

PUBBLICAZIONE TRIMESTRALE

ISSN: 2279-9737

Rivista
di Diritto Bancario

dottrina
e giurisprudenza
commentata

LUGLIO / SETTEMBRE

2024

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, ALESSANDRA
CAMEDDA, GABRIELLA CAZZETTA, PAOLA DASSISTI, ALBERTO
GALLARATI, EDOARDO GROSSULE, LUCA SERAFINO LENTINI
(SEGRETARIO DI REDAZIONE), PAOLA LUCANTONI, EUGENIA
MACCHIAVELLO, UGO MALVAGNA, ALBERTO MACER, MASSIMO
MAZZOLA, EMANUELA MIGLIACCIO, FRANCESCO PETROSINO,
ELISABETTA PIRAS, CHIARA PRESCIANI, FRANCESCO QUARTA,
GIULIA TERRANOVA, VERONICA ZERBA

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.

Rivista | dottrina
di Diritto Bancario | e giurisprudenza
commentata

SEDE DELLA REDAZIONE

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

Considerazioni sul rischio di inadempimento del debitore e la qualificazione di “deterioramento” del credito

Signor Marks, in nome della sezione Precrimine di Washington D.C. la dichiaro in arresto per il futuro omicidio di Sarah Marks e Donald Dubin che avrebbe dovuto avere luogo oggi 22 aprile alle ore 8 e 04 minuti.

(Minority report, Steven Spielberg, 2002)

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La nozione di credito “deteriorato”. – 3. L’inadempienza “probabile”. – 4. L’inadempimento prospettico e il rischio di insolvenza nel Codice della crisi di impresa e dell’insolvenza. – 5. Il rischio di inadempimento nel Codice civile: la decadenza dal beneficio del termine e il mutamento delle condizioni patrimoniali del contraente. – 6. Struttura del rapporto obbligatorio e rischio di inadempimento nel credito “deteriorato”.

1. Premessa

La possibilità di essere considerato un debitore inaffidabile e persino in stato di decozione, prima ancora di essere incorso in una situazione di inadempimento alle obbligazioni, è una eventualità che può diventare reale, in forza di una accresciuta rilevanza dei segnali di difficoltà patrimoniale e finanziaria per legittimare un giudizio prognostico negativo sulla probabilità che si verifichi un inadempimento; così, come in un noto film di Steven Spielberg la visione anticipata del crimine – disponibile grazie a una sofisticata tecnologia e al contributo di personaggi dotati di un dono di preveggenza – giustificava la punizione anticipata del futuro colpevole, a scapito del libero arbitrio che avrebbe potuto fino all’ultimo momento modificare gli accadimenti della realtà, così il debitore può diventare destinatario di misure dedicate che presuppongono l’inadempimento o l’insolvenza, prima ancora che queste si siano verificate.

Il tema è trasversale, presente nello stesso Codice civile e poi sviluppatosi lungo le direttrici dell’inadempimento del consumatore e della crisi di impresa, e ha recentemente ricevuto un ulteriore impulso dalla disciplina delle esposizioni e dei crediti deteriorati (*non*

performing loans), che costituiscono il punto di vista delle osservazioni che seguiranno.

L'analisi della situazione economica globale in cui si è sviluppato il tema della gestione del credito deteriorato consente concordemente di datare la sua emersione con la crisi finanziaria del 2007 che, come noto, tra i suoi molteplici aspetti, è stata caratterizzata anche dalla difficoltà dei debitori bancari di sostenere le rate di restituzione dei finanziamenti (in particolare, i mutui ipotecari che avevano ingolosito l'ingegneria finanziaria dei derivati e delle cartolarizzazioni dei crediti); in sintesi – essendosi già formata una vastissima letteratura in argomento¹, – i crediti di difficile o impossibile realizzo hanno gravato sui bilanci delle banche, nei quali dunque poste attive oggetto di svalutazione determinano una tensione rispetto ai parametri di liquidità imposti dalla legislazione interna e europea, con riflessi sulla capacità di operare dell'intermediario². La ricerca di soluzioni ha valorizzato le due principali alternative a disposizione della banca: gestione diretta del recupero credito e mantenimento nel bilancio dei crediti deteriorati, oppure la cessione di questi ultimi sul mercato³. Tuttavia, l'asse della rilevanza dei crediti deteriorati si è poi fissato verso il profilo contabile, in una prospettiva sostanzialmente sistemica, che ha visto perlopiù

¹ V. CONFORTINI, *Deterioramento del credito e definizione europea di default (profili civilistici)*, in *Eur. dir. priv.*, 2022, 671 ss. dove altri riferimenti. E sia consentito rinviare anche a A. SCOTTI, *La tutela del debitore nella cartolarizzazione di crediti e le questioni particolari per le esposizioni «deteriorate»*, in *Persona e mercato*, n. 4, 2023, 648 ss., in particolare 653.

² M. MAGGIOLINO, *Appunti sul ruolo delle banche ai tempi del COVID-19*, in *Riv. soc.*, 2020, 550.

³ F. CAPRIGLIONE, *La problematica dei crediti deteriorati*, in *Riv. trim. dir. econ.*, suppl. n. 2, 2019, 2 ss. In tale prospettiva, è stato osservato che i principi contabili fanno preferire la dismissione, finanche in una prima fase, quando ancora non sono significative le prospettive di perdita (L. STANGHELLINI e N. USAI, *La gestione dei crediti deteriorati; strumenti giuridici, best practices e possibili evoluzioni, anche alla luce del codice della crisi*, in *Dir. fall.*, 2023, 986); d'altra parte, la centralità della cessione è attestata dall'apertura del mercato secondario degli NPL, regolata oggi dalla Direttiva (UE) 2021/2167 *Secondary Market Directive (SMD)* relativa ai gestori e agli acquirenti di crediti deteriorati, e recepita in Italia con il d.lgs. 30 luglio 2024, n. 116 (A. PARZIALE, *Verso il mercato unico dei crediti deteriorati: la Direttiva 2021/2167 sui non-performing loans (NPL) nel quadro delle strategie europee di gestione dei crediti deteriorati e il suo recepimento in Italia*, in questa *Rivista*, 2023, II, 391 ss.).

consegnare all'intervento pubblico la responsabilità politica del problema, con tutti i limiti e le criticità per contenerlo entro i confini del divieto di aiuti di stato: si pensi alla costituzione delle *bad banks*, nelle quali confluiscono i crediti deteriorati, rilevati dallo Stato, che poi li gestisce senza i vincoli prudenziali imposti al sistema bancario⁴. Pertanto, nella disciplina positiva di fonte europea i concetti di esposizione e credito deteriorato hanno una rilevanza di natura contabile e prudenziale⁵ – ma, pur essendo stati elaborati in tale contesto, presentano un'incontrovertibile attitudine a incidere, nei modi che si vedranno in seguito, sulle stesse nozioni generali di inadempimento e di insolvenza del debitore.

2. La nozione di credito “deteriorato”

Il tentativo di costruire una nozione unitaria di credito deteriorato fa riferimento alla compromissione delle possibilità di adempimento perché il debitore è sostanzialmente in stato di *default*, e quindi la posizione si caratterizza per difficoltà o inesigibilità del pagamento⁶. Nell'ordinamento interno, si deve alla Banca d'Italia una prima organizzazione dei diversi livelli di problematicità del debitore bancario⁷, con la previsione di una serie di criteri per valutare la qualità del credito, anche in questo caso ai fini di una corretta appostazione in bilancio; criteri che costituiscono le premesse per una classificazione in cinque categorie, tra le quali appare opportuno segnalare che è considerato debitore in *default* quello che versa in una situazione di inadempimento, qualificata dalla proporzione rispetto all'esposizione complessiva (*past-due*), affiancato da una figura di inadempiente probabile (*unlikelyness to pay*).

⁴ P. CARRIÈRE, I “fondi comuni di ristrutturazione” tra investimento, finanziamento e cartolarizzazione, in *Riv. soc.*, 2016, 718.

⁵ Nel Regolamento UE n. 630/2019, di cui subito nel testo, l'art. 47 *bis*, comma 3, collega espressamente la qualificazione del credito con la riduzione di valore secondo la disciplina contabile, che, a sua volta, ne determina il medesimo inquadramento anche secondo la regolamentazione prudenziale (G. VIOTTI, *Verso una disciplina europea dei crediti deteriorati: riflessioni a margine del regolamento (UE) 2019/630*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2020, I, 132 e 138).

⁶ F. CAPRIGLIONE, *op. cit.*, 4. ss.

⁷ Si tratta della circolare n. 272 del 30 luglio 2008, *Regole riguardanti specifiche tipologie di operazioni*, B7, 2.1. *Qualità del credito*.

Attualmente, la definizione di credito deteriorato è offerta dal legislatore europeo, con il regolamento (UE) n. 630/2019, che ha modificato il regolamento (UE) n. 575/2013 (*Capital Requirements Regulation* – CRR). Il quadro tratteggiato prevede la figura delle *esposizioni deteriorate*, che comprende i *crediti* deteriorati – che, quindi, non dovrebbero più essere utilizzati come sinonimi, sebbene, come si legge nella Relazione per il peso quantitativo andrebbero considerati *pars pro toto*⁸ – i *titoli di debito* deteriorati e gli *strumenti fuori bilancio* deteriorati. In base alla rinnovata formulazione dell'art. 47 *bis*, comma 3, CRR, l'esposizione deteriorata corrisponde allo stato di *default* del debitore, il quale a sua volta viene definito attraverso il rinvio all'art. 178 che vi annovera le ipotesi in cui «a) l'ente giudica improbabile che, senza il ricorso ad azioni quale l'escussione delle garanzie, il debitore adempia integralmente alle sue obbligazioni creditizie verso l'ente stesso, la sua impresa madre o una delle sue filiazioni; b) il debitore è in arretrato da oltre novanta giorni su una obbligazione creditizia rilevante verso l'ente stesso, la sua impresa madre o una delle sue filiazioni». Per quanto riguarda la prima fattispecie, lo stesso art. 178 elenca esemplificativamente alcuni casi di inadempienza *probabile*, quali l'inclusione del credito tra le sofferenze e gli incagli, la rilevazione di una rettifica di valore, la decisione di cedere il credito subendo una perdita significativa, l'adesione a una proposta di ristrutturazione del credito suscettibile di determinare una remissione, anche parziale, del credito o a un differimento del pagamento del capitale; come si vede, alle ipotesi connotate dalla discrezionalità della banca, si affiancano altre fattispecie, qualificate da presupposti esterni, come l'accesso, da parte del debitore, agli strumenti di regolazione della crisi⁹. Nella disciplina dell'art. 47 *bis*, il deterioramento del credito è determinato anche dalla riduzione di valore conseguente all'applicazione della normativa contabile, alle esposizioni

⁸ G. VIOTTI, *op. cit.*, 122.

⁹ È opportuno precisare, però, che nel testo italiano il riferimento è al *fallimento* del debitore, *procedura analoga* oppure *situazione assimilabile* al fallimento; la traduzione può ritenersi sostanzialmente affidabile, visto che il testo inglese usa il termine *bankruptcy* e quello francese *mise en faillite*.

in prova¹⁰ alle quali sono state accordate *misure di concessione*¹¹ scadute da oltre trenta giorni, esposizioni in forma di impegno, probabilmente non rimborsabili senza l'escussione di garanzie reali, e le garanzie finanziarie che saranno *probabilmente* attivate dalla parte garantita.

Ora, la collocazione della nozione di credito deteriorato in un testo normativo dedicato ai requisiti di stabilità finanziaria e la stessa previsione dell'art. 47 *bis* caratterizzano la strumentalità del concetto alla corretta contabilizzazione dei crediti bancari, e in definitiva della finalità sistemica della sana e prudente gestione dell'impresa bancaria; ma, è stato rilevato, scopo delle classificazioni è anche quello di incidere sulle tecniche di recupero di tali crediti introducendo «un regime comune relativo alle società di gestione» dei medesimi e, in particolare, disciplinando l'«accesso all'attività di acquisto del credito sul mercato secondario», ponendo così l'attenzione anche ai possibili sbocchi della presenza di posizioni inesigibili nei bilanci bancari¹². Fin qui, però, si è sostanzialmente ancora nell'area della determinazione dei requisiti patrimoniali e del controllo sulla stabilità finanziaria degli istituti di credito. Appare opportuno interrogarsi, invece, se e come la qualificazione di un credito come deteriorato possa incidere sul rapporto contrattuale e in questa interferenza come sia possibile affrontare i problemi di coordinamento con la disciplina generale dell'obbligazione e del contratto¹³.

3. L'inadempienza “probabile”

Il tema interessa solo relativamente l'ipotesi di credito scaduto e non adempiuto, giacché non può revocarsi in dubbio la coincidenza con la nozione di inadempimento, propria della disciplina generale dell'obbligazione, rispetto alla quale si specifica con un'articolazione

¹⁰ Sono le esposizioni deteriorate che sono state riclassificate *in bonis* e che sono destinatarie di un periodo di osservazione.

¹¹ Le concessioni hanno come obiettivo il recupero del debitore, rispetto a obbligazioni che, non sono classificabili come deteriorate, ma evidenziano possibili inadempimenti del debitore, e possono avere il contenuto più vario, come rinegoziazioni, dilazioni o concessioni di nuova finanza *etc.* (G. Viotti, *op. cit.*, 120).

¹² F. CAPRIGLIONE, *op. cit.*, 7.

¹³ G. VIOTTI, *op. cit.*, 124.

predeterminata della gravità dell'inadempimento, non nuova soprattutto al diritto bancario: si pensi, ad esempio, alla disciplina del credito al consumo e di quello immobiliare ai consumatori, come anche alla normativa dei trasferimenti a scopo di garanzia e del prestito vitalizio ipotecario. È pur vero, peraltro, che per la lett. *b*) dell'art. 178 CRR le soglie di rilevanza dell'obbligazione sono piuttosto basse – non tanto in relazione alla durata dell'inadempimento, rilevante se supera i novanta giorni, o centoottanta se sussiste garanzia reale, quanto per la misura molto contenuta dell'importo impagato¹⁴ – che potrebbe integrare un inadempimento ma non anche essere indice univoco di una condizione di insolvenza¹⁵.

Più problematico appare, invece, il raccordo con la nozione di *inadempienza probabile*, alla luce dell'incerta sorte che attende il soggetto destinatario della relativa qualificazione. A tale proposito, prima di tutto, è opportuno segnalare sia che la figura riguarda tutte le obbligazioni – a differenza della lett. *b*) dell'art. 178 CRR che si riferisce, invece, alle obbligazioni *rilevanti*¹⁶ – sia che, nel caso di esposizioni al dettaglio, gli enti possono applicare la definizione di *default* anche alla «singola linea di credito, anziché in relazione agli obblighi totali di un debitore»¹⁷, sia ancora che la valutazione è soggettiva e discrezionale della banca: non si tratta, peraltro, di una

¹⁴ Le *Guidelines* EBA hanno determinato, infatti, le soglie di rilevanza nel superamento del limite *a*) assoluto pari a 100 euro; *b*) relativo dell'1%, dato dal rapporto tra l'ammontare complessivo scaduto o sconfinante e l'importo complessivo dell'intera esposizione creditizia, fermo restando che il requisito del superamento delle soglie deve persistere per novanta giorni consecutivi; qualora, poi, l'intero ammontare di un'esposizione creditizia scaduta e/o sconfinante da oltre novanta giorni, rapportato al complesso delle esposizioni verso il medesimo debitore, sia pari o superiore al 20%.

¹⁵ G. VIOTTI, *op. cit.*, 133.

¹⁶ Il CRR non definisce le obbligazioni creditizie *rilevanti*, che sono disciplinate dal Regolamento Delegato della Commissione UE 2018/171 del 19 ottobre 2017, che, a sua volta, affida alle autorità nazionali competenti la determinazione della soglia di rilevanza, imponendo peraltro due parametri corrispondenti a due soglie: una fissa e una variabile – molto basse e dispone che l'obbligazione debba essere qualificata come rilevante quando entrambe sono superate per novanta giorni, o per centoottanta qualora siano garantite da immobili residenziali o di proprietà di piccole e medie imprese (G. VIOTTI, *op. loc. cit.*).

¹⁷ Tale previsione è comune anche ai crediti scaduti, ma è evidente la maggiore rilevanza dell'impatto che può avere sui rapporti a mero rischio di inadempimento.

libertà di scelta senza conseguenze, giacché può determinare una responsabilità degli amministratori per l'erronea classificazione¹⁸, che potrebbe in alcuni casi fare propendere per una scelta prudente a scapito degli elementi obiettivi del caso concreto. E, soprattutto, a scapito della posizione del debitore, per il quale non può essere esclusa definitivamente una possibilità di rientro e l'esistenza di un'aspettativa alla ristrutturazione del suo debito¹⁹.

Però, soprattutto in caso di cessione o di affidamento della posizione alle società di recupero crediti, così come nelle operazioni di cartolarizzazione, nel conferimento in fondi e fino alla possibile costituzione di fondi di fondi²⁰, il debitore potrebbe trovarsi a subire un ulteriore declino nella spirale delle sue difficoltà, determinato nel passaggio da una posizione contrattuale suscettibile di adeguamento e revisione nella relazione con il creditore cedente al dissolvimento di qualsiasi possibilità di interlocuzione negoziale, visto che spesso il cessionario persegue una logica esclusivamente finanziaria.

A ciò va aggiunto che l'art. 47 *bis*, comma 3, contempla anche un effetto che è stato definito di *trascinamento* (*pulling effect*) in forza del quale la classificazione della posizione come deteriorata – compresa quella di probabile inadempienza – se supera un certo ammontare, si estende anche agli altri rapporti di finanziamento intrattenuti dal soggetto con la banca, anche qualora per questi i pagamenti siano regolari: per comprendere l'impatto concreto, è sufficiente il banale esempio di un mutuo contratto tra due coniugi, in regolare ammortamento, e dello sconfinamento di € 101 per oltre novanta giorni del conto corrente intestato ad uno solo di loro: ebbene, in questo caso sia la posizione del coniuge esposto che il rapporto fondato sul mutuo cointestato diventeranno posizioni deteriorate.

Nella sostanza, dunque, il debitore deteriorato ma non inadempiente potrebbe subire un aggravamento delle sue possibilità di accesso al

¹⁸ Non così la pensa la giurisprudenza che ha sancito l'insindacabilità delle scelte di gestione degli amministratori di una banca in materia di crediti deteriorati (Trib. Bologna, 17 dicembre 2018, in *Società*, 2020, 199 ss., con nota di M. SAGLIOCCA, *Appunti in tema di applicazione della business judgment rule in materia di crediti deteriorati*).

¹⁹ F. CAPRIGLIONE, *op. cit.*, 19.

²⁰ V. LEMMA, *I fondi di NPL e UTP. Verso una gestione collettiva dei crediti deteriorati?*, in *Riv. trim. dir. econ.*, suppl. n. 2, 2019, 193.

credito e dei relativi costi, nell'ambito, su un piano più generale, di una ridotta disponibilità al finanziamento delle imprese più piccole, anche a prescindere dallo stato dei loro bilanci²¹: peraltro, si tratta di un comportamento dovuto dagli istituti di credito, atteso che gli Orientamenti dell'EBA per la concessione e il monitoraggio dei prestiti chiedono alle banche di adottare presidi organizzativi per rilevare tempestivamente l'aumento del rischio di credito²². Proprio all'EBA si deve, poi, l'introduzione del meccanismo c.d. di *calendar provisioning*, in forza del quale le informazioni e le esperienze concernenti gli afflussi e il recupero di NPL sono rilevanti nella definizione delle strategie di erogazione di nuovi finanziamenti²³: in tale modo, si pone in relazione il deterioramento del credito con la concessione di credito, al fine di tenere conto, nella valutazione di una richiesta, dei rischi di mancato recupero o insolvenza, ed anche se il procedimento ha dimensione generale dell'organizzazione dell'impresa bancaria è inevitabile che abbia ripercussioni sul rapporto tra la banca e il singolo cliente²⁴.

²¹ E. GUALANDRI e V. VENTURELLI, *Regole sul capitale e prassi di vigilanza: impatti sulle scelte strategiche delle banche*, in *Banca imp. soc.*, 2019, 223: le Autrici osservano, però, che «se da un lato il *derisking* condiziona flussi e pricing del credito alle imprese, soprattutto PMI e imprese fragili; dall'altro lato accentua lo sviluppo di servizi di finanza mobiliare per facilitare l'accesso al mercato dei capitali delle imprese, anche per quelle di più contenuta dimensione e a maggior grado di innovazione (*i.e.* mercato AIM e Minibond)» (p. 227).

²² EBA, *Orientamenti in materia di concessione e monitoraggio dei prestiti*, ABE/GL/2020/06, 29 maggio 2020, par. 8.5.

²³ Più precisamente, il principale effetto del *calendar provisioning* è l'obbligo per la banca di svalutare i crediti deteriorati entro termini prestabiliti.

²⁴ Anche le regole sulla segnalazione presso la Centrale Rischi gestita dalla Banca d'Italia sono oggetto di un adeguamento derivante dalla classificazione di una esposizione come deteriorata, in quanto queste, pur non andando a costituire una categoria a sé stante, integrano un elemento informativo e, comunque, di valutazione ai fini della collocazione di una posizione debitoria in una delle categorie pregiudizievoli (la Circolare dell'11 febbraio 1991 è stata aggiornata nell'ottobre 2021: su tali aspetti S. RIZZO, *Il quadro regolamentare delle esposizioni bancarie*, in *www.dirittodellacrisi.it*, 28 settembre 2023). Va ricordato, però, che mentre i crediti scaduti da novanta giorni (*Past Due*) e sofferenze possono rilevarsi dal flusso di ritorno che le banche segnalanti ricevono dalla Centrale dei Rischi, gli *Unlikely to pay* invece restano oggetto di notizie riservate alla singola banca segnalante e alla vigilanza (G. PRESTI, *Le banche e la composizione negoziata della crisi*, in *www.dirittodellacrisi.it*, 9 febbraio 2023).

4. *L'inadempimento prospettico e il rischio di insolvenza nel Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza*

È da considerare, tuttavia, che la proiezione sulla futura incapacità del debitore di adempiere le proprie obbligazioni non è una novità assoluta del diritto contabile degli intermediari bancari.

Al contrario, l'ordinamento interno, parimenti sull'impulso del legislatore europeo, ha attribuito una importanza centrale al *rischio di insolvenza*, quale presupposto non solo della crisi dell'imprenditore, ma anche dell'accesso ad istituti per la sua gestione, sia di quelli di cui si può avvalere quest'ultimo, sia di quelli destinati al consumatore.

Per quanto riguarda il primo versante, è stato sottolineato come effettivamente il concetto stesso di probabilità presuppone la sussistenza di scenari possibili per l'impresa di esiti diversi dall'insolvenza, ma che, sovrastati dalle possibilità sfavorevoli, diventano rilevanti per l'emersione tempestiva dello stato di crisi²⁵: all'impresa, dunque, viene imposto un adeguato assetto organizzativo, amministrativo e contabile anche per rilevare eventuali squilibri di carattere patrimoniale e verificare la sostenibilità delle obbligazioni assunte, specificando che costituiscono segnali rilevanti, oltre all'esistenza di debiti scaduti, qualificati secondo diversi parametri (art. 3 del Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza).

Ora, è stata rilevata la sostanziale sovrapposibilità tra i presupposti della crisi di impresa e lo stato delle obbligazioni bancarie che determina la qualifica di deterioramento²⁶, e la reciproca incidenza delle situazioni confluenti, sia perché a fronte di una formalizzazione dello stato di insolvenza, con l'apertura della liquidazione giudiziale la banca non potrà che procedere alla revisione della classificazione del credito, sia perché in direzione inversa quest'ultima è tenuta a comunicare la variazione agli organi di gestione dell'impresa (art. 25 *decies* CCI).

Sul diverso ambito delle procedure di composizione negoziata e regolazione della crisi, il rapporto tra debitore e banca pone, invece, diverse questioni di coordinamento.

Il presupposto per l'accesso ai diversi procedimenti descritti nel

²⁵ E. LA MARCA, *Insolvenza, crisi e pre-crisi nel Codice della crisi, a valle della emanazione del Decreto Attuativo della Direttiva Insolvency*, in www.dirittodellacrisi.it, 22 agosto 2022.

²⁶ E. LA MARCA, *op. loc. cit.*

CCI²⁷ – in parte comuni a imprenditori e consumatori²⁸ – è costituito dalla crisi o insolvenza, includendo, quindi, anche i casi di inadempimento e insolvenza solo probabili²⁹.

In questi casi, con il terzo correttivo al Codice della crisi, *ex d.lgs. 13 settembre 2024, n. 227*, il legislatore ha tenuto a evitare automatismi nella decisione del creditore bancario di applicare una classificazione pregiudizievole, onde evitare presumibilmente che lo stesso accesso alla composizione negoziata o agli strumenti di regolazione, seguito dalla riclassificazione del rapporto da parte del creditore bancario e dalla revoca o sospensione delle linee di credito, si rivolti contro lo stesso debitore. In realtà, il testo originario già prevedeva che l'introduzione della composizione negoziata della crisi non costituisce di per sé causa di sospensione e di revoca degli affidamenti bancari concessi all'imprenditore³⁰: nella nuova formulazione dell'art. 16 si è evidentemente avvertita l'esigenza di precisare che anche la sola

²⁷ Gli strumenti della regolazione possono essere preceduti o meno dalla composizione; questa, a sua volta, può avere esito in uno degli istituti specifici indicati dall'art. 25 CCI, oppure in uno strumento di regolazione (M. FABIANI, *Intrecci rovesciati e consecuzione anomala tra composizione negoziata e strumenti di regolazione della crisi*, in *www.dirittodellacrisi.it*, 23 febbraio 2024, cui si rinvia per l'approfondimento dei rapporti tra composizione negoziata e strumenti di regolazione della crisi).

²⁸ Solo l'imprenditore può avvalersi della composizione negoziata della crisi, mentre tra gli strumenti di regolazione ora sono comprese le misure per la gestione del sovraindebitamento del consumatore.

²⁹ È stato osservato che la rilevanza assegnata dal legislatore del CCI alla crisi come probabilità di insolvenza è meno innovativa di quanto possa apparire, alla luce dell'interpretazione prevalente della nozione di insolvenza nella Legge fallimentare che vi comprendeva anche l'incapacità prospettica di adempiere le proprie obbligazioni (G. GUIZZI, *Leggere Aurelio Candian con uno sguardo al codice della crisi*, in *Riv. dir. comm.*, 2024, I, 12, in spec. nt. 25).

³⁰ Sullo stesso si avvertiva il rischio che il creditore bancario fosse indotto ad applicare una classificazione pregiudizievole indipendentemente dallo stato dei rapporti intrattenuti con il cliente (S. RIZZO, *op. cit.*, 31); tale osservazione non trovava d'accordo altri commentatori del CCI, sulla base dell'osservazione che nella composizione negoziata e nei procedimenti di regolazione della crisi, l'insolvenza, sebbene probabile, non è certa, ed anzi potrebbe essere scongiurata proprio dal procedimento, mentre, invece, una riclassificazione del credito dell'intermediario avrebbe l'effetto di vanificare l'esito positivo, o, addirittura, di agevolarlo o accelerarlo.

notizia, come lo stesso accesso³¹ alla composizione non è causa di sospensione e revoca delle linee di credito e, in più, di una diversa classificazione del credito: resta fermo, però, che un diverso esito può essere determinato, anche nella norma innovata, dalla disciplina di vigilanza prudenziale e deve essere motivata.

Da parte sua, l'art. 178 regolamento CRR, invece, considera – come precedentemente descritto – quale indice per la valutazione dell'inadempienza probabile l'assoggettamento a *fallimento* o ad altra *procedura assimilabile*, imponendo di stabilire quale sia la natura giuridica dei diversi strumenti offerti dal Codice della Crisi. Infatti, esemplificativamente, si ritiene che la composizione negoziata non possa essere assimilata a un sistema di tutela concorsuale, non solo per la sua caratterizzazione prettamente negoziale³² – che viene ribadita, anche in presenza di misure di protezione – ma anche perché l'intervento giudiziale ha uno scopo specifico relativo agli atti di disposizione sull'azienda e lo stesso esperto non ha poteri di controllo sulla gestione, ma anzi ha il solo compito di coadiuvare le parti nello svolgimento di trattative³³.

In ogni caso, è evidente come il dialogo tra banca e impresa si presenti difficile³⁴. La disciplina bancaria, in effetti, «non è scritta per agevolare il risanamento delle imprese debitrice in crisi»³⁵: al contrario, nel sistema del Codice della Crisi, l'emersione precoce della crisi, e finanche lo stesso stato di pre-crisi³⁶, ha lo scopo contrario di tutelare

³¹ È lo stesso legislatore a separare sintatticamente le due fasi, e prevedere per entrambe la stessa disciplina.

³² Si precisa che la composizione negoziale è «un percorso, un luogo nel quale verificare se esistono le possibilità di un risanamento dell'impresa» (I. PAGNI e M. FABIANI, *La transizione dal codice della crisi alla composizione negoziata (viceversa)*, in *www.dirittodellacrisi.it.*, 2 novembre 2021, e, poi, ancora, M. FABIANI, *op. loc. cit.*).

³³ I. PAGNI e M. FABIANI, *op. loc. cit.*, e L. PANZANI, *op. loc. cit.*

³⁴ Viene rilevato che nell'esperienza concreta la questione è superata, o da una prevedibile coincidenza tra la sussistenza dei presupposti per l'accesso alla composizione negoziata e la classificazione del credito, quale esito dell'applicazione dei sistemi di monitoraggio interni alla banca, oppure, ove ciò non sia accaduto, dalla durata tutto sommato contenuta del procedimento che determinerà in tempi quindi brevi la stabilizzazione patrimoniale dell'impresa o la sua definitiva crisi (S. RIZZO, *op. cit.*, 31).

³⁵ G. PRESTI, *op. loc. cit.*

³⁶ «Quando cioè i bagliori del profitto lasciano il passo al crepuscolo dell'impresa

la conservazione dell'impresa. Tra questi due poli opposti si colloca proprio la figura del creditore, protagonista della fase di negoziazione e di valutazione della sussistenza di concrete prospettive di risanamento dell'impresa, sicché, se da un lato, gli si impone un sacrificio del suo diritto volto ad agevolare le possibilità di ripresa del debitore, dall'altro, però, si consente di ridefinire l'obiettivo di risanamento dell'impresa anche tenendo conto dell'interesse del creditore.

5. Il rischio di inadempimento nel Codice civile: la decadenza dal beneficio del termine e il mutamento delle condizioni patrimoniali del contraente

È agevole sottolineare, a questo punto, la complessità del tema per la riflessione che impone sulla nuova semantica del rapporto tra creditore e debitore e sull'incidenza che si determina nelle categorie tradizionali del debito e del credito.

Lo scenario impone di tenere conto, infatti, di una terza visuale, non ultima in ordine di importanza, che è il rapporto con la nozione di inadempimento offerta dalla disciplina del Codice civile.

Il legislatore del 1942 ha più volte dato rilevanza giuridica al pericolo di inadempimento nel contratto: l'art. 1845 c.c. dispone che nell'apertura di credito la banca può recedere per giusta causa, quale può essere il peggioramento delle condizioni del debitore³⁷. Ancora, l'art. 1822 c.c. stabilisce che nella promessa di mutuo, il promittente può rifiutarsi di eseguire l'obbligazione quando le condizioni

e, pur in una situazione di apparente normalità dei flussi e dei pagamenti, l'attività si sta avviando su un piano inclinato che richiede, per una inversione di rotta, un cambio di passo e una interlocuzione con i creditori o altri soggetti coinvolti: ciò ad evitare che l'imprenditore non sappia riorganizzarsi in modo profittevole e la prosecuzione dell'attività sia destinata presto a bruciare ricchezza» (I. PAGNI e M. FABIANI, *op. loc. cit.* Sul tema anche S. DE MATTEIS, *L'emersione anticipata della crisi di impresa*, Milano, 2017, *passim*).

³⁷ È stata sottolineata la necessità di una valutazione prudente dei presupposti per l'applicazione della norma, al fine di evitare che un evento meno grave dell'inadempimento e che potrebbe anche non essere imputabile alla parte in difficoltà, possa determinare una conseguenza più onerosa della risoluzione per inadempimento (la quale presuppone l'accertamento della imputabilità e della gravità: T. PERTOT, *L'inadempimento anticipato. Dalla tutela manutentiva ai rimedi risolutivi*, Napoli, 2021, 202, cui si rinvia per altri riferimenti).

patrimoniale del promissario mutuatario sono divenute tali da rendere notevolmente difficile la restituzione e non gli sono offerte adeguate garanzie. In questa carrellata deve essere inserito, poi, l'art. 1956 c.c., in forza del quale il fideiussore è liberato quando il creditore abbia fatto credito al terzo «pur conoscendo che le condizioni patrimoniali di questo erano divenute tali da rendere notevolmente più difficile il soddisfacimento del credito», come avviene nell'analogia disciplina del mandato di credito *ex art. 1959 c.c.*

Considerando, tuttavia, che molte delle disposizioni citate trovano ragion d'essere nelle peculiarità del contesto in cui si trovano, e in mancanza di una norma generale che consenta di sciogliersi dal vincolo anche in caso di certezza del futuro inadempimento di una delle parti³⁸, ci si deve confrontare soprattutto con la disciplina generale dell'obbligazione e del contratto.

Viene in considerazione, innanzitutto, l'art. 1186 c.c., che commina la decadenza dal beneficio del termine nei confronti del debitore che sia divenuto insolvente o che ha diminuito per fatto proprio le garanzie che aveva dato oppure non ha dato le garanzie che aveva promesso. La giurisprudenza ha precisato la nozione di insolvenza come la «situazione di dissesto economico, sia pure temporaneo, in cui il debitore venga a trovarsi, la quale renda verosimile l'impossibilità da parte di quest'ultimo di soddisfare regolarmente le proprie obbligazioni. Tale stato di insolvenza non deve rivestire i caratteri di gravità e irreversibilità, potendo conseguire anche ad una situazione di difficoltà economica e patrimoniale reversibile, purché idonea ad alterare, in senso peggiorativo, le garanzie patrimoniali offerte dal debitore, e va valutato con riferimento al momento della decisione»³⁹. Per la natura tassativa delle fattispecie contemplate dall'art. 1186 c.c.⁴⁰, è di notevole rilevanza stabilire se il presupposto dell'insolvenza sia sovrapponibile oppure autonomo rispetto all'insolvenza commerciale, anche perché nel primo caso per suo tramite ci sarebbero meno problemi a sostenere l'esposizione alla perdita del beneficio del termine per il debito deteriorato; sul punto, tuttavia, non è possibile avvalersi di una uniformità di opinioni che oscillano tra gli estremi di una

³⁸ T. PERTOT, *op. cit.*, *passim*, e spec. 171 ss.

³⁹ Cass., 18 novembre 2011, n. 24330.

⁴⁰ G. CIAN, voce «Pagamento», in *Digesto/civ.*, vol. XIII, Torino, 1995, 248.

sostanziale identità contrapposta a una necessaria distinzione, quest'ultima perlopiù fondata sull'impossibilità del creditore di poter contare, nella fattispecie dell'art. 1186 c.c., sulla consistenza del patrimonio e, nell'insolvenza commerciale, sui flussi finanziari e sulla capacità del debitore di ottenere credito, da valutare quindi – come in appresso si vedrà – su una pluralità di obbligazioni⁴¹.

La norma, in ogni caso, costituisce un passaggio verso la probabile applicazione dei rimedi per l'inesecuzione della prestazione obbligatoria, visto che il debitore è tenuto ad adempiere immediatamente, esponendosi in mancanza alla responsabilità per inadempimento⁴², e, pertanto, pur non potendo, a rigore, affermarsi che dall'insolvenza discenda l'applicazione delle tutele per il creditore o per il contraente non inadempiente⁴³, è facile ipotizzare che, mediata dalla perdita del termine, questa conduca in definitiva al medesimo risultato.

Sebbene la lettura sopra proposta della norma valorizzi l'incidenza tra l'insufficienza della garanzia patrimoniale e la decadenza del beneficio del termine, non si può arrivare a affermare che ricorra una unità funzionale: i rimedi per la conservazione della garanzia patrimoniale non danno la facoltà al creditore di esigere la prestazione prima del termine, sicché nell'un caso si tende a evitare un pregiudizio, nel secondo si reagisce a una lesione già in atto e il primo ordine di rimedi può preludere all'applicazione del secondo⁴⁴.

Le trattazioni sulla rilevanza dell'insolvenza civile hanno poi il secondo fondamentale termine di riferimento nell'art. 1461 c.c., il quale, per il contratto a prestazioni corrispettive, individua nel mutamento delle condizioni patrimoniali dell'altro contraente la ragione che legittima la sospensione della prestazione⁴⁵. La fattispecie è autonoma rispetto alla decadenza dal beneficio del termine, in primo

⁴¹ F. MACARIO, *Insolvenza, crisi di impresa e autonomia contrattuale. Appunti per una ricostruzione sistematica delle tutele*, in *Riv. soc.*, 2008, 106 ss. Si veda anche la ricostruzione di R. FADDA, *La tutela preventiva dei diritti di credito*, Napoli, 2012, 105.

⁴² A.M. BENEDETTI, *Le autodifese contrattuali*, in *Comm. Schlesinger*, Milano, 2011, 92.

⁴³ T. PERTOT, *op. cit.*, 207.

⁴⁴ R. FADDA, *op. cit.*, 133 ss.

⁴⁵ Anche in questo caso, la disposizione è ritenuta non estensibile a ipotesi diverse da quella indicata (A.M. BENEDETTI, *op. loc. cit.*).

luogo per la diversità dei presupposti⁴⁶: la situazione di difficoltà del contraente che legittima la sospensione della prestazione è meno grave dell'insolvenza contemplata dall'art. 1186 c.c., come appare evidente dalla incisività dei rimedi che vi sono previsti: nell'art. 1186 c.c. il creditore può esigere immediatamente la prestazione, mentre nell'art. 1461 c.c. vi è una situazione di immobilità provvisoria che cristallizza lo stato dell'esecuzione del contratto⁴⁷. Corrispondentemente, quest'ultima disposizione mira alla conservazione dell'efficienza del sinallagma, attribuendo rilevanza all'insicurezza di ricevere l'adempimento⁴⁸: si tratta di una *forma di autotutela anticipata* che «mira a creare lo spazio temporale per il ripristino delle condizioni di funzionalità del rapporto sinallagmatico», e di natura dilatoria, visto che potrebbe sfociare tanto nel ripristino dei presupposti patrimoniali per la realizzazione dello scambio contrattuale⁴⁹, tanto nel definitivo aggravamento dell'inattuazione prodromico alla risoluzione del contratto⁵⁰.

L'art. 1461 c.c., pertanto, non è una forma di tutela preventiva del diritto di credito – atteso che non sempre le prestazioni corrispettive sono obbligazioni⁵¹ – ma una norma destinata a incidere sul piano del contratto, nel quale, peraltro, nessuna violazione si è ancora verificata, con lo scopo di arginare il pericolo di uno squilibrio sopravvenuto⁵².

Il deterioramento del credito, quindi, può avere presupposti comuni alle due disposizioni esaminate, e non coincidere, invece, quanto

⁴⁶ La dottrina è unanime, come riportato da F. PIRAINO, *Il «mutamento» delle condizioni patrimoniali e l'eccezione dilatoria*, in *Osservatorio del diritto civile e commerciale*, 2015, 389, dove in nt. 9, ampi riferimenti bibliografici.

⁴⁷ R. FADDA, *op. cit.*, 106.

⁴⁸ E. GABRIELLI, *Appunti sulle autotutelle contrattuali*, in *Riv. dir. priv.*, 2016, 493.

⁴⁹ F. PIRAINO, *op. cit.*, 414. In termini analoghi è anche la posizione di A. D'ADDA, *Aspetti attuali della tutela civile inibitoria: alcune riflessioni «sparse»*, in *Nuova giur. comm.*, 2023, 1393.

⁵⁰ Ecco perché la natura dilatoria va tenuta distinta dalla funzione caducatoria, che qualifica una delle possibili vicende successive alla formulazione dell'eccezione (F. ADDIS, *Eccezioni dilatorie e caducatorie*, in *Osservatorio del diritto civile e commerciale*, 2023, 233).

⁵¹ F. PIRAINO, *op. cit.*, 409.

⁵² Sono irrilevanti le ragioni del mutamento delle condizioni patrimoniali della controparte, nel senso che siano imputabili alla parte oppure determinate da elementi estranei alla sfera di controllo di quest'ultima (E. GABRIELLI, *op. cit.*, 516; F. PIRAINO, *op. cit.*, 410).

all'obiettivo perseguito dal creditore, che non è tanto quello di sospendere la propria prestazione ma di salvaguardare le possibilità di ottenimento di quella dovuta dal debitore. Da questo punto di vista, appare più adeguata la tutela offerta dalla perdita del beneficio del termine, e, tuttavia, non utile nella ricerca delle conseguenze derivanti dal deterioramento del credito: alla fine, infatti, finisce per confliggere con la dimensione collettiva della gestione del credito sottesa alla connessione che si instaura tra credito deteriorato e emersione della crisi del debitore, laddove nell'art. 1186 c.c. si intende preservare la regola della *par condicio creditorum* – sottraendo il creditore che se ne avvale dal rischio di incapienza patrimoniale connesso al differimento concesso dal termine dell'obbligazione⁵³ – ma non al punto da imporre meccanismi di concorsualità.

Più in generale, sia la decadenza dal beneficio del termine, che la sospensione dell'obbligo di prestazione sono destinati a operare sulla singola relazione contrattuale, tanto da costituire – così è stato efficacemente osservato per l'art. 1186 c.c. – «una misura capace di assicurare per intero l'interesse di un creditore, indipendentemente dalla valutazione (dell'importanza) delle conseguenze della perdita del beneficio del termine per il debitore che aveva pianificato un adempimento dilazionato, e per gli altri creditori che, anche in ragione di ciò, gli avevano dato fiducia»⁵⁴: la norma, dunque, rappresenta un efficiente stimolo a un comportamento responsabile da parte del debitore e, tuttavia, costituisce un modello inefficiente nel contesto economico attuale in cui vi è una sollecitazione all'inadempimento⁵⁵.

Insomma, in buona sostanza le tutele nel Codice civile seguono logiche diverse da quelle adottate dal legislatore nel Codice della crisi

⁵³ R. FADDA, *op. cit.*, *passim*, e spec. 135.

⁵⁴ Spesso la sollecitazione non tiene nemmeno conto delle possibilità dei redditi personali del debitore: C. CAMARDI, *Il sovraindebitamento dopo il codice della crisi. Il diritto privato che cambia e la dogmatica civilistica*, in *Riv. dir. priv.*, 2020, 490. Vi si potrebbe aggiungere che in riferimento all'obbligazione con titolo nel contratto, che la disciplina della crisi di impresa fa sempre salva la possibilità per il curatore o per gli organi gestori di conservare il contratto – nonostante l'insolvenza in mancanza della quale non vi sarebbe nemmeno la procedura – laddove la stessa insolvenza potrebbe diventare nell'area del debito “civile” causa immediata dello scioglimento anticipato del contratto, ed essere ancora più gravosa per il debitore (T. PERTOT, *op. cit.*, 216).

⁵⁵ C. CAMARDI, *op. loc. cit.*

di impresa: per cui occorre riflettere sull'osservazione che auspica la difesa dei confini tra la disciplina del singolo rapporto obbligatorio e quella che guarda alla complessiva situazione patrimoniale e finanziaria del debitore, aprendola al concorso⁵⁶.

6. *Struttura del rapporto obbligatorio e rischio di inadempimento nel credito "deteriorato"*

A tale scopo, è opportuno riesaminare la dialettica del rapporto tra creditore e debitore, alla luce del rinnovamento segnato dall'incentivazione al recupero del debitore, per un verso, e dalla rafforzata tutela del creditore, per l'altro. In particolare, nella seconda prospettiva ci si può chiedere se la tendenza a favorire la realizzazione del credito passi anche per un ampliamento della stessa nozione di inadempimento, idonea a comprendere, accanto alla mancata o inesatta esecuzione della prestazione, anche la prognostica incapacità del debitore di poterla eseguire al momento della sua scadenza. È evidente, però, che, affinché l'accostamento non sia solo descrittivo, occorre quantomeno che siano comuni i rimedi a tutela del soggetto attivo del rapporto e cioè che il creditore possa invocare la responsabilità del debitore, anche anticipatamente rispetto alla mancata esecuzione della prestazione nel termine fissato per l'adempimento⁵⁷.

Allo stato, sembra però che il rischio della mancata esecuzione della prestazione si ponga ancora fuori dall'inadempimento⁵⁸: in caso di

⁵⁶ C. CAMARDI, *op. loc. cit.*

⁵⁷ T. PERTOT, *op. cit.*, 418. Il fondamento all'estensione della nozione di adempimento anche ai comportamenti del debitore anteriori alla scadenza dell'obbligazione, ma idonei a porre in pericolo la realizzazione può essere rinvenuto nell'obbligo di buona fede, in forza del quale anche la non esecuzione di quanto necessario per la preparazione dell'adempimento può dare luogo a responsabilità (T. PERTOT, *op. cit.*, 353 ss. Più approfonditamente sul tema, si rinvia a F. PIRAINO, *Adempimento e responsabilità contrattuale*, Napoli, 2011, 225 ss.). Il che, da un lato, ovviamente esclude che il debitore, che versi in una situazione di crisi non imputabile, possa essere chiamato a rispondere del deterioramento del suo debito, e, dall'altro, che nel contesto che qui occupa, può essere anche molto difficile identificare i conegni del debitore che ne hanno causato lo stato di crisi, fatti salvi i presupposti di responsabilità degli organi gestori dell'impresa collettiva, rilevanti a fronte della società e dei creditori (si vedano i cenni sopra nel testo).

⁵⁸ Si vedano le considerazioni di T. PERTOT, *op. cit.*, 294 ss.

inadempimento il creditore ha diritto all'esecuzione coattiva e al risarcimento del danno con facoltà di aggredire il patrimonio del debitore, mentre in ipotesi di possibile o probabile rischio di inadempimento può intervenire solo attraverso le autodifese contrattuali, in presenza dei relativi presupposti.

Ritenere diversamente significa nella sostanza equiparare la potenziale difficoltà per l'esecuzione della prestazione, che potrebbe essere reversibile, all'impossibilità della prestazione, imputabile o meno, senza alcuna tutela al debitore che potrebbe, invece, recuperare la sua capacità di adempimento, ovvero offrire nuove o diverse garanzie, posizionandosi variamente nel fascio delle progressive situazioni di dissesto⁵⁹.

A ciò va aggiunta la necessità di preservare la libertà del debitore – di non adempiere – posta a fondamento dell'atteggiamento cauto della dottrina rispetto alla possibilità di prevedere rimedi a tutela del creditore che, senza ancora il fatto dell'inadempimento, possano poi rivelarsi pregiudizievoli per il debitore più di quanto non lo siano gli strumenti codicistici sopra esaminati⁶⁰, da un lato, e la risoluzione del contratto, dall'altro. Una cautela, dunque, che ispira le posizioni critiche verso la possibilità di affidare, per esempio, alla tutela inibitoria generale la risposta ai comportamenti del debitore idonei a porre in pericolo l'esecuzione della prestazione, ovvero ad anticipare il risarcimento del danno; si osserva, tra l'altro, che la mera prevedibilità dell'inadempimento non può legittimare l'applicazione di rimedi che presuppongono, comunque, un attuale dovere di condotta⁶¹.

Nonostante tutto, però, la qualità del credito deteriorato determina conseguenze peculiari anche in presenza del solo pericolo di inadempimento, in quanto attribuisce un giudizio di deterioramento allo stesso soggetto debitore, perché in definitiva investe non tanto l'obbligazione, quanto le sue condizioni economico finanziarie. Più

⁵⁹ F. ADDIS, *op. cit.*, 85 ss.

⁶⁰ F. PIRAINO, *op. ult. cit.*, 88 ss., il quale – muovendo da una generale perplessità sulla tutela inibitoria per il diritto di credito – rileva come i presupposti di applicazione degli artt. 1186 e 1461 sono più gravi rispetto al mero rischio di inadempimento che si vorrebbe neutralizzare con l'inibitoria.

⁶¹ A. D'ADDA, *op. cit.*, 1393. Sul punto A. ALBANESE, *La tutela preventiva del credito: dall'azione inibitoria all'adempimento coattivo degli obblighi integrativi e strumentali*, in *Eur. dir. priv.*, 2018, 379 ss.

precisamente, la situazione di difficoltà è accertata «*per relationem* in ragione di come ciascuna obbligazione si dispone rispetto alle altre gravanti sul medesimo patrimonio»⁶², sicché non è «categoria del singolo rapporto obbligatorio», ma «è qualificazione plurale della serie più o meno numerosa di obbligazioni che, in quanto inadempite, rifluiscono in quel collettore unitario di esse tutte che è la garanzia patrimoniale»⁶³.

Da qui, a seconda dei presupposti di volta in volta ricorrenti – per le diverse figure di insolvenza commerciale e civile, ma anche, come visto, per la sola valutazione di deterioramento – si specificano il *mezzo* o i *mezzi, variabili e fungibili*, con il quale il debitore può oppure deve fronteggiare la crisi del debito⁶⁴.

Il discorso richiederebbe ulteriori approfondimenti che potranno avvalersi della riflessione in corso sull’impatto che il regime binario delle nuove discipline su alcuni tipi di obbligazioni può avere anche su uno dei dibattiti più divisivi della teoria civilistica che da sempre ragiona sul rapporto tra debito e responsabilità, al quale offre nuovi argomenti per riflettere sull’esistenza e sul perimetro di un mutamento del profilo giuridico dell’obbligazione⁶⁵. Sugli esiti non può non pesare la sensibilità dell’interprete sull’autonomia o meno della responsabilità rispetto al vincolo, ma – anche senza assumervi una posizione – la collocazione delle fattispecie di criticità dell’aspettativa di adempimento nell’area della garanzia patrimoniale⁶⁶ – conformemente

⁶² L. MODICA, *Disciplina generale dell’obbligazione e sovraindebitamento*, in *Riv. dir. comm.*, 2024, I, 247.

⁶³ Per il sovraindebitamento così precisa C. CASTRONOVO, *L’obbligazione nel prisma della (nuova) responsabilità patrimoniale*, in *La responsabilità patrimoniale “sostenibile”*, A. ALBANESE, M. FRANZONI, E. GABRIELLI, G. GRISI e L. NIVARRA (a cura di), Torino, 2023, 729.

⁶⁴ A. DI MAJO, *Obbligazioni e tutele*, Torino, 2019, 125.

⁶⁵ C. CASTRONOVO, *op. loc. cit.*

⁶⁶ C. CAMARDI, *op. cit.*, 530: secondo l’A. la geografia della gestione della crisi del debito è sancita dal fatto che il regime della responsabilità patrimoniale non è mutato in ragione del fatto che il debitore sia titolare di una o più obbligazioni inadempite, quanto dalla presenza di una pluralità di creditori in concorso che innesca un processo di riorganizzazione del regime della responsabilità in ragione della *regolazione contestuale della massa passiva*. Diversamente R. DI RAIMO, *Consumatore e mercato nelle discipline della crisi. Notazioni preliminari*, in questa *Rivista*, 2019, I, 172, secondo cui il sovraindebitamento (del consumatore) ridefinisce la vicenda debitoria, non opera sul piano della responsabilità patrimoniale, ma ne

al fatto che incide sulla fase in cui il «debitore non “deve” più nulla ma è solo “avvinto” ai poteri dei creditori»⁶⁷ – porta a osservare che, come il credito non nasce *non deteriorato*⁶⁸, non può nemmeno diventarlo, assumendo il deterioramento tra gli elementi che lo compongono, sia pure in modo sopravvenuto. Il deterioramento, invece, essendo effetto di una valutazione che ha ad oggetto le possibilità di soddisfacimento del creditore per eventi successivi alla sua origine, denota il contenuto e l'estensione della «copertura in vista dell'inadempimento»⁶⁹, quando sono compromesse oppure si trovano in pericolo le possibilità di realizzazione. In una autorevole ricostruzione, è stato osservato, a tale proposito, che la novità dell'approccio dettato dalle nuove discipline – l'argomento ha per riferimento la fattispecie del sovraindebitamento, nel vigore della l. n. 3/2012, ma il principio che esprime può essere evocato anche per i crediti deteriorati e per la probabilità di inadempimento – pur non determinando una necessità di rivisitazione della teoria dell'autonomia tra debito e responsabilità, palesa un *nuovo assetto del debito*, tale da *avvicinare i fratelli separati*, dato che il debito oltre soglia – come quello deteriorato – «può acquistare di senso anche in relazione al patrimonio di cui il debitore può disporre», e per tale via fare sì che la crisi economica del debitore esca dal *circuito di indifferenza* in cui si trovava, consentendo a quest'ultimo di «fare reagire anche la condizione del [proprio] patrimonio sul debito»⁷⁰.

Così situato rispetto al patrimonio il rischio di inadempimento, si coglie la vicinanza all'inadempimento, ma si precisa anche la differenza sul piano dei rimedi nella relazione individuale, dando luogo, il

costituisce un antecedente.

⁶⁷ C. CASTRONOVO, *op. cit.*, 721.

⁶⁸ È stato sottolineato che la capienza del patrimonio dell'obbligato non incide in alcun modo sulla valida costituzione dell'obbligazione (G. D'AMICO, *La responsabilità patrimoniale tra tutela e solutio*, in *La responsabilità patrimoniale “sostenibile”*, A. ALBANESE, M. FRANZONI, E. GABRIELLI, G. GRISI, L. NIVARRA (a cura di), *cit.*, 709).

⁶⁹ A. DI MAJO, *op. cit.*, 124.

⁷⁰ A. DI MAJO, *op. cit.*, 136 ss. Il passo citato fa riferimento al *proprio* patrimonio, perché argomenta nella prospettiva del debitore che intraprende la procedura, unico legittimato nella disciplina *ex l. n. 3/2012*, vigente prima che la figura confluisse nel CCI; ma, anche adesso che l'iniziativa è attribuita non solo questi, ma allo stesso creditore, resta condivisibile il cuore della riflessione incentrata sul rapporto tra la crisi del debito e la garanzia patrimoniale del debitore.

secondo, all'esecuzione coattiva, all'obbligazione risarcitoria e poi eventualmente all'espropriazione forzata, il primo, alle autotutele e ai rimedi inibitori; sul piano diverso della responsabilità di fronte alla pluralità dei creditori e allo stesso mercato del credito⁷¹, inadempimento e rischio di inadempimento condividono, invece, la possibilità di essere episodio sintomatico dello stato di insolvenza, tanto da assurgere a presupposto giuridicamente rilevante per aprire lo stato di crisi alle discipline concorsuali⁷², partecipando alle sorti della procedura concorsuale, ad esempio, con la rinegoziazione, la falcidia e finanche l'esdebitazione⁷³.

E stato dunque efficacemente osservato che i due modelli sono alternativi e operativi a seconda di come i creditori «si dispongano di fatto di fronte al debitore, o quest'ultimo di fronte ai creditori»⁷⁴, se l'inadempimento rilevi, cioè, nel conflitto individuale tra debitore e creditore, ovvero se prevale «una visione collettiva della massa nel contesto dell'interesse comune a tutti i creditori a percepire quanto più possibile dal patrimonio attuale di un debitore insolvente»⁷⁵. In realtà, però, al di là della facoltà di scelta di volta in volta attribuita al debitore, ma soprattutto al creditore – perché è quest'ultimo che può decidere di quali rimedi per l'insolvenza avvalersi – viene in gioco una diversa visuale, individuale in un caso, funzionale-sistemica nell'altro⁷⁶, che determinerà l'applicazione di un sistema di per sé autosufficiente, nel quale soltanto, dunque, sarà possibile ricercare regole e principi⁷⁷.

⁷¹ Rispetto al quale il sacrificio imposto ad alcuni creditori è funzionale al recupero nel circuito del mercato di un soggetto a vantaggio non solo di quest'ultimo, ma anche del ceto collettivo dei creditori, realizzando così un «livello più moderno e sofisticato di tutela del credito» (G. D'AMICO, *op. cit.*, 72).

⁷² L. MODICA, *op. cit.*, 249.

⁷³ L. MODICA, *op. cit.*, 253.

⁷⁴ C. CAMARDI, *op. cit.*, 493, ripreso nelle riflessioni di L. MODICA, *op. cit.*, 264, la quale osserva che, dunque, non può non risultare incisa l'idea stessa di obbligazione, fosse solo perché la figura diventa molteplice e variabile (p. 248).

⁷⁵ C. CAMARDI, *op. cit.*, 492.

⁷⁶ C. CAMARDI, *op. cit.*, 530.

⁷⁷ L. MODICA, *op. cit.*, 265.