

PUBBLICAZIONE TRIMESTRALE

ISSN: 2279-9737

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

dottrina  
e giurisprudenza  
commentata

OTTOBRE/DICEMBRE

**2022**

[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



## Regola ed eccezione nell'economia europea del debito

**SOMMARIO:** 1. Il mercato del credito tra garanzie «settorialmente tipiche» e garanzia statale sui prestiti. L'erosione del dogma europeo sugli aiuti di Stato in seguito all'emergenza. 2. Qualità del credito e tutela del debitore: necessaria concezione unitaria ma non monolitica di entrambi i profili quale fondamento dell'obbligazione contemporanea. 3. Approccio garantista della disciplina europea in materia di gestione dei crediti. 4. Distonia europea rispetto all'emergenza sia nella disciplina della patologia del rapporto obbligatorio sia nelle macrostrategie: lo standard del default in luogo dell'inadempimento del caso concreto e le idee macroregolatorie fuori contesto. 5. La sostenibilità dei rapporti di credito oltre l'emergenza.

### *1. Il mercato del credito tra garanzie «settorialmente tipiche» e garanzia statale sui prestiti. L'erosione del dogma europeo sugli aiuti di Stato in seguito all'emergenza*

Dopo più di due anni dall'inizio della crisi pandemica, discorrere di diritto dell'emergenza, riguardo alla fluviale produzione normativa del momento storico presente, appare un esercizio improprio<sup>1</sup>, dal momento che quel che sembrerebbe ontologicamente connesso ad una fase di eccezionalità comincia a rivestire i crismi dell'abitudine. Si che viene messa in crisi perfino la tenuta delle categorie giuridiche elaborate recentemente, come dimostra il dibattito su sintesi e soluzioni diverse rispetto agli statuti tradizionali per reagire alla crisi economica<sup>2</sup>, le cui acquisizioni vengono a loro volta messe in discussione dalla natura inedita del contesto attuale.

---

<sup>1</sup> Sul controverso rapporto tra norme e relativi destinatari durante la gestione della pandemia, si vedano le considerazioni di N. IRTI, *La stanchezza di obbedire a regole mutevoli e oscure*, in *Il Sole24Ore* del 9 gennaio 2022. Per svolgimenti più ampi, cfr. ID., *Viaggio tra gli obbedienti*, Milano, 2021, *passim*.

<sup>2</sup> R. DI RAIMO, *Finanza, finanza derivata e consenso contrattuale. Osservazioni a valle delle crisi d'inizio millennio*, in questa *Rivista* 2014, 10, 1 ss.; ID., *Categorie della crisi economica e crisi delle categorie civilistiche: il consenso e il contratto nei mercati finanziari derivati*, in *Giustiziacivile.com*, 2014, 4, 1094 ss. Sul tema più in generale, G. ALPA e E. NAVARRETTA (a cura di), *Crisi finanziaria e categorie civilistiche*, Milano, 2015.

Uno degli elementi caratterizzanti questa temperie, peraltro connaturato ad ogni periodo emergenziale, è la richiesta di maggiore protezione pubblica, nella direzione di un'inevitabile riduzione degli spazi dell'autonomia privata<sup>3</sup>. E tuttavia, se si ha particolare riguardo all'evoluzione dei rapporti di credito<sup>4</sup>, si scorge una peculiare alternanza tra dettagliati sforzi regolatori del settore bancario, soprattutto da parte dell'Unione europea<sup>5</sup>, ed interventi – nazionali e sovranazionali<sup>6</sup> – volti a bilanciare la facilitazione all'accesso al credito con il rafforzamento dei poteri creditori, anche sotto forma di autotutela esecutiva: la tutela degli interessi coinvolti è tuttora rimessa alla ricerca di punto di equilibrio tra le suddette istanze.

Muovere dalla prospettiva della macroregolazione per giungere ad uno sguardo all'interno del rapporto obbligatorio consente di cogliere la centralità del tema delle garanzie reali, inserito - con precipuo riferimento al mercato bancario e finanziario - anche nel disegno di legge delega di riforma del Codice civile, ove si legge tra i principi e criteri direttivi che il Governo è delegato a disciplinare nuove forme di garanzia del credito, anche in considerazione delle prassi contrattuali consolidate nell'uso bancario e finanziario. Si tratta di figure ormai avviate a superare i caratteri dell'atipicità, in ragione della trasversalità delle discipline che le prevedono e della costanza dei caratteri che la accomunano:

---

<sup>3</sup> F. VASSALLI, *Della legislazione di guerra e dei nuovi confini del diritto privato*, in *Riv. dir. comm.*, 1919, 1, 1ss.

<sup>4</sup> R. DI RAIMO, *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, 4.

<sup>5</sup> F. CAPRIGLIONE-G. SEMERARO, *Crisi finanziaria e dei debiti sovrani. L'Unione Europea tra rischi ed opportunità*, Torino, 2012; D. ROSSANO, *La crisi dell'eurozona e la (dis)unione bancaria*, in *www.federalismi.it* 2014.

<sup>6</sup> Decreto-legge 2 marzo 2020, n. 9 recante *Misure urgenti di sostegno per famiglie, lavoratori e imprese connesse all'emergenza epidemiologica da Covid-19* e, segnatamente dall'art. 26 rubricato *Estensione del fondo di solidarietà per i mutui per l'acquisto della prima casa*; decreto-legge 17 marzo 2020 n. 18, *Misure di potenziamento del Servizio sanitario nazionale e di sostegno economico per famiglie, lavoratori e imprese connesse all'emergenza epidemiologica da COVID-19* convertito con modificazioni dalla Legge 24 aprile 2020, n. 27; Decreto-legge 18 aprile 2020 n. 23, recante *Misure urgenti in materia di accesso al credito e di adempimenti fiscali per le imprese, di poteri speciali nei settori strategici, nonché interventi in materia di salute e lavoro, di proroga di termini amministrativi e processuali* convertito dalla legge 5 giugno 2020 n. 40.

- fonte negoziale;
- stragiudizialità dell'escussione;
- proporzionalità tra quanto dovuto e quanto conseguito o perequazione almeno quantitativa tra i valori economici in gioco.

La prospettiva dischiusa da tali innovazioni individua lineamenti così caratterizzanti il mercato bancario e finanziario da potersi discorrere di garanzie «settorialmente tipiche» e muta la stessa collocazione funzionale della garanzia da momento esecutivo della patologia del rapporto conseguente all'inadempimento a strumento costitutivo di un potere rafforzato a monte sul lato attivo<sup>7</sup>. Il che si esprime nella transizione di fatto dalla pretesa creditoria alla titolarità del potere di conseguire il bene oggetto di garanzia, anche senza cooperazione della controparte, realizzando un ampliamento della garanzia sia nell'oggetto – che finisce per espandersi al patrimonio del debitore – sia nell'effettività poiché non si ricorre alla giurisdizione nella fase esecutiva.

Con un diverso «scopo di garanzia» - sia sotto il profilo strutturale e sia funzionale - irrompe, come si diceva poc'anzi, un soggetto terzo rispetto al rapporto: la garanzia statale. La consapevolezza della crisi è tale da scalfire uno dei fondamenti della costruzione delle politiche europee, e cioè la disciplina sugli aiuti di Stato (art. 108, comma 3, TFUE), come dimostra la comunicazione della Commissione europea recante un «Quadro temporaneo per le misure di aiuto di Stato a sostegno dell'economia nell'attuale emergenza del COVID-19» (2020/C 91 I/01), che richiama gli Stati membri al rischio di mancanza di liquidità riguardante imprese sia solvibili sia meno solvibili: le istituzioni europee affidano alle banche il ruolo del mantenimento del flusso di credito nell'economia mediante misure eccezionali volte a sostenere le imprese e ad incentivare gli intermediari finanziari anche derogando alla rigida disciplina in materia di aiuti di Stato di cui all'articolo 107 del TFUE<sup>8</sup>.

---

<sup>7</sup> R. DIRAIMO, *Appunti sulla circolazione con scopo di garanzia nel diritto attuale*, in questa *Rivista*, 2018, 7 ss.

<sup>8</sup> Per un'analisi critica a largo raggio del tema, cfr. D. ROSSANO, *Gli aiuti di Stato alle banche e le ritrattazioni della Commissione: tra distorsioni della concorrenza e (in)stabilità finanziaria*, in *Riv. trim. dir. econ.*, 2016, 1, 1 ss. Alla carenza di liquidità si aggiungono i danni determinati dall'imprevedibilità della situazione di mercato, circostanza che comporta il repentino cambiamento delle condizioni patrimoniali

Non avendo l'obiettivo di preservare o ripristinare la redditività, la liquidità o la solvibilità delle banche o di un ente o di un soggetto, le misure non integrerebbero un sostegno finanziario pubblico straordinario ai sensi della direttiva 2014/59/UE del Parlamento europeo e del Consiglio né del Regolamento 806/2014 del Parlamento europeo e del Consiglio e non sarebbero valutati ai sensi delle norme sugli aiuti di Stato applicabili nel settore bancario<sup>9</sup>.

Le misure consistono in aiuti sotto forma di garanzie sui prestiti veicolati tramite enti creditizi o altri enti finanziari, in ragione della natura eccezionale delle circostanze nelle quali si trovano ad operare banche e imprese di fronte alla crisi di liquidità, aprendo la strada a nuove e più flessibili regole per gli operatori del mercato creditizio. In considerazione dell'imprevedibilità degli eventi, la Commissione europea riconosce che il mutamento del contesto di mercato giustifica un (temporaneo) sostegno pubblico all'economia adeguatamente mirato e proporzionato.

Il contesto complica la natura del rapporto tra banche e imprese già da tempo caratterizzato, da un lato, dalla funzionalizzazione del ricorso al credito alla ristrutturazione dei debiti o al finanziamento del capitale circolante piuttosto che a nuovi investimenti<sup>10</sup>, dall'altro, dalla difficoltà nella restituzione dei finanziamenti bancari che conduce all'aumento del numero dei crediti deteriorati (*non performing loans*)<sup>11</sup>.

---

delle imprese. Nonostante si escludano dalle deroghe al regime agli aiuti di Stato le imprese che già versavano in condizioni di crisi, sembra erodersi – almeno momentaneamente – il dogma del divieto del sostegno pubblico. I limiti entro i quali ciò può avvenire sono espressamente determinati e, in ogni caso, gli Stati membri sono tenuti a dimostrare che le misure di aiuto di Stato notificate alla Commissione sono necessarie, adeguate e proporzionate per porre rimedio a un grave turbamento dell'economia.

<sup>9</sup> M. MAGGIOLINO, *Appunti sul ruolo delle banche ai tempi del COVID-19*, in *Riv. soc.*, 2020, 527 ss.

<sup>10</sup> Così R. NATOLI, *L'escussione stragiudiziale accelerata delle garanzie reali nella proposta di direttiva sui crediti deteriorati (NPL)*, in *Riv. trim. dir. econ.*, 2019, 2, 59 ss.

<sup>11</sup> Tra gli altri, cfr.: L. CARPINELLI, G. CASCARINO, S. GIACOMELLI e V. VACCA, *La gestione dei crediti deteriorati: un'indagine* Cfr. B. INZITARI, *Crediti deteriorati (npl), aiuti di stato nella Brrd e nella comunicazione sul settore bancario del 30.7.2013 della Commissione europea*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2016, 640 ss.; U. VIOLANTE, *La circolazione del credito distressed*, Milano, 2013; G. IANNOTTA, L. LEUCI e M. ORIANI, *Crediti deteriorati e normativa sulla crisi di impresa*, in

Con riguardo, poi, ai debitori/consumatori, non si può non considerare l'avvenuta sostituzione del debito al reddito quale fattore portante della circolazione della ricchezza, nella relativa funzione di leva principale di finanziamento dei consumi e degli investimenti: l'accesso al credito è, quindi, il modo per impiegare una parte di reddito non ancora prodotto, di talchè la fisionomia attuale del rapporto obbligatorio si conforma all'acquisita centralità degli strumenti che consentono al creditore la soddisfazione del proprio interesse.

*2. Qualità del credito e tutela del debitore: necessaria concezione unitaria ma non monolitica di entrambi i profili quale fondamento dell'obbligazione contemporanea*

Sia che il debitore vesta i panni dell'impresa ovvero del consumatore, la crisi pandemica ha innescato ovviamente una nuova ondata di prestiti la cui riscossione da parte dei creditori è incerta. È noto che le tre categorie di NPE (*Non Performing Exposures*) si distinguono in base alla diversa probabilità di recuperare il credito e alla scadenza:

---

*Osservatorio monetario*, Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano, 2015, 2; C. ANGELELLI, *Le novità delle Linee guida Banca d'Italia per le banche less significant sulla gestione degli NPL*, in questa *Rivista*, 2018; F. ONNIS CUGIA, *La garanzia dello Stato per le operazioni di cartolarizzazione di crediti classificati come sofferenze. Profili civilistici e giuseconomici*, in *Riv. dir. banc.*, 2018; D. ROSSANO, *La nuova regolazione delle crisi bancarie. Risoluzione e tecniche di intervento*, Milano, 2017; C. COMPAGNO, S. MIANI, M. GALDIOLO, E. BOLOGNESI, *La gestione dei crediti deteriorati: un confronto tra cessione e cartolarizzazione del portafoglio*, in *Bancaria*, 2017, n. 2, 40 ss.; F. CESARINI (a cura di), *I crediti deteriorati nelle banche italiane*, Torino, 2017; U. VIOLANTE, *Mercato del prestito e cartolarizzazione dei crediti: impatto (e interferenze) della normativa europea di vigilanza prudenziale*, in *Giur. comm.*, 2014, 4, 1004; E. BRODI, S. GIACOMELLI, I. GUIDA, M. MARCUCCI, A. PISCHEDDA, V. PROFETA, G. SANTINI, *Il recupero dei crediti: una prima analisi del d.l. 59/2016*, in *Banca d'Italia, Note di stabilità finanziaria e vigilanza*, 2016, 4; M. LUNGARELLA, *La gestione dei crediti in sofferenza in quattro Paesi europei*, in *An. giur. ec.*, 2016, 2, 619 ss.; C.A. GIUSTI, *NPLs: dal gambling degli investitori al fair play della GACS*, in *Riv. dir. banc.*, 2016; F. SARTORI, *Sul diritto della gestione degli attivi problematici (non-performing loans): linee guida dell'evoluzione normativa*, in questa *Rivista*, 2018; G. VIOTTI, *Banche e crediti deteriorati: dalla cessione alla scissione*, in *Giur. comm.*, 2020, 312 ss.

- Le esposizioni scadute e/o sconfinanti (Past Due) che eccedono i limiti di affidamento da oltre 90 giorni.
- Le inadempienze probabili (*Unlikely To Pay*, dette UTP) sono le esposizioni per le quali la banca valuta improbabile che il debitore adempia integralmente alle sue obbligazioni contrattuali senza il ricorso ad azioni quali l'escussione delle garanzie.
- Le "sofferenze" (i NPL) sono le esposizioni verso soggetti in stato di insolvenza o in situazioni sostanzialmente equiparabili.

Essenziale è concepire il fenomeno in termini bensì unitari, ma non monolitici, poiché l'indice del deterioramento deve essere individuato in ragione delle concrete situazioni di difficoltà economica o finanziaria delle persone o delle imprese cui sono stati erogati prestiti, in seguito a valutazioni errate o incomplete da parte della banca<sup>12</sup>. La considerazione trova potenti ragioni di sostegno nell'analisi dell'attuale momento storico, nel quale le situazioni di inadempimento si devono in buona parte a ragioni diverse da quelle classiche.

Infatti, poiché la difficoltà, generalmente temporanea, di far fronte alla prestazione non integra tecnicamente una situazione di insolvenza<sup>13</sup>, è necessario, vieppiù nella fase pandemica e post pandemica, incentrare l'attenzione sulla fase preventiva al fine di evitare la prevedibile trasformazione dei prestiti in *non performing loans* e la conseguente necessità per le banche di svalutare i crediti divenuti inesigibili, per non incorrere nelle sanzioni previste nelle ipotesi di violazione delle regole prudenziali<sup>14</sup>. Mentre la disciplina delle sofferenze ha una finalità liquidatoria, nelle *utp* la finalità è gestoria<sup>15</sup>, consistendo nella valutazione della possibilità del rientro *in bonis*, quindi nell'estinzione della situazione di criticità; la logica

---

<sup>12</sup> Secondo il report di PWC, *The Calm before the Storm* sulle *Non-Performing Exposure* (NPE) il mercato si aspetta tra i 100 miliardi di euro di nuovi *inflow* di NPE nei prossimi mesi e, al netto di fattori mitiganti quali ad esempio i ritorni in bonis e gli aiuti statali, si prevedono *inflow* netti compresi tra 50mld e 70 mld. Gli UTP, ammontavano a circa 59 miliardi all'H1-2020, di cui il 75% è concentrato nelle prime dieci banche.

<sup>13</sup> Sia consentito rinviare sul tema a A. CILENTO, *Il credito nelle crisi. Garanzia, sofferenze e regolazione bancaria*, Napoli, 2020, 40 ss.

<sup>14</sup> Cfr. F. CAPRIGLIONE, *La problematica dei crediti deteriorati*, in *Riv. trim. dir. econ.*, 2019, 1 ss.

<sup>15</sup> F. BASSAN, *Le nuove regole per le inadempienze probabili alla prova del mercato*, in *Bancaria*, 2019, 3, 63.

liquidatoria, del resto, ha guidato e guida i fondi di investimento cui le esposizioni vengono cedute dalle banche con evidente impoverimento patrimoniale del sistema.

Si presta alla descritta esigenza l'interpretazione in chiave solidaristica dell'art. 1256 c.c., secondo comma, proposita dalla dottrina in tema di impossibilità temporanea della prestazione<sup>16</sup>: quando l'inadempimento derivi da una causa prevedibilmente transitoria, l'obbligo della prestazione può considerarsi sospeso, escludendo la responsabilità del debitore per il ritardo<sup>17</sup>, fino a considerare temporaneamente inesigibile la prestazione<sup>18</sup>, evitando la costituzione in mora e conferendo al debitore l'opportunità di attivarsi grazie al dilatarsi «del tempo dell'adempimento»<sup>19</sup>.

La riflessione, che sta occupando e occuperà la dottrina e la giurisprudenza - di là dalla scelta dello strumento più adeguato a governare la sopravvenienza pandemica, in base alla quale potranno di

---

<sup>16</sup> Sulla relatività della nozione di impossibilità di cui agli artt. 1218 e 1256 c.c., auspicandone una lettura elastica, cfr. U. NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, in *Tratt. dir. civ. comm. Cicu e Messineo, continuato da Mengoni*, Milano, 1984, 71. Il criterio discrezionale tra impossibilità definitiva e temporanea riposa, piuttosto che sull'entità del tempo in cui dura l'inadempimento [...] sulla valutazione teleologico-funzionale, in relazione al titolo dell'obbligazione o alla natura dell'oggetto, degli interessi correlati del debitore e del creditore»: P. PERLINGIERI, *Dei modi di estinzione dell'obbligazione diversi dall'adempimento*, in *Comm. c.c. Scialoja e Branca*, Bologna-Roma, 1975, 496. Sull'applicabilità delle citate norme alle obbligazioni pecuniarie in relazione alla pandemia, v., recentemente, N. CIPRIANI, *L'impatto del lockdown da COVID-19 sui contratti*, in questa *Rivista*, 2020, 651 ss.

<sup>17</sup> Cfr. C.M. BIANCA, *Diritto civile, IV, L'obbligazione*, Milano, 2003, 537 s.

<sup>18</sup> Per l'inesigibilità come limite della pretesa creditoria configurabile anche per le obbligazioni pecuniarie, dove non è ipotizzabile l'impossibilità e derivante dal divieto dell'abuso del diritto implicito nell'art. 1175 c.c., cfr. L. MENGONI, (voce) *Responsabilità contrattuale (Diritto vigente)*, in *Enc. dir.*, XXXIX, Milano, 1988, 1090. In tal senso dovrebbero essere intese quelle attività tali da causare un sacrificio eccessivo al debitore, escluse in concreto da una valutazione secondo buona fede: cfr. U. BRECCIA, *Diligenza e buona fede nel rapporto obbligatorio*, Milano, 1968, 43 ss.

<sup>19</sup> Così G. GRISI, *L'inadempimento di necessità*, in ID. (a cura di), *Le obbligazioni e i contratti nel tempo della crisi economica. Italia e Spagna a confronto*, Napoli, 2014, 314. Cfr. anche ID., *Commento all'art. 1218 c.c.*, in V. CUFFARO (a cura di), *Comm. c.c. Gabrielli*, Torino, 2013, 31 ss. Sull'evoluzione del vincolo obbligatorio dalle radici concettuali all'impatto dell'eccezione pandemica, si vedano le recenti ed interessanti riflessioni di M. ORLANDI, *Rebus sic stantibus*, in *Nuovo dir. civ.*, 2022, 2, 35 ss.

volta in volta attivarsi le regole operative proprie della rinegoziazione o dell'impossibilità temporanea della prestazione o dell'inesigibilità<sup>20</sup> - occorre richiamarsi alle intuizioni che avvertivano «quanto la tendenza all'attuazione del principio di uguaglianza sostanziale possa incidere su una nuova, più moderna valutazione della non imputabilità della causa dell'impossibilità», da intendersi quale «nozione elastica, adattabile alle più svariate circostanze concrete»<sup>21</sup>.

Del resto, una concezione solidale dei rapporti di credito è riaffiorata recentemente nella giurisprudenza mediante l'operatività della buona fede, ove si è affermato che un credito nascente da un rapporto ad esecuzione continuata, mai preteso sin dall'origine del rapporto negoziale, sia suscettibile di generare un affidamento sulla rinuncia al credito, di talché la richiesta repentina di adempimento potrebbe

---

<sup>20</sup> Cfr., fra gli altri, A. A. DOLMETTA, *Il problema della rinegoziazione (ai tempi del coronavirus)*, in *Giustiziacivile.com*, 4 giugno 2020, 3 ss.; O. CLARIZIA, *Coronavirus ed esonero da responsabilità per inadempimento di obbligazione ex art. 1218 c.c.: impossibilità sopravvenuta oppure inesigibilità della prestazione*, in *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 12 bis, 2020, 352 ss.; U. MATTEI e A. QUARTA, *Tre tipi di solidarietà. Oltre la crisi nel diritto dei contratti*, in *Giustiziacivile.com*, 7 maggio 2020, 3; A. M. BENEDETTI, *Il rapporto obbligatorio al tempo dell'isolamento: brevi note sul Decreto "cura Italia"*, in *Contr.*, 2020, 2, 210 ss.; E. BELLISARIO, *Covid-19 e (alcune) risposte immunitarie del diritto privato*, in *Giustiziacivile.com.*, 27 aprile 2020; C. SCOGNAMIGLIO, *Il governo delle sopravvenienze contrattuali e la pandemia COVID-19*, in *Corr. giur.*, 2020, 5, 581 ss. V. CUFFARO, *Le locazioni commerciali e gli effetti giuridici dell'epidemia*, in *Giustiziacivile.com*; G. CARAPEZZA FIGLIA, *Coronavirus e locazioni commerciali. un diritto eccezionale per lo stato di emergenza?*, in *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 12 bis, 2020, 422 ss.; M. GRONDONA, *Dall'emergenza sanitaria all'emergenza economica: l'eccessiva onerosità sopravvenuta tra buona fede e obbligo di rinegoziazione*, in *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 12 bis, mayo 2020, 323. «Nel caso del coronavirus possiamo distinguere tre situazioni: a) il contratto, pur in una situazione generale maggiormente complessa, non subisce variazioni significative e rimane possibile la prestazione; b) la prestazione può essere adempiuta, ma con sforzi onerosi. In Italia, è ammessa, ad esempio, la possibilità di svolgere alcune attività nel rispetto delle normative di sicurezza per fronteggiare il rischio contagio. La produzione viene di fatto limitata potendo lavorare un minor numero di persone e potrebbe essere focalizzata a determinate necessità interne, come assicurare la filiera alimentare; c) l'evento impedisce l'adempimento. Si pensi alla sospensione di un'attività produttiva per un periodo determinato»: cfr. F. BENATTI, *Contratto e Covid-19: possibili scenari*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2020, 4, 201.

<sup>21</sup> P. PERLINGIERI, *Dei modi di estinzione dell'obbligazione diversi dall'adempimento*, *op. cit.*, 454 s.

costituire un abuso del diritto ove riveli l'intento di arrecare un ingiustificato nocumento alla controparte<sup>22</sup>.

Nella precipua sfera d'indagine, è allora nell'area dell'inadempienza probabile che occorre incentrare lo studio della qualità della relazione tra credito e garanzia, indice del livello di deterioramento, considerando che il complesso delle garanzie ha subito una notevole diminuzione di valore, con la conseguenza di una maggiore difficoltà del recupero del credito e dei proventi rinvenibili dalla collocazione sul mercato dei beni in garanzia<sup>23</sup>.

La direttiva 2019/1023/UE, appena recepita<sup>24</sup>, poi, incentra la propria disciplina sulla predisposizione dei quadri di ristrutturazione preventiva per il debitore che versa in difficoltà finanziarie e per il quale sussiste una probabilità di insolvenza, al fine di impedire l'insolvenza e di garantire la sostenibilità economica del debitore<sup>25</sup>.

---

<sup>22</sup> Cass. 14 giugno 2021, n.16743, in *Guida al dir.*, 2021, 31 afferma che «il principio di correttezza e buona fede, il quale secondo la Relazione ministeriale al Codice Civile, richiama nella sfera del creditore la considerazione dell'interesse del debitore e nella sfera del debitore il giusto riguardo all'interesse del creditore, opera come un criterio di reciprocità e, una volta collocato nel quadro di valori introdotto dalla Carta costituzionale, deve essere inteso come una specificazione degli inderogabili doveri di solidarietà sociale imposti dall'articolo 2 della Costituzione. La sua rilevanza si esplica nell'imporre, a ciascuna delle parti del rapporto obbligatorio, il dovere di agire in modo da preservare gli interessi dell'altra, a prescindere dall'esistenza di specifici obblighi contrattuali o di quanto espressamente stabilito da singole norme di legge. Deriva da quanto precede - pertanto - che la buona fede nell'esecuzione del contratto si sostanzia in un generale obbligo di solidarietà che impone a ciascuna delle parti di agire in modo da preservare gli interessi dell'altra, a prescindere tanto da specifici obblighi contrattuali, quanto dal dovere extracontrattuale del *neminem laedere*».

<sup>23</sup> B. INZITARI, *op. cit.*, 642.

<sup>24</sup> D.lgs. 17 giugno 2022 n. 83, contenente modifiche al Codice della crisi e dell'insolvenza, in attuazione della direttiva (UE) 2019/1023 del Parlamento europeo e del Consiglio del 20 giugno 2019, 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, e che modifica la direttiva (UE) 2017/1132 (direttiva sulla ristrutturazione e sull'insolvenza).

<sup>25</sup> Cfr. art. 1 della *Direttiva (UE) 2019/1023 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 giugno 2019, 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, e che modifica la direttiva (UE) 2017/1132 (direttiva sulla ristrutturazione e sull'insolvenza)*. Inoltre, l'articolo 34 della direttiva prevede che gli Stati membri dovranno adattare le loro normative

### *3. Approccio garantista della disciplina europea in materia di gestione dei crediti*

Ulteriori tracce della sensibilità del legislatore europeo in tema di strategia generale di riduzione degli *npl* si colgono nell'attenzione, più che alle modalità di cessione, alle dinamiche relative alla gestione delle sofferenze, come dimostra, ad esempio, il Regolamento 2019/630/UE, che modifica la disciplina del CRR (*Capital Requirements*), volto a stabilire livelli comuni di copertura minima per i prestiti di nuova erogazione che si deteriorano, c.d. *prudential backstop*, in base al quale tempo di classificazione dell'esposizione come *non-performing* diventa il criterio di misurazione del requisito minimo di copertura.

In questo percorso, importante è la data dell'8 dicembre 2021, quando è stata pubblicata nella Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea la direttiva 2021/2167 relativa ai gestori e agli acquirenti di crediti da recepire entro il 29 dicembre 2023, quale tappa del percorso verso una *Capital Market Union*.

L'obiettivo della disciplina è, da un lato, semplificare il quadro regolatorio degli Stati membri, reso meno funzionale dai vincoli che ostacolano il trasferimento degli NPL dalle banche ad altri soggetti, stabilendo relative garanzie e, dall'altro, armonizzare i requisiti di accesso all'attività di gestione dei crediti. La libera circolazione dei capitali nel mercato interno è stata, infatti, notevolmente penalizzata dal quadro frammentato offerto dalle diverse legislazioni nazionali, che non consente un sufficiente regime di concorrenza sia nel mercato dell'acquisto sia in quello della gestione dei crediti. Ne è derivato un incremento delle commissioni applicate dalle società di gestione di crediti nonché una perdita per le banche che vendano crediti deteriorati a investitori non bancari, con conseguente disincentivo a liberarsi del carico di *npl*.

L'art. 3 della direttiva definisce «gestore di crediti una persona giuridica che, nel quadro della sua attività d'impresa, gestisce e fa rispettare i diritti e gli obblighi legati ai diritti del creditore derivanti da un contratto di credito deteriorato o al contratto di credito deteriorato

---

legislative, regolamentari ed amministrative entro il 17 luglio 2021 ovvero entro l'anno successivo alla definitiva entrata in vigore del nuovo Codice sulla crisi d'impresa e l'insolvenza prevista per il 15 agosto 2020.

stesso, per conto di un acquirente di crediti, e svolge almeno una o più delle attività di gestione dei crediti».

Con riguardo all'ambito di applicazione, il Titolo I chiarisce come essa si applichi agli acquirenti e ai gestori di NPL di origine e/o natura bancaria - prescindendo del tutto dalla qualità e dallo *status* del debitore - che acquistano un contratto di credito nell'esercizio della loro attività commerciale o professionale, con la precisazione relativa all'oggetto necessario del contratto, ossia un credito deteriorato<sup>26</sup>, con l'obiettivo di consentire che un credito deteriorato originariamente concesso da un ente creditizio possa diventare un credito *in bonis* nel corso del processo di gestione del credito<sup>27</sup>.

Merita sottolineare la preoccupazione garantista del legislatore europeo, emergente nell'auspicio, con riferimento ai consumatori, di una modifica delle direttive 2008/48/CE e 2014/17/UE per consentire agli Stati membri di prescrivere ai creditori di esercitare un ragionevole grado di tolleranza prima dell'avvio di procedure di escussione<sup>28</sup>, in coerenza con la necessità di valorizzare le circostanze individuali del consumatore, e la relativa capacità di rimborso, in particolare quando il contratto di credito è garantito da un bene immobile residenziale. Il che dovrebbe tradursi in misure concessive al consumatore, quali il rifinanziamento totale o parziale di un contratto di credito o la modifica dei termini e delle condizioni del contratto, quali l'estensione della durata, la modifica della tipologia del contratto di credito, il differimento totale o parziale del pagamento delle rate da rimborsare per un determinato periodo, la modifica del tasso di interesse, la concessione di una sospensione temporanea dei pagamenti, i rimborsi parziali, le conversioni valutarie, la remissione parziale e il consolidamento del debito. L'elenco delle indicazioni per gli Stati membri, non esaustivo ed ancorato espressamente ad un criterio di ragionevolezza, giunge fino a prevedere che, qualora in seguito ad una procedura di pignoramento permangano debiti residui, gli Stati membri sono invitati a garantire la protezione delle condizioni minime di sussistenza e ad agevolare il rimborso del debito evitando, al contempo, il sovraindebitamento a lungo termine. Almeno nei casi in cui il prezzo

---

<sup>26</sup> Considerando n. 11.

<sup>27</sup> Considerando n. 12.

<sup>28</sup> Considerando n. 56.

ottenuto per il bene immobile residenziale influisce sull'importo dovuto dal consumatore, gli Stati membri dovrebbero incoraggiare i creditori ad adoperarsi ragionevolmente per ottenere il miglior prezzo possibile per il bene immobile residenziale pignorato alle condizioni di mercato. Gli Stati membri non dovrebbero impedire alle parti di un contratto di credito di convenire espressamente che il trasferimento della garanzia al creditore è sufficiente a rimborsare il credito, in particolare quando il credito è garantito dalla residenza principale del consumatore.

Non può non notarsi che rispetto al “pacchetto” proposto dalla Commissione europea il 14 marzo del 2018 risulta espunta la parte relativa al recupero delle garanzie reali: la disciplina originariamente presentata mirava a garantire la disponibilità nelle banche di una copertura sufficiente delle perdite sui crediti deteriorati futuri; a incrementare ulteriormente i mercati secondari dei crediti deteriorati, facendo in modo che le banche possano venderli sia a livello nazionale sia negli Stati membri; a sviluppare uno schema tecnico orientativo per l'istituzione di società nazionali di gestione di attivi e, soprattutto, a permettere un'esecuzione extragiudiziale accelerata dei prestiti coperti da garanzia reale<sup>29</sup>. L'interesse ad ottenere un mercato secondario solido e trasparente risiede anche nella circostanza che è proprio in questo mercato che le banche possono gestire le operazioni per i crediti inesigibili, purché si consenta una maggiore standardizzazione dei dati disponibili.

Dovrebbe essere oggetto di apposito intervento normativo l'obbligo, per gli Stati membri, di predisporre almeno una procedura stragiudiziale di escussione delle garanzie dei crediti (*Accelerated Extrajudicial Collateral Enforcement*, c.d. AECE)<sup>30</sup>: il contratto tra

---

<sup>29</sup> Cfr. Comunicato stampa della Commissione europea del 14 marzo 2018. La proposta «persegue gli obiettivi di speditezza e certezza del recupero dei crediti garantiti per la via della disintermediazione processuale nella realizzazione della garanzia reale, ceduta al potere privato attraverso la previsione di un patto»: così V. CONFORTINI, *Autonomia privata e realizzazione del credito garantito. la proposta di direttiva europea relativa ai gestori di crediti, agli acquirenti di crediti e al recupero delle garanzie reali*, in *Europa diritto privato*, 2018, 3, 1051.

<sup>30</sup> C. ANGELELLI, *NPL: le novità della proposta di direttiva della Commissione europea*, in *www.dirittobancario.it*. Con riguardo alla cessione, gli acquirenti sono tenuti da un lato a possedere requisiti di ingresso nel mercato, consistenti in un impianto minimo di garanzie di solidità patrimoniale e dall'altro al rispetto dei doveri

creditore ed impresa debitrice dovrebbe avere ad oggetto un meccanismo di escussione dei beni mobili e immobili posti a garanzia, senza pregiudicare le disposizioni del diritto nazionale sul trasferimento effettivo dei diritti del creditore né le disposizioni applicabili in materia di ristrutturazione preventiva o procedure di insolvenza. Gli atti ai quali la disciplina si applica sono i contratti di credito conclusi tra creditori, tra cui in primo luogo le banche, e debitori nell'esercizio della loro attività commerciale, d'impresa o professionale che sono garantiti da beni mobili e immobili di proprietà del debitore e che sono stati costituiti in pegno a favore di un creditore al fine di garantire il rimborso di un prestito.

L'obiettivo è favorire l'erogazione transfrontaliera di prestiti e recuperare valore da un prestito garantito qualora un'impresa debitrice non rimborsi il prestito<sup>31</sup>; importanti esclusioni dall'ambito applicativo sono rappresentate dall'esecuzione dei prestiti erogati ai consumatori e dai finanziamenti garantiti da ipoteche sulla prima casa dell'imprenditore/debitore.

Nell'intenzione del legislatore, dunque, da un lato, si dovrebbe ridurre la presenza di crediti deteriorati in ragione della velocizzazione delle procedure di recupero, dall'altro, il valore della garanzia contrattualmente stimato dovrebbe stabilire il valore minimo del credito deteriorato riducendo così *il pricing gap*, in modo da aumentare la liquidità del mercato<sup>32</sup>.

---

informativi verso le Autorità di vigilanza. I gestori sono invece soggetti ad uno statuto normativo più stringente, che oltre alla vigilanza si estende a un regime autorizzativo.

<sup>31</sup> Infatti, si legge nella relazione alla proposta che per recuperare valore da garanzie reali costituite da un debitore in un altro Stato membro, il creditore deve seguire regole diverse da quelle vigenti nello Stato membro di origine del creditore e ne ignora l'efficacia. Attualmente il creditore non può decidere di concordare con il debitore una procedura comune a tutti gli Stati membri. Ne derivano costi di consulenza giuridica ed eventualmente tempi più lunghi per le procedure di recupero, nonché tassi di recupero inferiori. La prospettiva di recuperare importi inferiori o, nella peggiore delle ipotesi, nulli da un prestito garantito in caso di inadempimento del debitore può dissuadere del tutto i prestatori dall'erogare prestiti transfrontalieri, oppure può far aumentare il prezzo del credito per le imprese.

<sup>32</sup> R. NATOLI, cit., 62. Secondo Standard & Poor's le imprese italiane che combattono la pandemia «non sono un caso in Europa»: anzi, nell'ultimo anno i rischi di ribasso dei loro rating (sono il 42% del totale) si è avvicinato alle rivali del continente (41%). Qualche problema in più avranno le banche, che nel 2021 «vedranno raddoppiare i crediti deteriorati, fino a circa 200 miliardi» al lordo di

Nelle more della conclusione del procedimento legislativo, si spera possa essere superata la criticità consistente nella mancata differenziazione della tipologia di *npl* e, quindi, di debitore<sup>33</sup>: la circostanza è dimostrata non soltanto dalla natura onnicomprensiva della definizione, ma anche dalla ampiezza con la quale si delinea l'evento, da indicare nel contratto, che attiva il procedimento di escussione. L'*enforcement event*, infatti, non è necessariamente l'inadempimento ma può ricomprendere anche ipotesi più lievi, quali quelle tipiche delle *utp*, cioè a dire i segnali dai quali si ritiene improbabile l'adempimento.

La logica sembra assimilabile a quella che ha ispirato il legislatore italiano nel predisporre strumenti di escussione stragiudiziale di natura marciana<sup>34</sup>, con i quali si porrà un tema di efficiente armonizzazione, soprattutto in relazione all'art. 48 *bis* TUB, applicabile alle operazioni B2B.

Ne è conferma la raccomandazione contenuta nella proposta originaria di prevedere in sede di recepimento che il creditore garantito sia tenuto a pagare all'impresa debitrice la differenza positiva tra l'importo del credito garantito «e i proventi della vendita dell'attività (a seguito di asta pubblica o di vendita tra privati), ovvero, in caso di appropriazione, la differenza positiva tra l'importo a saldo e la valutazione dell'attività effettuata ai fini dell'appropriazione».

La scelta di politica legislativa consistente nel conferire ai privati la gestione delle conseguenze dell'inadempimento si caratterizza per il meccanismo di salvaguardia della valutazione attuale del bene dato in garanzia, in relazione al quale appare agevole immaginare il sorgere di conflitti tra interessi potenzialmente contrastanti: quello del creditore

---

rettifiche. Dovrebbe però trattarsi di «un picco di breve termine», verso un 2022 di «normalizzazione».

<sup>33</sup> Sottolinea criticamente la concezione – che sembra ispirare la proposta – del credito quale bene uniforme, unidimensionale, passibile di valutazione e trattamento indifferenziato, P. CARRIÈRE, *Il prevedibile impatto per il sistema finanziario e imprenditoriale italiano della proposta di direttiva sullo sviluppo dei mercati secondari di NPL. Opportunità e rischi (memori del “bail-in”)*, *www.dirittobancario.it*, 2018, 6,11.

<sup>34</sup> È ormai un dato di sistema la tipizzazione del patto marciano al livello interno, tipizzazione espressa delle fattispecie correlate all'operatività di determinati trasferimenti a scopo di garanzia ha suggellato la liceità degli schemi marciiani al ricorrere di talune condizioni.

alla celerità della realizzazione e quello del debitore alla massima valutazione. La prassi dovrebbe incaricarsi di rivelare quanto il previsto effetto esdebitativo costituisca un incentivo per il debitore.

Quel che appare chiaro è che la direzione del legislatore europeo, al pari delle discipline nazionali che introducono meccanismi di escussione stragiudiziale delle garanzie e di generale rafforzamento dei poteri del lato attivo del rapporto, deve misurarsi con le esigenze solidaristiche connesse alla crisi attuale e la rinnovata pregnanza del principio di proporzionalità al fine del riequilibrio delle posizioni contrattuali<sup>35</sup>.

#### *4. Distonia europea rispetto all'emergenza sia nella disciplina della patologia del rapporto obbligatorio sia nelle macrostrategie: lo standard del default in luogo dell'inadempimento del caso concreto e le idee macroregolatorie fuori contesto*

La cennata attenzione alle situazioni di probabilità dell'inadempimento si scontra con la disciplina entrata in vigore dal primo gennaio 2021, riguardante la nuova definizione di *default* prevista dal Regolamento (UE) n. 575/2013 relativo ai requisiti prudenziali per gli enti creditizi e le imprese di investimento<sup>36</sup>. Ai fini

---

<sup>35</sup> V., per tutti, P. PERLINGIERI, *Equilibrio normativo e principio di proporzionalità nei contratti*, in *Rass. dir. civ.*, 2001, 341 ss., ora in ID., *Il diritto dei contratti fra persona e mercato. Problemi del diritto civile*, Napoli, 2003, 441 ss.

<sup>36</sup> Cfr. <https://www.bancaditalia.it/media/fact/2020/definizione-default/index.html>: la nuova definizione di *default* prevede che, ai fini del calcolo dei requisiti patrimoniali minimi obbligatori per le banche e gli intermediari finanziari, i debitori siano classificati come deteriorati (default) al ricorrere di almeno una delle seguenti condizioni:

a) il debitore è in arretrato da oltre 90 giorni (in alcuni casi, ad esempio per le amministrazioni pubbliche, 180) nel pagamento di un'obbligazione rilevante.

b) la banca giudica improbabile che, senza il ricorso ad azioni quali l'escussione delle garanzie, il debitore adempia integralmente alla sua obbligazione.

La condizione b) è già in vigore e non cambia in alcun modo. Per quanto riguarda la condizione a), un debito scaduto va considerato rilevante quando l'ammontare dell'arretrato supera entrambe le seguenti soglie:

i) 100 euro per le esposizioni al dettaglio e 500 euro per le esposizioni diverse da quelle al dettaglio (soglia assoluta);

ii) l'1 per cento dell'esposizione complessiva verso una controparte (soglia relativa).

dell'attribuzione dello stigma del *default*, è necessario che lo sconfinamento superi la c.d. soglia di rilevanza, - vale a dire il livello superato il quale un credito bancario viene considerato a rischio - cioè contemporaneamente sia la soglia assoluta (100 o 500 euro, a seconda della natura del debitore) sia quella relativa (1% dell'esposizione) e che lo sconfinamento si protragga per oltre 90 giorni consecutivi (in alcuni casi, ad esempio per le amministrazioni pubbliche, 180 giorni).

La disciplina ha suscitato non poco allarme tra gli operatori, ancorché la Banca d'Italia abbia tentato di ridurne la portata «esclusivamente al modo con cui le banche e gli intermediari finanziari devono classificare i clienti a fini prudenziali, ossia ai fini del calcolo dei requisiti patrimoniali minimi obbligatori per le banche e gli intermediari finanziari». Si ammette che la nuova definizione di *default* potrebbe avere riflessi sulle relazioni creditizie fra gli intermediari e la loro clientela, con conseguenti iniziative volte ad assicurare la regolarizzazione del rapporto creditizio ma non si sostanzierebbe in un divieto agli sconfinamenti<sup>37</sup>: come già ora, le banche, nel rispetto delle proprie *policy*, possono consentire ai clienti utilizzi del conto che comportino uno sconfinamento oltre la disponibilità presente ovvero, in caso di affidamento, oltre il limite di fido.

In realtà, vero è che le regole europee sulla definizione di *default* non rappresentano un cambiamento improvviso; ma proprio la circostanza per la quale i criteri che le banche devono utilizzare per identificare le esposizioni in stato di *default* sono disciplinati a livello europeo da tempo - dal Regolamento sui requisiti di capitale delle banche, entrato in vigore il 1° gennaio 2014 e che per assicurarne un'applicazione uniforme in tutta Europa, la Commissione europea (con un Regolamento del 2018) e l'EBA (con linee guida del 2017) hanno fornito ulteriori specificazioni, applicabili dal 1° gennaio 2021 - lascia emergere che il contesto socio economico di maturazione delle prescrizioni in parola è significativamente diverso dall'attuale nel quale trovano piena applicazione. In altri termini, è proprio nella coerenza del progetto che si rinviene la maggiore criticità della questione, quasi che gli *standard* immaginati all'inizio dell'*iter* fossero cristallizzati

---

<sup>37</sup> Lo sconfinamento, ossia l'utilizzo dei fondi per importi superiori alle disponibilità presenti sul conto o al fido accordato, rappresenta non un diritto del cliente, ma una facoltà concessa dalla banca, che può anche applicare commissioni.

nell'impostazione del legislatore a prescindere dagli sconvolgimenti e dalla produzione normativa emergenziale promanante dalla medesima fonte.

Se nella sostanza non si modifica la classificazione di una situazione debitoria quale "sofferenza" - sulla quale continua ad incidere la non temporaneità dell'incapacità di restituire il debito, a seguito di una valutazione condotta dall'intermediario sulla posizione complessiva del cliente, che dovrebbe evitare automatismi tra la classificazione a *default* e la segnalazione a sofferenza in Centrale Rischi<sup>38</sup> - non si può escludere il pericolo di una compromissione della capacità di accesso al credito, essendo connesse alla valutazione del merito creditizio rispetto al sistema bancario nel suo complesso.

Del resto, secondo la giurisprudenza, la valutazione della complessiva situazione finanziaria del debitore funge quale criterio di riferimento al fine della stessa segnalazione: non è, infatti, sufficiente il mero inadempimento, poiché è necessaria «una valutazione da parte dell'intermediario della complessiva situazione finanziaria del cliente e non può scaturire automaticamente da un mero ritardo di quest'ultimo nel pagamento del debito. La contestazione del credito non è di per sé condizione sufficiente<sup>39</sup>». La segnalazione presuppone che l'intermediario creditizio «riscontri una situazione patrimoniale deficitaria, caratterizzata da una grave e non transitoria difficoltà economica equiparabile, anche se non coincidente con la condizione di insolvenza<sup>40</sup>». Stabilire se la banca abbia agito correttamente o meno nel segnalare il nominativo del debitore alla Centrale dei rischi è un giudizio che non può basarsi soltanto sull'accertata infondatezza delle eccezioni sollevate dal debitore, ma deve estendersi a valutare la meritevolezza delle ragioni invocate dal debitore a sostegno del rifiuto di adempiere, e la diligenza impiegata dalla banca nel valutarle<sup>41</sup>.

---

<sup>38</sup> Cfr. M. CULMONE, *La segnalazione a sofferenza nella Centrale rischi: il preavviso al cliente tra tutela del consumatore e obblighi informativi di buona fede*, in *Giustiziacivile.com*, 2022, 4.

<sup>39</sup> Istruzioni per gli intermediari creditizi della Banca d'Italia 11 febbraio 1991, n. 139, aggiornata al 1° marzo 2020, Cap. II, Sez. 2.

<sup>40</sup> Cass. 9 luglio 2014, n. 15609, *Gius. civ. Mass.*, 2014.

<sup>41</sup> Così Cass., ord. 9 febbraio 2021, n. 3130, in *Guida al dir.*, 2021, 21.: «per stabilire se una banca abbia correttamente o meno segnalato alla centrale dei rischi l'inadempimento di un'obbligazione del cliente, non è sufficiente valutare ex post si, all'esito del giudizio tra banche cliente le eccezioni da questi fraposte

Lungi da tale prospettiva di promozione dell'accertamento condotto in concreto, i nuovi criteri di classificazione si riflettono uniformemente per tutti gli intermediari che fanno parte dello stesso gruppo bancario o finanziario, penalizzando inevitabilmente soprattutto le piccole imprese in ragione della minore flessibilità delle banche, che si trovano in un sentiero stretto nel quale sarà meno agevole concedere compensazioni tra linee di credito. Il comprensibile obiettivo europeo di armonizzare la regolazione bancaria alla luce della notevole frammentarietà del mercato interno, potrebbe produrre effetti punitivi sul nostro sistema, anche considerando che:

- lo stato di *default* permane anche dopo la regolarizzazione dei pagamenti, per altri 90 giorni, diversamente da quanto stabilito in precedenza, poiché fino al 31 dicembre 2020 saldare i debiti pregressi consentiva di porre fine allo stato di *default*.
- per la gestione dei conti c.d. "in rosso" non saranno più consentiti gli addebiti automatici se i clienti non avranno sufficienti disponibilità liquide sui loro depositi bancari.

Appare evidente l'inappropriatezza dei parametri rispetto alla realtà socioeconomica cui si applicano, solo se si considera, ad esempio, che in Italia il 63% del totale dei *non performing loans* riguarda finanziamenti superiori a 1 milione di euro.

Risulterebbe inspiegabilmente compresso il ruolo cruciale che il credito assume nelle crisi economiche e nel percorso di ricostruzione successiva per sostenere le imprese: facilitare anche sotto il profilo della qualificazione giuridica lo scivolamento automatico da situazioni di temporanea difficoltà dei debitori a condizioni di deterioramento sarebbe esiziale; inoltre, un istituto bancario con molti crediti in sofferenza nel proprio bilancio registra una carenza liquidità, che fatalmente comporta una riduzione della capacità di erogare nuovo credito.

Si aggiunga che la crisi produce effetti sulle stesse banche, anch'esse imprese, ancorchè destinatarie di uno statuto speciale: in un contesto di

---

all'adempimento dei propri obblighi si siano rivelate infondate; è necessario invece stabilire, con valutazione ex ante, se al momento in cui il cliente ha rifiutato l'adempimento delle proprie obbligazioni i motivi del rifiuto apparissero oggettivamente non infondati, e prospettati in buona fede. L'onere della relativa prova grava su chi domanda il risarcimento del danno da illegittima segnalazione a Centrale dei rischi».

tassi d'interesse negativi, le banche subiscono la bassa redditività oltre che le sofferenze nei bilanci, scontando il ritardo della predisposizione di una garanzia unica europea sui depositi e di un meccanismo unico di risoluzione armonizzato.

In relazione a tali profili critici, che investono la prospettiva macroeconomica, la risposta del legislatore europeo rischia di essere altrettanto insensibile al contesto.

In primo luogo, si registra una battuta d'arresto nel faticoso percorso verso l'unione bancaria, lungo il quale si rilevano divergenze sul nodo fondamentale dei rapporti tra la garanzia dei depositi, i limiti alla concentrazione dei titoli sovrani e il mercato unico dei servizi bancari: una posizione si attesta sulla richiesta che la garanzia comune dei depositi bancari si accompagni alla riduzione del rischio sul debito sovrano; il che comporterebbe una restrizione del numero di titoli di Stato per le banche nazionali, al fine di evitare che quelle più esposte possano godere di una garanzia comune europea anche per scongiurare ipotetici aumenti degli indebitamenti statali contando sugli acquisti da parte dei propri istituti bancari; a ciò si obietta che l'attuale riduzione da parte della BCE degli acquisti di titoli pubblici deve escludere limiti all'intervento delle banche nazionali<sup>42</sup>.

In secondo luogo, l'aumento dei tassi appena annunciato dalla BCE nel momento in cui si scrive rappresenta un evento atteso nella logica della normalizzazione della politica monetaria, dopo la lunga anomalia dei tassi negativi. Si tenga, tuttavia, conto che i principali effetti economici delle emergenze – sia pandemica sia bellica – sono la crescita del debito pubblico e l'aumento del risparmio privato: una rigida politica di contrasto all'inflazione con i depositi bancari a basso rendimento potrebbe condurre sia ad una paralisi del risparmio sia ad una fase recessiva, poiché verrebbe meno la leva all'indebitamento costituito dal basso costo del denaro. È stata rilevata opportunamente la necessità di considerare quali siano i fattori sottostanti all'aumento dell'inflazione, in quanto altro è l'inflazione prodotta dalla parte della domanda, riguardo alla quale l'aumento dei tassi sarebbe appropriato, altro è l'effetto derivante dallo *shock* dell'offerta, che induce a

---

<sup>42</sup> G. CHIPELLINO, *Unione bancaria europea, sfuma ancora l'intesa: piano da riconsiderare*, in *Il Sole 24 Ore*, 11 giugno 2022, 5.

qualificare l'aumento dei tassi come meno pertinente<sup>43</sup>.

La decisione della BCE parrebbe, allora, accreditare l'idea che le istituzioni economiche europee ritengano conclusa o non più necessaria o non più utile la strategia di politica monetaria impostata in seguito alla pandemia, ancora attuale alla luce dello sconvolgimento delle previsioni di crescita derivante dalla guerra.

##### *5. La sostenibilità dei rapporti di credito oltre l'emergenza.*

La sorte dei rapporti obbligatori sottostanti e delle relative garanzie si trova inserita in un quadro di distonia normativa, la cui scelta di fondo non è chiara, tra sostegni alle situazioni debitorie e rigidità, intervento statale ed autotutela esecutiva, garantismo e nuovi poteri creditori, istanze di tutela e meccanismi soddisfatti.

Si assiste ad una compressione dell'autonomia privata nella gestione e nella risoluzione della crisi bancaria per poi rilevare una sua notevole espansione – unilaterale - nella fase esecutiva del rapporto obbligatorio. La difficoltà nell'individuazione di un punto di equilibrio tra i termini di questa relazione dialettica, se non conflittuale, forse risiede nel fatto che si è dinanzi, più che ad una fase di rinnovamento degli strumenti giuridici coinvolti, a innovazioni nate vecchie o, comunque, invecchiate precocemente.

C'è da chiedersi quale tra i citati profili contrapposti si trasformerà in un carattere strutturale sia sotto il profilo giuridico sia sotto quello economico; in altre parole, occorre verificare se quanto giustificato dalle emergenze e instauratosi nella prassi e nella cultura giuridica sia ancora in grado di produrre effetti benefici ovvero distorsivi. Del resto, con riferimento ad altri contesti, è stato già affermato in letteratura che la garanzia statale sul risparmio, che cancella l'alea del mercato, produce a lungo andare un danno all'economia, poiché finisce per comprimere gli interessi del lavoro e delle imprese<sup>44</sup>, considerando anche che il ricorso agli aiuti determina maggiore difficoltà nell'individuare correttamente i rischi di credito.

Non si può, allora, fornire risposta efficace ai mutamenti che

---

<sup>43</sup> In questi termini si esprime lo stesso ex Ministro dell'economia e delle finanze, Daniele Franco: cfr. *Il Sole 24 ore*, 11 giugno 2022.

<sup>44</sup> Cfr. A. GRAMSCI, *Quaderni dal carcere, Americanismo e fordismo*, Quaderno 22, § 14, Torino, ed. 1977, 2137 ss.

promanano dalle emergenze, strutturali o congiunturali che siano, se non si considera che la sostanza del capitalismo è nella sua continua capacità di adattarsi ed evolversi, in una sorta di distruzione creatrice<sup>45</sup> e di rimodularsi anche in una fase nella quale sembra riemergere il ruolo dello Stato nell'economia. Nell'immediata fase post pandemica le banche hanno esercitato il ruolo di esecutori di prestazioni per conto dello Stato, mediante aiuti, sostegni, prestiti garantiti; al contempo, devono anche attrezzarsi a finanziare la ripresa soprattutto per chi non ha potuto accedere alla garanzia statale. Il che, però, dovrà avvenire non più sulla base delle regole pandemiche ma secondo gli *standard* europei descritti.

In momenti storici quale l'attuale, la reazione agli sconvolgimenti determinati da una pandemia o da una guerra coincide con l'ampliamento dell'area dell'intervento pubblico in economia, anche con riferimento ai salvataggi bancari; anche al ridosso dei conflitti mondiali, nell'ambito del dibattito sulla «ricostruzione» degli istituti giuridici, si rilevava che «l'ingresso dello Stato in un dato ordine di rapporti prima o poi modifica la disciplina e la natura di quei rapporti»<sup>46</sup> ed anche allora la tesi più condivisibile era quella di chi sosteneva che lo Stato non dovesse limitare l'economia di mercato ma articolarsi «in soggetti e discipline necessarie per rendere possibile ed efficace l'economia di mercato»<sup>47</sup>.

L'alternativa al neopatrimonialismo disintermediato risiede non nel neodirigismo emergenziale, ma nella costruzione di una fase nella quale

---

<sup>45</sup> J. A. SHUMPETER, *Capitalismo, socialismo, democrazia*, Milano, 1967. S. CINGOLANI, *Il capitalismo buono*, Roma, 2020, definisce il capitalismo moderno Prometeo. Sul tema, si vedano le pagine suggestive di G. ROSSI, *Il gioco delle regole*, Milano, 2006, spec. 29 s. e 37: «Il rapporto fra mercato e diritto, fra il gioco e le sue regole, ripropone il paradosso di Achille e della sua tartaruga, col secondo (il diritto) rassegnato a inseguire il primo (il mercato) sapendo che non lo raggiungerà mai. [...] Artificiale o naturale che sia, il mercato nasce dal basso, e il diritto è destinato a rincorrerlo, e tutt'al più a tentare di condizionarlo».

<sup>46</sup> F. VASSALLI, *Della legislazione di guerra e dei nuovi confini del diritto privato*, in *Riv. dir. comm.*, 1919, 1, 20.

<sup>47</sup> P. BARATTA, *Alberto Beneduce e la costituzione e la gestione del Credito e dell'Icipu*, in AA.VV., *Alberto Beneduce e i problemi dell'economia italiana del suo tempo. Atti della giornata di studio per la celebrazione del 50° anniversario dell'istituzione dell'IRI*, Roma, 1985, 62. In prospettiva diversa, cfr. diffusamente, C. SALVI, *Capitalismo e diritto civile. Itinerari giuridici dal Code civil ai Trattati europei*, Bologna, 2015.

il profilo della “macro-regolazione” sia coerentemente ancorato al complesso dei principi costituzionali ed europei, ciò che non sembra realizzarsi nell’analisi delle diversificate *rationes* degli interventi europei in materia: non può non scorgersi un’ambiguità nelle strategie di politica legislativa, che in linea di principio sembrano timidamente sensibili alla concreta situazione debitoria, alla considerazione della ragione dell’inadempimento, al governo della fase preventiva, alla proporzionalità del rapporto. Nel disciplinare, però, il momento più inerente alle condizioni patrimoniali della persona, la preferenza ricade sulla rigidità di *standard* scanditi in base a criteri econometrici.

Il mercato del credito post crisi rappresenta, invece, il terreno più idoneo per un ripensamento del diritto europeo del credito da manifestarsi non soltanto sotto un profilo macroregolatorio nelle contingenti deroghe al regime sugli aiuti di Stato quanto nella rilettura interna della relazione creditoria. È necessario che oltre le (e in seguito alle) crisi, l’economia del debito si sintonizzi su una centralità della figura del debitore – persona, di là da ogni prospettiva riduzionistica ad imprenditore o a consumatore<sup>48</sup>, nel rispetto della tutela costituzionale del risparmio.

A fronte del costante attivismo pubblico mediante interventi provenienti da molteplici fonti, l’autoregolamentazione privata è chiamata a presidiare uno spazio di agibilità giuridica che non può esaurirsi nell’area della realizzazione coattiva del credito: il legislatore europeo e nazionale innescano un processo forse eccessivamente prolifico ma efficace nella misura in cui la regolazione viene integrata mediante le buone prassi indicate dall’Autorità di vigilanza in grado di garantire maggiormente la trasparenza dei contratti sia dai sistemi di ADR come l’Arbitro Bancario Finanziario<sup>49</sup>.

L’area degli interventi pubblici, restrittivi dell’autonomia imprenditoriale, può trovare fondamento normativo nei limiti che l’art. 41 della Costituzione pone all’autonomia privata, la cui compressione può essere giustificata ovvero evitata grazie al ricorso ai principi di

---

<sup>48</sup> Sul tema, cfr. P. PERLINGIERI, *Il “diritto privato europeo” tra riduzionismo economico e dignità della persona*, in *Europa diritto privato*, 2010, 345 ss.

<sup>49</sup> Così M. RABITTI, ABF e LEXITOR: *estinzione anticipata e riduzione del costo del credito alla luce del principio di equità integrativa*, in questa *Rivista*, gennaio 2020, 2.

ragionevolezza e proporzionalità<sup>50</sup>.

Quanto mai attuale il richiamo appare nell'analisi dell'oggi e nella predisposizione degli equilibri dell'immediato futuro, nel quale il soggetto pubblico è chiamato alla regolazione del settore bancario e finanziario, soprattutto nella disciplina delle regole prudenziali.

Si pensi all'esigenza di tutela delle imprese strategiche, che ha indotto ad emanare la disciplina sul c.d. *golden power*<sup>51</sup>, in base alla quale il Governo, al ricorrere di determinati presupposti, è legittimato ad esercitare un potere di veto o di imposizione di specifiche prescrizioni in presenza di operazioni economiche potenzialmente pregiudizievoli degli interessi essenziali dello Stato, per salvaguardare da possibili scalate ostili gli assetti proprietari delle società attive in settori strategici per l'economia nazionale. L'obiettivo risiede nell'individuare un punto di equilibrio tra due esigenze: la tutela delle libertà fondamentali secondo il diritto dell'Unione europea (sancite in particolare dagli artt. 63 e 49 del TFUE, relativi, rispettivamente, alla libertà di circolazione dei capitali e alla libertà di stabilimento di impresa) e la protezione degli interessi nevralgici dello Stato membro<sup>52</sup>. Mediante l'applicazione dei suddetti principi, occorre valutare se le esigenze di tutela dell'*asset* strategico possano essere soddisfatte con l'esercizio dei poteri speciali con l'imposizione di determinate prescrizioni; soltanto qualora queste ultime non risultino idonee al raggiungimento dello scopo, è possibile optare per la forma più incisiva

---

<sup>50</sup> Dal punto di vista costituzionalistico interessante è la lettura *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, Atti del seminario svoltosi in Roma, Palazzo della Consulta, 13-14 ottobre 1992, Milano, 1994. Sulla trasversalità dei principi richiamati nei rapporti tra privati, cfr. G. PERLINGIERI, *Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civile*, Napoli, 2016.

<sup>51</sup> Introdotta dal legislatore del 2012, il c.d. *golden power* costituisce «una limitazione ai principi europei della libertà di stabilimento e della libera circolazione dei capitali per la protezione di asset strategici. Il *golden power* costituisce in questa fase storica una risposta alla “deglobalizzazione” e alla contrapposizione tra opposte visioni del mondo tra i principali attori sulla scena internazionale»: cfr. M. CLARICH e G. MARRA, *Golden power: il Giudice conferma il potere dello Stato*, questa *Rivista*, aprile 2022. Per un'utile e aggiornato panorama della disciplina, R. CHIEPPA, *La nuova disciplina del golden power dopo le modifiche del d.l. n. 21/2022 e della legge di conversione n. 51/2022*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), 15/06/2022, n. 16.

<sup>52</sup> G. AMATO, *Bentornato Stato, ma*, Bologna, 2022, 42 ss. Nella prospettiva neo statalista, P. GERBAUDO, *Controllare e proteggere. Il ritorno dello Stato*, Milano, 2022.

di esercizio dei poteri speciali, costituita dal veto.

Emerge, così, una legittima preoccupazione in ordine ad un necessario bilanciamento tra gli interessi in gioco, da cui sorge l'interrogativo - anche alla luce della lunga serie di interventi statali connessi alla pandemia che si sono espressi in sostegno generalizzato ai redditi - se si tratti di un interventismo davvero eccezionale ovvero se sussista il pericolo di una soggezione nei confronti del pagatore di ultima (unica) di natura statale. In altri termini, il rischio è che dall'emergenza sorgano pericoli per le garanzie democratiche nella concentrazione di risorse, di gestione, di potere decisionale, in base alla suggestione negativa che gli stati autoritari sono più adatti a fronteggiare le emergenze<sup>53</sup>.

Le crisi, in primo luogo quella pandemica, hanno rivelato la necessità di un ripensamento delle regole sul debito, soprattutto nel momento inflattivo, considerato il tramonto dell'era dell'austerità sul versante pubblico e della visione del debito quale colpa, su quello privato: governare il debito implica la necessità di occuparsi più che di ridurre l'ammontare della spesa pubblica e dell'indebitamento privato vengono in rilievo la qualità del debito e le ragioni dell'eventuale inadempimento.

Eppure, quanto descritto in relazione alle recentissime determinazioni delle istituzioni europee esprime un'istanza di segno opposto, orientata a concludere il ciclo del *Quantitative easing*, nel quale aveva preso piede una transizione anche culturale dall'austerità al "debito buono". Sottesa a simile tendenza, è l'idea che l'emergenza si stia esaurendo e possa chiudersi alla stregua di una parentesi della cronaca e, con essa, la funzionalizzazione delle politiche del diritto e degli istituti giuridici ad esigenze straordinarie.

Appare, tuttavia, non condivisibile argomentare nel senso di una transitorietà delle conseguenze giuridiche ed economiche degli ultimi tempi: per tentare di rispondere all'interrogativo da cui si sono prese le mosse, il superamento effettivo di una logica emergenziale, pericolosamente strutturale tanto da alterare le categorie per sospingerle verso un sottosistema dell'eccezione, richiede la metabolizzazione dei relativi lasciti, che il sistema ordinamentale può assorbire ed appagare se si accoglie la prospettiva di un'innovazione sostenibile nella quale

---

<sup>53</sup> S. CINGOLANI, cit., *passim*.

egualmente rilevante sono il ruolo dei privati e quello della regolazione pubblica<sup>54</sup>. Il che richiede un rimediazione contestuale dei filoni della politica economica degli ultimi anni e delle categorie dei rapporti tra privati rigidamente interpretate, alla luce di una rinnovata centralità della persona nell'economia del debito. Ciò in quanto se è insostituibile l'apporto pubblico nella protezione dalle diseguaglianze prodotte in periodi emergenziali, il rilancio del sistema passa per l'interpretazione flessibile delle regole poste a tutela degli interessi meritevoli coinvolti.

---

<sup>54</sup> P. AGHION, C. ANTONIN e S. BUNEL, *Il potere della distruzione creatrice. Innovazione, crescita e futuro del capitalismo*, Venezia, 2021, 450.