la sospensione e nel ricondurla all'art. 295 c.p.c.. Per tutte, si veda Cons. Stato, Ad. Plen., 8 ottobre 2014, n. 28, che motiva rilevando che tale soluzione «è conforme sia al principio di economia dei mezzi processuali che a quello di ragionevole durata del processo (che assumono un particolare rilievo nel processo amministrativo in cui vengono in gioco interessi pubblici), in quanto, da un lato, si evitano gli uffici, alle parti e alla medesima Corte costituzionale dispendiosi adempimenti correlati alla rimessione della questione di costituzionalità, dall'altro, si previene il rischio di prolungare la durata del giudizio di costituzionalità (e di riflesso di quelli *a quo*)». Apparentemente chiusa alla prospettiva della sospensione è invece la Corte Costituzionale (si veda la recente ordinanza n. del 8 settembre 2020 n. 202, ove si legge che: «la sospensione di un giudizio per la pendenza di una questione di legittimità costituzionale sollevata in un giudizio diverso è, quindi, un provvedimento difforme da univoche indicazioni normative»).

tentativo di interpretazione dell'art. 11-*octies*, comma secondo, in senso conforme al diritto europeo (passaggio che risulta comunque dovuto sulla base dei principi della materia), oppure riterranno di arricchire il dibattito sulla sua legittimità costituzionale con un'ulteriore rimessione alla Consulta (con le stesse o altre motivazioni rispetto a quelle offerte dal Tribunale di Torino)<sup>44</sup>. Nemmeno sembra da scartare la strada della immediata disapplicazione della norma interna per contrasto con quella europea.

Si auspica infine che la Corte Costituzionale tenga fermi nell'ordinamento interno i principi sanciti dalla sentenza *Lexitor* rispetto a tutti i contratti del settore, indipendentemente dal momento della loro stipula. Ciò nell'ottica del perseguimento dell'obiettivo della tutela effettiva del cliente consumatore, e a prescindere dalla soluzione tecnica che sarà in concreto adottata dalla Consulta (sentenza di accoglimento; pronuncia di inammissibilità o di rigetto con effetto "interpretativo" dell'art. 11-*octies*, comma secondo, in senso conforme al diritto europeo). Tra le opzioni e disposizioni della Corte, da segnalare è anche quella – prospettata in un passaggio dell'ordinanza del Tribunale di Torino<sup>45</sup> – dell'instaurazione di un «dialogo» tra Corti

---

Pare a chi scrive che l'eterogeneità delle posizioni che si registrano in tema suggerisca che esso meriti ulteriore approfondimento (anche in ragione della sua importanza per il sistema), se possibile con un approccio trasversale che componga le esigenze emergenti dai vari ambiti che esso tocca. Ad un primo esame, escludere la possibilità di una qualche forma di arresto temporaneo del procedimento nel caso in cui esso sia prossimo all'epilogo (o financo al giudicato) sembra soluzione irragionevole, potenzialmente foriera di disparità di trattamento di situazioni tra loro uguali, per il fatto che le pronunce della Corte per definizione incidono su tutti i rapporti che non siano ancora "esauriti" (art. 30, comma terzo, legge 11 marzo 1953, n. 87).

<sup>44</sup> I vari giudizi di costituzionalità attivati potranno poi eventualmente essere trattati congiuntamente in base all'art. 15 delle Norme integrative per il funzionamento della Corte Costituzionale (G.U. 7 novembre 2008, n. 261 e ss. mm.) (il cui primo comma recita: «Il Presidente, d'ufficio o a richiesta di parte, può disporre che due o più cause siano chiamate alla medesima udienza o trattate nella medesima riunione in camera di consiglio per essere congiuntamente discusse»).

<sup>45</sup> Il riferimento va al seguente passaggio a p. 15: «Il significato e la portata dell'enunciato della Direttiva che funge, nel presente caso, da parametro integrativo delle norme costituzionali possono quindi ritenersi stabiliti nei termini di cui alla sentenza *Lexitor*, ferma la possibilità che l'Ecc.ma Corte adita, avendo natura di 'giurisdizione nazionale' ex art. 267 comma 3 TFUE anche nei giudizi di legittimità

per il tramite di un rinvio pregiudiziale al giudice di Lussemburgo<sup>46</sup>. Se è vero che, come già segnalato nel corso di queste note, questa opzione tendenzialmente confligge con la giurisprudenza della corte europea (che non ammette limitazioni nel tempo degli effetti delle proprie pronunce operate su successivi rinvii pregiudiziali) non si può escludere che la considerazione della dimensione sovranazionale che la questione dell'adeguamento dei “vecchi” contratti alla pronuncia Lexitor va assumendo porti i giudici di Lussemburgo a concludere diversamente<sup>47</sup>.

---

in via incidentale, proponga nuove questioni pregiudiziali, secondo il principio che essa ha già espresso nell'ordinanza 18 luglio 2013 n. 207».

<sup>46</sup> La prospettiva del dialogo tra le Corti si apre come noto con l'arresto della Consulta del 2013 (n. 270/2013), con il quale – disattendendo il precedente orientamento – il giudice delle leggi ha per la prima sollevato rinvio pregiudiziale avanti alla Corte di Giustizia nel contesto dell'esame di una questione di costituzionalità attivata da un giudice ordinario. La più nota esperienza storica di «dialogo» è ad oggi rappresentata dal «caso Taricco». Sul tema v., per primi riferimenti, B. RANDAZZO, *Le Corti e la fascinazione del 'dialogo': tra cooperazione e negoziazione a margine della vicenda Taricco e dintorni*, C. Amalfitano (a cura di), *Primato del diritto dell'Unione europea e controlimiti: alla prova della "saga Taricco"*, Milano 2018, 300 ss.

<sup>47</sup> In ambito europeo, la tematica della riduzione del costo del credito pare destinata nel prossimo futuro a dare luogo ad accese discussioni anche nel diverso ambito del credito immobiliare ai consumatori (direttiva 2014/17/UE). A questo riguardo, è opportuno segnalare che risulta che la Corte suprema austriaca (*Oberster Gerichtshof*) abbia, ad agosto 2021, rimesso alla Corte di Giustizia un quesito pregiudiziale che, in estrema sintesi, attiene alla doverosità dell'applicazione dei principi Lexitor nel diverso campo del credito immobiliare ai consumatori (si tratta dell'ordinanza OGH 19.8.2021, 5 Ob 66/21y, reperibile al link <https://verbraucherrecht.at/ogh-legt-frage-zur-vorzeitigen-rueckzahlung-bei-hypothekarkrediten-eugh-vor/5992>, e ove la questione pregiudiziale è individuata come segue alle pp. 1-2 dell'ordinanza: «Ist Artikel 25 Abs 1 der Richtlinie 2014/17/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 4. Februar 2014 über Wohnimmobilienkreditverträge für Verbraucher und zur Änderung der Richtlinien 2008/48/EG und 2013/36/EU und der Verordnung (EU) Nr 1093/2010 dahin auszulegen, dass er einer nationalen Regelung entgegensteht, die vorsieht, dass sich im Fall der Ausübung des Rechts des Kreditnehmers, den Kreditbetrag vor Ablauf der bedungenen Zeit zum Teil oder zur Gänze zurückzuzahlen, die vom Kreditnehmer zu zahlenden Zinsen und die von der Laufzeit abhängigen Kosten verhältnismäßig verringern, während es für laufzeitunabhängige Kosten an einer entsprechenden Regelung fehlt?»).

Dalla motivazione dell'ordinanza sembra infatti emergere che la più recente modifica della legge austriaca attuativa della dir. 2014/17 recepisca (anche nel diverso settore del credito immobiliare) i principi Lexitor, che invece non si trovavano riflessi

---

nei vecchi contratti del settore. Il quesito è quindi diretto a comprendere se sia legittimo, per i vecchi mutui austriaci, il trattenimento di alcune commissioni in sede di estinzione anticipata, o se viceversa tale prassi sia (come è stato già affermato da Lexitor per il credito al consumo) illegittima alla luce dell'art. 25 della dir. 2014/17.

Se si è bene intesa la portata della remissione, un'eventuale pronuncia della Corte di Giustizia che aderisse al secondo corno della descritta alternativa avrebbe, ad una prima valutazione, una portata molto rilevante anche nel mercato italiano dei mutui ipotecari ai consumatori. La disciplina italiana dell'estinzione anticipata, in questo diverso settore, è ora contenuta nell'art. 120-*quaterdecies.1*, introdotto anch'esso con l'art. 11-*octies* della legge 106/2021, e in particolare dal punto a) del primo comma, che riprende la vecchia formulazione dell'art. 125-*sexies* t.u.b., prima espressamente richiamata dall'art. 120-*noviesdecies*, comma primo (tale rinvio espresso è coerentemente eliminato dal testo unico ad opera del punto b) del primo comma dell'art. 11-*octies*). La norma recita quindi: «Il consumatore può rimborsare anticipatamente in qualsiasi momento, in tutto o in parte, l'importo dovuto al finanziatore e ha diritto a una riduzione del costo totale del credito, in misura pari all'importo degli interessi e dei costi dovuti per la vita residua del contratto».

Ad oggi, l'ABF sembra escludere che i principi Lexitor si applichino al settore dei mutui ipotecari (si v. ABF Palermo n. 18803 del 11 agosto 2021, secondo cui: «la [...] sentenza della Corte di Giustizia si riferisce esclusivamente alla direttiva 2008/48/CE e non è perciò corretto, sul piano formale, postularne sic et simpliciter la diretta ed automatica applicazione anche alla direttiva 2014/17/UE, sul credito immobiliare al consumatore» (cfr. Coll. Napoli, n. 1753/2021). Ne discende, pertanto, che non potendosi applicare al caso in esame i principi formulati nella nota sentenza "Lexitor", così come invece espressamente richiesto da parte ricorrente, il ricorso non può trovare accoglimento»).



**Ancora un ripensamento sulla natura del diritto ex art. 119, comma 4°, t.u.b.**

**SOMMARIO:** 1. Il rapporto tra gli artt. 119, comma 4°, t.u.b. e 210 c.p.c. nell'attuale giurisprudenza. – 2. Il diritto del cliente alla consegna dei documenti bancari come norma di trasparenza. – 3. La non riconducibilità (anche sul piano temporale) degli estratti conto al quarto comma dell'art. 119 t.u.b. – 4. I soggetti legittimati alla richiesta di copia della documentazione bancaria. – 5. La permanenza sul piano sostanziale dell'istanza giudiziale con cui si esercita il diritto *ex art.* 119, comma 4°, t.u.b.

(Cass., 13 settembre 2021, n. 24641)

*Il diritto spettante al cliente, a colui che gli succede a qualunque titolo o che subentra nell'amministrazione dei suoi beni, ad ottenere, a proprie spese, copia della documentazione inerente a singole operazioni poste in essere negli ultimi dieci anni, ivi compresi gli estratti conto, sancito dal D.Lgs. 1 settembre 1993, n. 385, art. 119, comma 4, recante il testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia, può essere esercitato in sede giudiziale attraverso l'istanza di cui all'art. 210 c.p.c., in concorso dei presupposti previsti da tale disposizione, a condizione che detta documentazione sia stata precedentemente richiesta alla banca, che senza giustificazione non vi abbia ottemperato; la stessa documentazione non può essere acquisita in sede di consulenza tecnica d'ufficio contabile, ove essa abbia ad oggetto fatti e situazioni che, essendo posti direttamente a fondamento della domanda o delle eccezioni delle parti, debbano necessariamente essere provati dalle stesse.*

(A.B.F. Collegio di coordinamento, 22 giugno 2021, n. 15404)

*L'esercizio da parte del cliente, di colui che gli succede a qualunque titolo e di colui che subentra nell'amministrazione dei suoi beni, del diritto di ottenere copia degli estratti conto, se avulso da un'azione di rendiconto nei confronti dell'intermediario, è soggetto alla disciplina dell'art. 119, comma IV, T.U.B.*

1. *Il rapporto tra gli artt. 119, comma 4°, t.u.b. e 210 c.p.c. nell'attuale giurisprudenza*

La controversa interpretazione dell'art. 119, comma 4°, t.u.b. non è destinata a sopirsi. La Corte di Cassazione vi è tornata di recente con la sentenza in commento, distaccandosi dai suoi precedenti su uno dei punti più delicati, e cioè sul rapporto tra tale norma e l'istanza *ex art. 210 c.p.c.* Già prima, peraltro, il tema è stato affrontato anche in seno al Collegio di coordinamento dell'ABF, a dimostrazione della particolare importanza della questione, nonché della non uniformità degli orientamenti emersi tra i singoli Collegi.

Come noto, la questione principale attiene alla possibilità per l'attore di richiedere copia degli estratti conto relativi al rapporto intrattenuto con la banca attraverso l'istanza di esibizione avanzata al giudice e dunque *direttamente* nel corso del giudizio, a prescindere da una precedente richiesta inoltrata alla banca ai sensi dell'art. 119 t.u.b. Invero, anche nel caso in esame, come spesso accade, la controversia muove da un'azione, avanzata dal correntista nei confronti del proprio istituto di credito e volta alla dichiarazione di nullità di clausole contrattuali aventi ad oggetto la determinazione di interessi anatocistici e usurari, nonché alla conseguente ripetizione delle somme indebitamente corrisposte a tale titolo. Il tema, dunque, appare di particolare rilievo (anche) per le implicazioni che esso presenta sotto l'aspetto processuale, segnatamente quello legato ai principi generali in tema di ripartizione dell'onere della prova.

Proprio alla luce di tali interconnessioni, la posizione della giurisprudenza di merito è ferma nell'escludere che il correntista-attore possa avanzare in corso di causa istanza *ex art. 210 c.p.c.* per richiedere documenti che lo stesso, nel diligente assolvimento del proprio onere probatorio, dovrebbe acquisire in via stragiudiziale e prima dell'instaurazione del giudizio. Una simile istanza e anche l'acquisizione disposta in sede di consulenza tecnica d'ufficio verrebbero, viceversa, a supplire all'inottemperanza della parte, in violazione dell'art. 2697 c.c.

Il diverso orientamento seguito dalla Cassazione negli ultimi anni si fonda invece sulla preminente funzione di tutela del cliente assolta dall'art. 119, comma 4°, t.u.b. e sulla sua natura di diritto sostanziale, caratteri dai quali si fa conseguire l'attivabilità della richiesta

documentale anche in corso di causa e mediante istanza *ex art. 210 c.p.c.* Nella sentenza in commento, la Suprema Corte si distacca da questo orientamento, sostenendo, da un lato, che il diritto del cliente ad ottenere copia della documentazione bancaria può essere esercitato in sede giudiziale attraverso l'istanza *ex art. 210 c.p.c.*, «a condizione che detta documentazione sia stata precedentemente richiesta alla banca, che senza giustificazione non vi abbia ottemperato»; dall'altro, che la predetta documentazione non può essere acquisita in sede di c.t.u., qualora «essa abbia ad oggetto fatti e situazioni che, essendo posti direttamente a fondamento della domanda o delle eccezioni delle parti, debbano necessariamente essere provati dalle stesse».

Il diverso punto di vista espresso dalla Suprema Corte nella sentenza in commento, rispetto al suo precedente orientamento, e l'intervento sul tema del Collegio di coordinamento dell'ABF inducono a tornare sull'argomento, non senza ripercorrere i profili la cui interpretazione sembra essere ormai consolidata<sup>159</sup>.

## *2. Il diritto del cliente alla consegna dei documenti bancari come norma di trasparenza*

Onde analizzare i profili più specifici della questione sopra richiamata è opportuno muovere dall'inquadramento dell'art. 119, comma 4°, t.u.b. all'interno della disciplina della trasparenza dei rapporti banca-cliente. Il diritto sancito dalla norma in esame consente al cliente di avere contezza in ogni momento di tutti gli elementi del rapporto in essere con la banca e, più in generale, di monitorare l'andamento dello stesso. Per vero è l'intero impianto della norma ad assolvere tali funzioni, ma rispetto ai primi tre commi e alle altre disposizioni che compongono il capo I del titolo VI t.u.b., il comma quarto concretizza forse più di ogni altra disposizione l'intento, alla base della disciplina della trasparenza, di predisporre strumenti idonei a soddisfare l'esigenza informativa del cliente.

---

<sup>159</sup> Per un maggiore approfondimento dei profili toccati in questa sede sia consentito il rinvio a M. NATALE, *Il diritto del cliente alla consegna della documentazione bancaria*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2020, I, 899 ss.; sullo stesso tema, più di recente, v. A. CETRA, *Il diritto di accesso alla documentazione bancaria (art. 119 t.u.b.)*, in *Attualità di Diritto bancario*, a cura di U. Minneci e A. Tina, Milano, 2021, 59 ss.

In quest’ottica, l’intera normativa contenuta nel titolo VI t.u.b., scontando la sua originaria impostazione di «presidio per la concorrenzialità del sistema» bancario e dell’«attività di impresa delle banche»<sup>160</sup>, è improntata alla previsione di *obblighi* (in senso lato) informativi, declinati nei vari vincoli di chiarezza, forma e contenuto del contratto, comportamento (questi ultimi, specie nei contratti di credito ai consumatori), sempre posti in capo alla banca. Ciò nell’obiettivo di perseguire il riequilibrio del rapporto contrattuale, altrimenti sbilanciato a danno dei clienti, questi ultimi considerati nei rapporti bancari – come noto – contraenti “deboli”.

Da quest’angolo visuale, si comprende l’incisività della norma in esame nel perseguimento di tale obiettivo. Essa riconosce in capo al cliente un vero e proprio diritto potestativo all’informazione, come ribadisce anche la pronuncia in commento. Si pensi, per fare due esempi, al caso del cliente che abbia bisogno del documento riguardante una specifica operazione, compiuta tempo addietro, o che abbia smarrito il documento già messogli a disposizione dalla banca. In simili ipotesi, è lampante come il diritto in esame realizzi compiutamente l’esigenza informativa del cliente, offrendogli la possibilità di richiedere e ottenere la documentazione di cui lo stesso necessita in un dato momento, a prescindere dal fatto che la relativa informativa ricada, più in generale, tra gli obblighi della banca ovvero che ad essa la banca abbia già provveduto in precedenza<sup>161</sup>. Dunque, non vengono in rilievo le ragioni della richiesta di consegna dei documenti da parte del cliente né tantomeno l’utilizzo che questi ne voglia fare.

Il diritto alla consegna documentale è cioè riconosciuto (unicamente) in funzione dell’interesse del cliente all’informazione e, in quanto tale, rappresenta uno strumento di tutela immediata dello stesso. È questo il significato racchiuso nella qualificazione, ormai

---

<sup>160</sup> Così A. BARENGHI, *La trasparenza bancaria venticinque anni dopo: rilievi introduttivi*, in *La trasparenza bancaria venticinque anni dopo*, a cura di A. Barengi, Napoli, 2018, 31 s.

<sup>161</sup> In tal senso Cass., 27 settembre 2001, n. 12093, in *Foro it.*, 2001, I, 3541 ss., con nota di M. FABIANI, secondo cui la norma in discorso «va oltre l’elementare dovere di informazione previsto dai primi due commi dell’art. 119, perché di ciascuna operazione registrata sull’estratto conto legittima l’avente titolo ad ottenere gli opportuni riscontri». Sul profilo specifico riguardante gli estratti conto v., *infra*, par. 3.

costante, che la Cassazione dà del diritto contemplato dalla norma in esame quale diritto soggettivo ed autonomo e, più in particolare, avente «natura sostanziale e non meramente processuale», la cui tutela «si configura come situazione giuridica “finale”, a carattere non strumentale»<sup>162</sup>.

### 3. *La non riconducibilità (anche sul piano temporale) degli estratti conto al quarto comma dell'art. 119 t.u.b.*

Uno dei punti più controversi, affrontato da entrambe le pronunce in commento, è se nell'alveo dell'art. 119, comma 4°, t.u.b. rientrano anche gli estratti conto. Per un verso, quest'ultima norma non li menziona espressamente, riferendosi esclusivamente alla «documentazione inerente a singole operazioni»; per altro verso, il comma secondo prevede che sia la banca ad inviare periodicamente gli estratti conto al cliente. Il dubbio è particolarmente sentito alla luce delle ricorrenti controversie instaurate dai clienti nei confronti delle banche, in relazione alle quali si rende necessario ricostruire il rapporto di conto corrente e, a tal fine, disporre degli estratti conto relativi all'intero periodo di durata del rapporto, nonché del contratto di apertura dello stesso, necessari a supportare le pretese azionate. Dalla risposta in un senso o nell'altro dipende poi la determinazione della variabile essenziale legata all'arco temporale cui far risalire la richiesta, ossia l'individuazione della data a partire dalla quale debbono essere forniti gli estratti conto.

Parte della giurisprudenza di merito e delle decisioni dell'Arbitro Bancario Finanziario tendono a ricomprendere tali documenti nel comma quarto dell'art. 119, con la conseguenza che possono formare oggetto di richiesta unicamente gli estratti conto relativi ai dieci anni

---

<sup>162</sup> Il principio, richiamato anche dalla sentenza in commento, è stato espresso in passato da Cass., 19 ottobre 1999, n. 11733, in *Foro it.*, 2000, I, 2623 ss., con nota di M. FABIANI, *Il probabile « up-grade » del conflitto fra banche e fallimenti in ordine alla consegna dei documenti*; in *Banca borsa tit. cred.*, 2001, II, 305 ss., con nota di G.M. BUTA, *Diritto del curatore di richiedere la documentazione bancaria del fallito e modifiche all'art. 119 t.u.b.*; Cass., 27 settembre 2001, 12093, cit.; Cass., 12 maggio 2006, n. 11004; Cass., 13 luglio 2007, n. 15669; Cass., 8 febbraio 2019, n. 3875; Cass., 24 maggio 2019, n. 14231. Sul punto v. anche, *infra*, par. 5.

anteriori alla richiesta<sup>163</sup>. In questo filone interpretativo si inseriscono pure le decisioni in commento. La Corte di Cassazione, ritenendo “forzata” un’interpretazione restrittiva della locuzione «documentazione inerente a singole operazioni», afferma con sicurezza che quest’ultima si riferisce anche agli estratti conto. La motivazione è fondata sulla «latitudine della formulazione normativa, unitamente alla sua ratio», stando alle quali non sarebbe dubitabile che il cliente possa esigere «l’adempimento dell’obbligazione, sancita dell’art. 119, u.c., anche con riguardo agli estratti conto».

Dello stesso avviso è il Collegio di coordinamento dell’ABF nella decisione in commento. Secondo l’Arbitro, una volta escluso che gli estratti conto possano essere attratti nell’ambito dell’art. 117 t.u.b., che ha riguardo specifico al contratto<sup>164</sup>, la circostanza che l’art. 119 si riferisca sia all’invio periodico degli estratti conto sia alla documentazione inerente a singole operazioni e, dunque, che i due precetti abbiano la «medesima collocazione sistematica» giustifica l’applicazione estensiva del regime previsto dal quarto comma anche agli estratti conto. Per il Collegio di coordinamento, peraltro, l’ostensione di tali documenti oltre i dieci anni previsti dalla norma non sarebbe giustificabile neppure laddove il correntista adducesse di non aver conservato gli estratti conto ricevuti periodicamente ovvero non li avesse richiesti durante il periodo decennale di conservazione che obbligatoriamente grava in capo alla banca ai sensi dell’art. 2220 c.c.

Quest’ultima osservazione si pone in palese contrasto con la natura del diritto in discorso. La possibilità del cliente di richiedere la documentazione bancaria è del tutto svincolata dal comportamento soggettivo dallo stesso tenuto in ordine alla conservazione ovvero alla mancata acquisizione della documentazione nel corso o al termine del rapporto, nonché dall’avvenuto adempimento, da parte della banca, del proprio dovere di invio periodico degli estratti conto. Come si è detto, si tratta di un diritto «autonomo che, pur derivando dal contratto, è estraneo alle obbligazioni tipiche che ne costituiscono lo specifico

---

<sup>163</sup> Cfr. Trib. Grosseto, 17 giugno 2020; Trib. Brescia, 11 giugno 2020; Trib. Napoli, 8 dicembre 2010, tutte reperibili *iusexplorer.it.*; ABF Bari, 28 luglio 2021, n. 17802; ABF Bologna, 12 dicembre 2017, n. 16516; ABF Bari, 24 ottobre 2017, n. 13117; ABF Bari, 14 luglio 2017, n. 8435; ABF Milano, 3 marzo 2016, n. 2023; ABF Roma, 5 giugno 2015, n. 4563; ABF Napoli, 27 maggio 2014, n. 3446.

<sup>164</sup> Sul punto v. *infra*, nt. 15.

contenuto» e discende, più in generale, «dall'obbligo di buona fede, correttezza e solidarietà» che informa ogni rapporto obbligatorio e che impone a ciascuna parte una condotta tale da «preservare gli interessi dell'altra parte, senza rappresentare un apprezzabile sacrificio a suo carico»<sup>165</sup>. Ne deriva, dunque, che la consegna di copia della documentazione bancaria richiesta è prescritta dalla legge a prescindere dall'avvenuto invio periodico degli estratti conto da parte della banca e deve essere ottemperata da quest'ultima per il solo fine di realizzare l'interesse giuridicamente tutelato del cliente all'informazione. Si potrebbe peraltro osservare, in chiave di analisi economica del diritto, che per la banca, la quale dovrebbe aver già elaborato tali documenti provvedendone alla conservazione, la consegna, su richiesta del cliente, non dovrebbe tradursi in un onere particolarmente complesso o gravoso.

Anche il riferimento all'obbligo decennale di conservazione delle scritture contabili di cui all'art. 2220 c.c. e, più in particolare, all'art. 50 t.u.b., al fine di giustificare la medesima limitazione temporale alla richiesta di copia degli estratti conto, non appare convincente. In base all'art. 50 t.u.b., la Banca d'Italia e le banche possono chiedere il decreto ingiuntivo *ex art. 633 c.p.c.* «anche in base all'estratto conto, certificato conforme alle scritture contabili da uno dei dirigenti della banca interessata, il quale deve altresì dichiarare che il credito è vero e liquido». Secondo il Collegio di coordinamento, la disposizione citata individuerrebbe, ai fini della prova del credito in fase monitoria, una «correlazione tra gli estratti conto e la certificazione di conformità alle scritture contabili» tale per cui il dovere di conservazione decennale prescritto per queste ultime, ai sensi dell'art. 2220 c.c., si applicherebbe anche ai primi.

Ora, l'art. 50 t.u.b. è una “norma sulla prova”, nel senso che introduce un (altro) tipo di prova scritta del credito della banca nei confronti del cliente al quale è diretta l'ingiunzione di pagamento, appunto nella forma dell'estratto conto certificato conforme alle scritture contabili dal dirigente bancario, il quale deve autocertificare anche la verità e liquidità del credito stesso. Essa, dunque, pone una deroga al regime del procedimento monitorio *ex art. 633 c.p.c.*, nonché

---

<sup>165</sup> Così Cass., 27 settembre 2001, 12093, cit.; di recente, nella giurisprudenza di merito, v. Trib. Forlì, 15 febbraio 2021, reperibile su *II Caso.it*.

«ai principi relativi alla disciplina contabile ordinaria», in quanto attribuisce «valore di prova legale ad un documento prodotto dallo stesso richiedente, in virtù del particolare *status* riconosciuto a quest'ultimo»<sup>166</sup>. Da quest'angolo visuale, si comprende perché è concessa alla banca la possibilità di fornire la prova del proprio credito in questa particolare forma: l'estratto conto rappresenta il riepilogo periodico delle movimentazioni registrate dalla banca e relative al rapporto con il singolo cliente ed è pertanto sulla base di tale fatto che la stessa banca, e solo essa, può fornire l'*autocertificazione* del proprio credito. Peraltro, è vero che, ai predetti fini e nell'ambito della fase monitoria, la prassi bancaria continua a valersi del “mero” saldaconto (*ex art. 102 l. banc.*), da cui appunto risulta il solo saldo debitore del conto<sup>167</sup>, ma ciò non fa venir meno l'obbligo della banca di conservare le proprie scritture contabili ai sensi dell'art. 2220 c.c. Tuttavia, è da escludere sulla base di quanto appena osservato in merito alla natura dell'art. 50 t.u.b., che se ne possa ricavare – come fa il Collegio di coordinamento – l'applicazione del limite decennale di cui all'art. 2220 c.c. agli estratti conto nel diverso contesto “sostanziale” delineato dall'art. 119, comma 4°, t.u.b.

Appare alquanto riduttivo affermare, come fa il Collegio di coordinamento dell'ABF, «che gli estratti conto altro non sono che la rappresentazione sintetica di una pluralità di singole operazioni». In realtà, l'estratto conto rappresenta il riepilogo periodico di tutte le operazioni compiute in un lasso temporale sul conto corrente e, per questo, consente di analizzare l'andamento *medio tempore* del saldo di periodo e di avere contezza dei costi fissi e variabili associati al conto e degli interessi maturati. La *documentazione* di cui discorre il comma quarto dell'art. 119, viceversa, dà evidenza della singola operazione compiuta in un dato momento, in modo avulso dalla movimentazione complessiva del rapporto in un determinato periodo. La diversità di

---

<sup>166</sup> A. DAVOLA, Sub art. 50 t.u.b., in *Commentario al Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, diretto da F. Capriglione, Milano, 2018, 557 s.; cfr., di recente, G. FALCONE, *Della procedura monitoria ex art. 50 t.u.b. e del tramonto del “bancocentrismo” nella tutela del credito*, in corso di pubblicazione su *Banca borsa tit. cred.*, 2021, II, 829 ss.

<sup>167</sup> Sul punto v. A.A. DOLMETTA, *Dalla prassi di saldaconto all'«estratto di conto» dell'art. 50 tub (stabilità dei singoli istituti ed efficienza del sistema)*, in *IlCaso.it*, 1 ss., anche per gli opportuni riferimenti.

contenuto riflette peraltro differenti interessi informativi che il cliente persegue con la consultazione degli estratti conto – funzionali ad avere contezza nel complesso delle operazioni svolte nel periodo – e degli altri documenti – atti ad avere informazioni specifiche su determinate operazioni –. Tali interessi non devono poi ritenersi necessariamente correlati, come invece sostiene il Collegio di coordinamento nella pronuncia in esame.

Inoltre, pur sorvolando sulla non pacifica riconducibilità degli estratti conto al più ampio *genus* delle scritture contabili (bancarie)<sup>168</sup>, l’obbligo della banca di tenuta della contabilità non è riducibile alla previsione dell’art. 2220 c.c. Che tale obbligo assuma contorni più complessi emerge se solo si pone mente agli effetti che, di regola, scaturiscono dall’emissione del decreto ingiuntivo richiesto ai sensi della predetta modalità “agevolata” di cui all’art. 50 t.u.b. Ed invero, nel successivo giudizio di opposizione instaurato dal cliente, è la stessa banca che, al fine di dimostrare nel merito il proprio diritto, deve produrre integralmente gli estratti conto relativi all’intera durata del rapporto<sup>169</sup>. Più in generale, ciò vale ogni qualvolta che sia l’istituto bancario a dover fornire la prova dell’entità del proprio credito.

La conclusione appena raggiunta conforta il rilievo effettuato da una parte della giurisprudenza, anche di merito, secondo cui il diritto alla consegna degli estratti conto non soggiacerebbe al termine dei dieci anni anteriori la richiesta, bensì a quello ordinario di prescrizione decorrente dalla chiusura del rapporto<sup>170</sup>.

<sup>168</sup> Cfr. Cass., 21 luglio 2009, n. 16971; ABF Napoli, 28 maggio 2019, n. 13425; ABF Roma, 3 marzo 2021, n. 5781; ABF Napoli, 12 maggio 2021, n. 12261; ABF Napoli, 28 maggio 2021, n. 13646.

<sup>169</sup> Cfr., *ex multis*, Cass., 27 novembre 2018, n. 23313; Cass., 16 aprile 2018, n. 9365; Cass., 25 maggio 2017, n. 13258; App. Genova, 14 febbraio 2019, reperibile su *iusexplorer.it*; Trib. Santa Maria Capua Vetere, 28 settembre 2021, in *IlCaso.it*; Trib. Roma, 6 aprile, 2021; Trib. Pescara, 22 agosto 2018.

<sup>170</sup> Cass., 30 ottobre 2015, n. 22183; Trib. Bari, 7 ottobre 2020, in *iusexplorer.it*; Trib. Catania, 14 gennaio 2020, *ivi*; Trib. Napoli, 31 gennaio 2019, in *IlCaso.it*; tra le più recenti, ABF Milano, 7 luglio 2021, n. 16293; ABF Napoli, 28 maggio 2021, n. 13646, *cit.*; ABF Roma, 28 febbraio 2020, nn. 3274 e 3438; ABF Roma, 22 gennaio 2020, n. 1045; *contra*, App. Milano, 19 novembre 2021, in *www.dirittodelrisparmio.it*; Trib. Chieti, 28 dicembre 2020; Trib. Grosseto, 17 giugno 2020, *cit.*, consultabili su *iusexplorer.it*.

La conclusione riportata nel testo si giustifica inoltre anche alla luce del carattere unitario del rapporto di conto corrente, rispetto al quale il bisogno informativo del

#### 4. *I soggetti legittimati alla richiesta di copia della documentazione bancaria*

Un punto che sembra essersi ormai sedimentato nell'interpretazione giurisprudenziale è invece quello in ordine ai soggetti legittimati ad avanzare la richiesta *ex art. 119, comma 4°*, destinato ad assumere posizione trasversale rispetto alle questioni di carattere “oggettivo” affrontate in questa sede.

La norma riconosce il diritto alla consegna al «cliente», a «colui che gli succede a qualunque titolo» e a «colui che subentra nell'amministrazione dei suoi beni». L'equiparazione operata tra tali soggetti, e più in particolare dei secondi rispetto al primo, si spiega alla luce del medesimo interesse di cui essi sono portatori. Si tratta invero di un accostamento successivo all'introduzione della norma<sup>171</sup>, giustificato dalla presa d'atto che l'interesse all'informazione in ordine a una o più operazioni bancarie compiute dal cliente nel passato, nell'ambito di un rapporto contrattuale in essere o intercorso con la banca, ben può riscontrarsi in capo a soggetti diversi dallo stesso cliente e che nondimeno possono venire ad assumere, in relazione a quello stesso rapporto contrattuale, la medesima posizione di questi.

Si tratta, *in primis*, del curatore, rispetto al quale era pacifico il riconoscimento del diritto alla consegna della documentazione bancaria anche prima dell'introduzione dell'attuale formulazione normativa. Ed invero, benché l'esercizio di tale diritto fosse ostacolato dagli istituti di credito per il timore di subire azioni revocatorie esercitate sulla base della stessa documentazione consegnata, era indubbio che il curatore, in quanto soggetto subentrato nell'amministrazione dei beni del

---

cliente può dirsi realizzato con pienezza solo avendo riguardo al complesso delle operazioni nell'intero arco temporale di svolgimento del rapporto. Essa peraltro non muta quandanche la richiesta sia avulsa da un'azione di rendiconto (ai sensi dell'art. 263 ss. c.p.c.) nei confronti della banca, come invece ritiene il Collegio di Coordinamento, il quale, nella decisione qui in esame, ritiene che in un simile caso si applichi il quarto comma dell'art. 119. Ed invero, una volta inquadrato il rapporto di conto corrente nello schema del mandato (art. 1856 c.c.) e considerato che con l'invio degli estratti la banca adempie all'*obbligo di rendiconto ex art. 1713 c.c.* nei confronti del cliente, quella in discorso si risolve in una semplice richiesta di copia della documentazione già ricevuta in passato.

<sup>171</sup> Realizzato per effetto dell'art. 24, comma 2, d.lgs. n. 342/1999.

debitore e deputato alla realizzazione degli interessi dei creditori, ne fosse legittimato. A tal fine, non poteva essere revocato in dubbio il fatto che l'unico strumento tale da consentire (al curatore) di avere contezza del rapporto contrattuale del cliente-debitore con la banca fosse quello di carattere informativo, anche in considerazione del permanere, in corso di procedura e pure dopo lo scioglimento del rapporto, dei diritti e degli obblighi connessi all'esecuzione dello stesso. Più in generale, poteva argomentarsi altresì dal principio di esecuzione del contratto secondo buona fede, che opera a prescindere da specifiche previsioni contrattuali<sup>172</sup>.

In modo non dissimile si atteggia il diritto alla consegna della documentazione bancaria (così come quello alla consegna del contratto *ex art. 117, comma 1°*, t.u.b.)<sup>173</sup>, in capo a «colui che [al cliente] succede a qualunque titolo». Rispetto a tale ipotesi, le maggiori indicazioni si traggono nelle decisioni dell'Arbitro Bancario Finanziario. Il principale riferimento è all'erede del cliente il quale, evidentemente, ha interesse a conoscere l'entità del patrimonio bancario ereditato ed eventualmente le movimentazioni, anche a favore di terzi, che lo abbiano interessato, soprattutto alla luce del fatto che egli risponde dei debiti ereditari. L'erede subentra pertanto nella medesima posizione del cliente deceduto e assume anche un analogo diritto ad essere informato in merito ai rapporti bancari del *de cuius* e a ricevere copia della relativa documentazione.

Da ciò dovrebbe peraltro derivare che tale diritto si estenda a tutte le informazioni contenute nei documenti richiesti, e in specie anche a quelli di natura personale, come i nominativi dei soggetti terzi, beneficiari di specifiche operazioni eseguite dal defunto. E in effetti, così come il cliente ha interesse a recuperare dati specifici relativi alle proprie operazioni passate, per esempio, pagamenti o prelievi effettuati,

---

<sup>172</sup> V., in seguito alle pronunce di Trib. Venezia, 3 aprile 1995 e Trib. Milano, 2 maggio e 21 giugno 1996, in *Foro it.*, I, 1996, 3200 ss., Cass., 22 maggio 1997, n. 4598, in *Foro it.*, 1997, I, 1732 ss., in *Giur. comm.*, 1998, II, 316 ss.; Cass., 19 ottobre 1999, n. 11733, *ivi*, 2000, I, 2623 ss., in *Banca e borsa*, 12001, II, 305 ss.

<sup>173</sup> Tale disposizione – ai sensi della quale «i contratti sono redatti per iscritto e un esemplare è consegnato ai clienti» – risponde in effetti, al pari dell'art. 119, comma 4°, all'esigenza informativa del cliente, che sussiste a prescindere dal momento e dalla modalità della consegna, sia essa compiuta in fase di stipula, come prescritto dalla norma, sia essa effettuata su richiesta del cliente in un momento successivo.

anche l'interesse dell'erede a reperire informazioni utili e connesse ai profili successori può considerarsi *in re ipsa*. Al riguardo, è principio ormai consolidato nella giurisprudenza dell'ABF quello secondo cui la legittimazione all'esercizio del diritto in discorso debba essere intesa in senso ampio, «così da ricomprendere non solo l'erede, ma anche il chiamato all'eredità o comunque chi [...] possa dimostrare di vantare un'aspettativa qualificata a titolo ereditario»<sup>174</sup>. In molti casi si tratta, per esempio, dell'erede legittimario pretermesso ovvero del chiamato all'eredità, i quali, al fine di ricostruire l'asse ereditario ed esercitare i rispettivi diritti, abbiano la necessità di accedere ai dati del defunto.

A supporto della propria legittimazione attiva il richiedente deve ovviamente allegare i necessari documenti probatori, ovvero il certificato di decesso del *de cuius*, l'atto di accettazione dell'eredità, la (prova dell'avvenuta presentazione della) dichiarazione di successione. Quest'ultima, in particolare, fornendo l'indicazione specifica dei beni e dei diritti che formano l'attivo (ma anche delle passività) della massa ereditaria, è specificamente richiesta a fronte della domanda dell'erede di ottenere dall'intermediario il pagamento di somme che egli asserisce essere dovute al *de cuius* ovvero la consegna di beni ritenuti allo stesso appartenenti<sup>175</sup>.

Con riguardo alla fattispecie di decesso del coniuge in regime di comunione legale dei beni, peraltro, il diritto alla consegna della documentazione bancaria è riconosciuto all'erede in relazione a tutti i rapporti rientranti nella comunione, e in specie nella *comunione de residuo*, e non invece a quelli che si pongono al di fuori di quest'ultima, come i rapporti imputabili al solo coniuge superstite<sup>176</sup>.

Nelle pronunce giurisprudenziali più recenti, anche di legittimità, compresa quella qui in commento, si trova riaffermato poi il principio secondo cui anche il fideiussore è legittimato all'esercizio del diritto *ex*

---

<sup>174</sup> V., tra le molte, ABF Bari, 25 maggio 2021, n. 13283; ABF Milano, 4 maggio 2021, n. 11577; ABF Bari, 15 marzo 2021, n. 7015; ABF Roma, 6 aprile 2020, n. 6333; ABF Milano, 7 febbraio 2020, n. 1966; ABF Torino, 13 novembre 2017, n. 14478; ABF. Milano, 3 novembre 2016, 9794.

<sup>175</sup> Cfr. Cass., 20 maggio 2005, n. 10692; ABF Bari, 31 agosto 2021, n. 19368; ABF Bari, 25 maggio 2021, n. 13283; ABF Bari, 22 marzo 2021, n. 7542; ABF Bari, 8 ottobre 2019, n. 22502; ABF Palermo, 17 luglio 2019, n. 17689.

<sup>176</sup> Cfr. ABF Bari, 31 agosto 2021, n. 19368, cit.; ABF Roma, 5 settembre 2017, n. 10021; ABF Roma, 7 aprile 106, n. 3143.

art. 119, comma 4°, t.u.b. Sia pure in assenza di una espressa previsione in tal senso, e di là del significato *lato sensu* del termine «cliente», è ormai pacifico che, in ragione del rapporto di accessorietà o dipendenza che lega l'obbligazione del garante a quella del cliente debitore principale, il primo potrebbe avere interesse ad informarsi circa lo svolgimento del rapporto principale e, dunque, a consultare la documentazione bancaria da cui risulti il debito garantito. Indirizzano verso una simile conclusione anche le norme che riconoscono al fideiussore taluni diritti – quali, per esempio, quello di esercitare il beneficio di escussione (art. 1944, comma 2°) ovvero quello di opporre al creditore le eccezioni che spettano al debitore principale (art. 1945) – che presuppongono la possibilità per il fideiussore di visionare i documenti bancari connessi al rapporto di garanzia<sup>177</sup>. Coerentemente, deve reputarsi legittima la possibilità per il garante di accedere alle ulteriori informazioni – reperibili, per esempio, nella documentazione relativa ad altri rapporti bancari del cliente e, comunque, non senza l'autorizzazione di costui – in qualunque modo incidenti sulla propria obbligazione<sup>178</sup>.

*5. La permanenza sul piano sostanziale dell'istanza giudiziale con cui si esercita il diritto ex art. 119, comma 4°, t.u.b.*

Come si è anticipato, il profilo cruciale su cui la sentenza in commento si discosta dalla soluzione seguita nei suoi precedenti è quello in ordine alla possibilità di azionare il diritto *ex art. 119, comma 4°, t.u.b. direttamente* in sede giudiziale.

La Cassazione condivide la natura sostanziale e non meramente processuale di tale diritto, nonché la configurazione dell'interesse tutelato, e cioè quello all'informazione del cliente della banca, come situazione giuridica finale e non strumentale. Da qui riafferma,

---

<sup>177</sup> Tra le più recenti, v. Cass., 30 ottobre 2020, n. 24181; Trib. La Spezia, 30 maggio 2019, in *Il Caso.it*; nella giurisprudenza arbitrale, ABF Bari, 28 luglio 2021, n. 17869; ABF Roma, 23 gennaio 2020, n. 1103; ABF Bologna, 9 aprile 2019, n. 9857.

<sup>178</sup> V. ABF Napoli, 15 luglio 2016, n. 6475. Al riguardo v. A. CETRA, *op. cit.*, 61 ss.

richiamando alcuni precedenti<sup>179</sup>, il principio secondo cui «per il suo riconoscimento non assume alcun rilievo l'utilizzazione che il cliente intende fare della documentazione». Ritiene, tuttavia, che simili assunti non possano scalfire il (particolare) meccanismo di operatività dell'ordine di esibizione *ex art. 210 c.p.c.*, al quale, in ipotesi, il cliente ricorresse in sede giudiziaria per avanzare la richiesta documentale. Quest'ultimo, secondo la pronuncia in esame, «non può avere ad oggetto nient'altro che documenti che la parte non possa procurarsi da sé», presupponendo così il precedente inadempimento della banca a una medesima richiesta effettuata dal cliente prima, in sede stragiudiziale. La suprema Corte giunge così a sostenere che ragionare nel senso dichiarato in alcuni precedenti, e in particolare ritenere «che il cliente possa, per così dire di *default*, ottenere a lite pendente la consegna degli estratti conto “attraverso qualunque mezzo si mostri idoneo allo scopo”», imporrebbe alla banca di «offrire, in giudizio, il supporto probatorio della domanda attrice, il che scardina le regole del riparto degli oneri probatori siccome definite dalla fondamentale disposizione dettata dall'art. 2697 c.c.». Secondo la Cassazione, in definitiva, se si fosse voluto far «saltare» il «congegno processuale altrimenti applicabile», il legislatore lo avrebbe fatto espressamente con apposita disposizione, cosa che tuttavia non è avvenuta in relazione all'art. 119, comma 4°, t.u.b.

Nella stessa ottica, infine, la Cassazione esclude l'ammissibilità della consulenza tecnica d'ufficio quando questa sia volta a supplire al mancato assolvimento dell'onere probatorio delle parti ovvero ad attuare un'indagine esplorativa tesa alla ricerca di elementi o fatti non provati<sup>180</sup>. Diversamente, al c.t.u. sarebbe consentito acquisire documenti non prodotti dalle parti e che si rivelino indispensabili al fine di accertare e dare riscontro a determinate situazioni di fatto di comune

---

<sup>179</sup> Tra cui Cass., 19 ottobre 1999, n. 11733; ma v. pure Cass., 12 maggio 2006, n. 11004; Cass., 11 maggio 2017, n. 11554; Cass., 8 febbraio 2019, n. 3875; Cass., 4 dicembre 2019, nn. 31649 e 31650; Cass., 19 maggio 2020, n. 9198; Cass., 30 ottobre 2020, n. 24181, cit.; Cass., 10 novembre 2020, n. 25158; sulla scia di tale orientamento si inseriscono anche diverse pronunce di merito, tra le quali Trib. Pistoia, 14 settembre 2021, consultabile su *IlCaso.it*; Trib. Urbino, 21 giugno 2021, *ivi*; Trib. Messina, 21 aprile 2021; Trib. Arezzo, 17 marzo 2020; Trib. Monza, 18 gennaio 2016, reperibili su *iusexplorer.it*.

<sup>180</sup> Cass., 6 dicembre 2011, n. 26151.

interesse<sup>181</sup>. In quest'ultimo senso, la richiesta documentale è ammessa quando sia volta a colmare l'insufficienza della documentazione prodotta dall'attore al fine di «ricostruire l'andamento di rapporti contabili non controversi nella loro esistenza», ma solo quanto al loro andamento, e ciò «sempre che si tratti di fatti accessori e rientranti nell'ambito strettamente tecnico della consulenza»<sup>182</sup>.

Alla luce dei richiamati passaggi, emerge dunque chiaramente che la Cassazione, con un *revirement* convergente con l'orientamento della prevalente giurisprudenza di merito<sup>183</sup>, opera una sovrapposizione del profilo processuale a quello sostanziale e finisce anzi per anteporre la rilevanza del primo rispetto al secondo. Per un verso si sostiene, a conforto della qualificazione in termini “sostanziali” del diritto alla consegna documentale, che l'art. 119, comma 4° «consente al cliente di smarrire, se non distruggere, gli estratti conto, per poi nuovamente richiederne copia, sempre nei limiti del decennio anteriore, col solo onere di pagamento della relativa spesa». Per altro verso, si collega inscindibilmente tale diritto, qualora azionato nel corso del giudizio nella forma dell'istanza di esibizione, alla dimensione processuale della disciplina dell'onere probatorio che incombe in capo al cliente-attore, finendo però così per snaturare ed anzi negare la natura sostanziale del diritto alla consegna e la tutela non strumentale dell'interesse informativo del cliente cui lo stesso diritto è preordinato.

---

<sup>181</sup> In tal senso Cass., 15 marzo 2016, n. 5091; Cass., 23 giugno 2015, n. 12921; Cass. 28 gennaio 2010, n. 1901; Cass. 14 febbraio 2006, n. 3191.

<sup>182</sup> In questi termini Cass., 15 marzo 2016, n. 5091; v. pure, in tema di azione di rendiconto, Cass., 15 settembre 2017, n. 21472; Cass., 26 gennaio 2006, n. 1551; Cass., 3 novembre 2004, n. 21090. In materia di conto corrente bancario, per esempio, la Cassazione ha ritenuto che il giudice possa disporre una consulenza contabile al fine di integrare la prova carente prodotta dall'attore, nell'ambito di un'azione di ripetizione dell'indebito, il quale, anche a seguito dell'acquisizione *ex art.* 210 c.p.c., abbia fornito gli estratti conto relativi solo ad alcuni periodi: così Cass., 4 dicembre 2019, n. 31650, cit.; Cass., 3 dicembre 2018, n. 31187.

<sup>183</sup> Nella passata giurisprudenza di legittimità cfr. Cass., 8 settembre 2003, n. 13072; Cass., 25 maggio 2004, n. 10043; Cass., 8 agosto 2006, n. 17948; tra le sentenze di merito più recenti, App. Palermo, 11 giugno 2019; Trib. Oristano, 19 novembre 2020, consultabile su *IlCaso.it*; App. Brescia, 27 marzo 2018; Trib. Brescia, 11 agosto 2020; Trib. Trani, 18 giugno 2020; Trib. Brescia, 22 aprile 2020; Trib. Forlì, 31 marzo 2020; Trib. Roma, 18 marzo 2020; Trib. Siena, 20 gennaio 2020, tutte reperibili su *iusexplorer.it*.

Di converso, nell'ambito che ci occupa, l'art. 210 c.p.c. non è altro che la modalità di esercizio del diritto sostanziale in sede giudiziaria. Ma il diritto alla consegna della documentazione bancaria è e resta pur sempre un diritto di natura sostanziale, il cui esercizio non può pertanto essere limitato dalle preclusioni di tipo processuale. Ed invero, anche in assenza dell'art. 119, comma 4°, non potrebbe comunque negarsi al cliente la possibilità, per il tramite dell'ordine del giudice, di esigere dalla banca l'esibizione di uno o più documenti bancari, specie se si condivide l'assunto, ribadito anche dalla Cassazione, per cui il fatto che i documenti siano già stati consegnati dalla banca in passato, ma siano andati smarriti o distrutti dal cliente, non preclude comunque a quest'ultimo di richiederne nuovamente copia. Da tale angolo visuale, l'istanza giudiziale di esibizione documentale *ex art. 210 c.p.c.* integra una forma di richiesta documentale promossa ai sensi dell'art. 119, comma 4° ed è questo il significato dell'assunto, anch'esso rinvenibile nella giurisprudenza di legittimità, secondo cui il diritto alla consegna può essere esercitato ai sensi di tale norma «anche in corso di causa ed attraverso qualunque mezzo si mostri idoneo allo scopo»<sup>184</sup>.

Appare indicativo al riguardo osservare, come nota la stessa Cassazione nella pronuncia in esame, che, nella maggior parte dei casi, il diritto all'informazione documentale del cliente non viene azionato mediante un'autonoma domanda giudiziale, ma risulta strumentale all'oggetto di una diversa azione, sovente di ripetizione dell'indebitto. In tali casi, il diritto sostanziale alla consegna è fatto valere tramite il mezzo processuale dell'istanza di esibizione azionabile in sede istruttoria, entro i limiti temporali previsti dall'art. 183, comma 6°, c.p.c.

Alla luce di quanto qui rilevato, non appare infine coerente la qualificazione dell'istanza rivolta al giudice di consegna degli estratti conto ai sensi dell'art. 119, comma 4°, t.u.b. – pure offerta nella sentenza in commento – in termini di «azione di adempimento». Si tratta, ancora una volta, di una ricostruzione che piega la richiesta documentale alla luce della funzione processuale della predetta istanza giudiziale e finisce per concepirla come un rimedio, appunto, di natura processuale per l'ipotesi di un (ingiustificato) inadempimento della

---

<sup>184</sup> In questi termini Cass., 11 maggio 2017, n. 11554, *cit.*; nello stesso senso, più di recente, Cass., 9 aprile 2021, n. 9407.

banca. Diversamente, il diritto alla consegna della documentazione bancaria, posto a tutela dell'interesse del cliente all'informazione *tout court*, prescinde dalla dimensione strumentale del suo esercizio in una sede (stragiudiziale) ovvero in altra (giudiziale). Il *carattere finale* della situazione giuridica oggetto di tutela sta proprio a significare che la consegna della documentazione bancaria soddisfa detto interesse con immediatezza e in via diretta senza che l'esercizio dello stesso possa ritenersi subordinato ad un preventivo inadempimento della banca ed anzi, come si è detto, nonostante l'avvenuto adempimento da parte della stessa<sup>185</sup>.

A tale ultimo riguardo, non ha rilievo l'accostamento che la Cassazione fa alla procedura da espletare ai fini del ricorso dinnanzi all'ABF. In quella sede, infatti, la preventiva richiesta documentale che il cliente è tenuto ad avanzare all'intermediario prima del ricorso è imposta dal fatto che le *Disposizioni sui sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie in materia di operazioni e servizi bancari e finanziari*, emanate dalla Banca d'Italia al fine di regolare il funzionamento dell'Arbitro, richiedono la presenza di un formale reclamo avanzato nei confronti dell'intermediario, come condizione per poter presentare il successivo ricorso davanti all'Arbitro (Sez. VI, § 1). In sede giudiziaria, invece, nessuna previsione legittima l'interprete a relegare l'esercizio del diritto *ex art. 119, comma 4°*, a mera condizione di proponibilità dell'istanza di esibizione *ex art. 210 c.p.c.*<sup>186</sup>. In definitiva, il diritto alla consegna documentale permane su un piano sostanziale quandanche sia azionato in corso di causa mediante l'art. 210 c.p.c. ed è su tale piano che deve essere assicurata la tutela del relativo interesse del cliente, non potendo la diversa modalità di proposizione della domanda incidere negativamente su quest'ultimo.

---

<sup>185</sup> E v. i riferimenti citati alla precedente nt. 19.

<sup>186</sup> Così Trib. Messina, 21 aprile 2021, *cit.*; Trib. Siena, 20 gennaio 2020, *cit.*