

CAPITOLO I

TRASFORMAZIONE DEL MERCATO E EVOLUZIONI DEL DEBITO E DEL CREDITO

SOMMARIO: 1. Le trasformazioni del debito e del credito nell'economia di mercato contemporanea. – 2. I riflessi sul rapporto obbligatorio: la scomposizione del debito e della figura del debitore. – 3. I mutamenti sul piano della realizzazione e delle garanzie del credito. – 4. Le evoluzioni del sistema delle garanzie reali. – 5. Il lungo “immobilismo” della fideiussione. – 6. Scopo e ragioni di un'indagine sulla garanzia fideiussoria.

1. LE TRASFORMAZIONI DEL DEBITO E DEL CREDITO NELL'ECONOMIA DI MERCATO CONTEMPORANEA

La convivenza con una crisi economica e finanziaria di dimensioni globali, dal carattere dirompente e non reversibile, ha scosso profondamente le fondamenta degli istituti giuridici, manifestando con chiarezza una forza modificatrice, quando non distruttiva, delle loro strutture ordinanti¹.

Molti studiosi, da diversi versanti, hanno indagato i nuovi rapporti tra il diritto e l'economia, la genesi della crisi² e le sue ripercussioni sull'attuale scenario del mercato, segnalando come essa induca al ripensamento non solo dei tradizionali approcci organizzativi e comportamentali della Pubblica Amministrazione³, ma anche delle categorie civili-

¹ Per un'indagine che considera modalità di innesco, caratteristiche e meccanismi delle crisi finanziarie di carattere globale, cfr. F. COLOMBINI-A. CALABRÒ, *Crisi Finanziarie. Banche e Stati*, Torino, 2011. Una visione lucidamente critica della “doppia crisi” del capitalismo è quella di L. GALLINO, *Il denaro, il debito e la doppia crisi*, Torino, 2015, specie p. 11 ss.

² Cfr. A. ZOPPINI, *Diritto privato vs diritto amministrativo (ovvero alla ricerca dei confini tra Stato e mercato)*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, p. 515 ss., che, previo ridimensionamento del rilievo che sulla genesi e diffusione della crisi economica hanno spiegato le patologie, pure globali, della *governance* societaria, pone in luce la stretta correlazione esistente fra la crisi del 2008 e il fallimento della cornice giuridica all'interno della quale si svolgono le relazioni di mercato, ed in particolare le relazioni contrattuali.

³ V. in generale F. MERUSI, *La crisi e il diritto amministrativo*, in *Dir. econ.*,

stiche⁴, in un contesto in cui diritto pubblico e diritto privato non sono più contrassegnati dalle separatezze del passato⁵.

La ristrettezza nell'erogazione dei finanziamenti ai privati e alle imprese, la difficoltà di recupero delle somme prestate dai creditori, la stagnazione dei mercati e degli acquisti immobiliari – estesa anche alle vendite all'asta – da poco interrotte da una lenta ripresa, hanno imposto la necessaria considerazione dell'incidenza delle sopravvenienze nonché degli inadempimenti sugli assetti contrattuali posti dalle stesse parti⁶.

In una prospettiva di lungo periodo, appare non azzardato ritenere che se anche il momento contingente di profonda crisi economico-finanziaria verrà superato, l'orizzonte tracciato non sarà destinato a ricomposizioni o a ritorni al passato. Gli scenari socio-politici sono infatti ormai connotati da un carattere di profonda incertezza e sugli stessi incideranno in modo sempre più penetrante le trasformazioni dovute alla crescente diffusione di quella che si suole definire la “quarta rivoluzione industriale”⁷, dominata da una tecnologia che ha già modificato il mercato del lavoro⁸.

Il contesto ha inevitabilmente influenzato lo stesso legislatore. Anche se si sono sottolineate le ambiguità di un «diritto della crisi»⁹ e si è preferito da taluni invocare un «diritto per la crisi»¹⁰, è certo che i

2012, p. 483 ss. E, con precipuo riguardo al ruolo delle autorità di regolazione, G. NAPOLITANO-A. ZOPPINI, *Le autorità al tempo della crisi*, Bologna, 2009.

⁴ AA.VV., *Crisi finanziaria e categorie civilistiche*, a cura di G. Alpa-E. Navarretta, Milano, 2015, AA.VV., *Diritto e crisi*. Atti del Convegno di Studi per i trent'anni della Rivista giuridica sarda (27-28 novembre 2015 – Cagliari), a cura di A. Luminoso, Milano, 2016, R. DI RAIMO, *Categorie della crisi economica e crisi delle categorie civilistiche: il consenso e il contratto nei mercati finanziari derivati*, in *Giust. civ.*, 2014, p. 1095 ss.

⁵ U. BRECCIA, *Il diritto civile tra frammentazione e unità del sapere giuridico*, in *Il diritto civile, e gli altri*, a cura di V. Roppo-P. Sirena, Milano, 2013, p. 67 ss.

⁶ Per un'accurata indagine v. F. ADDIS, *Il “mutamento” nelle condizioni patrimoniali dei contraenti*, Milano, 2013.

⁷ V. K. SCHWAB, *La quarta rivoluzione industriale*, Roma, 2016.

⁸ Cfr. l'analisi di ampio respiro di M. NAPOLI, *I paradigmi del diritto del lavoro*, in *Diritti e lavoro nell'Italia repubblicana*, a cura di G.G. Balandi-G. Cazzetta, Milano, 2008, p. 271 ss. e A. SIMONAZZI, *Lavoro che cambia, lavoro che manca*, in *Diritto del lavoro in trasformazione*, a cura di L. Corazza-R. Romei, Bologna, 2014, p. 117 ss., ma anche AA.VV., *Impresa, lavoro e non lavoro nell'economia digitale*, a cura di C. Alessi-M. Barbiera, Bari, 2019.

⁹ A. IULIANI, *Il diritto privato tra crisi economica ed “economia del debito”*: *dinamiche della giustizia e autonomia privata*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2017, p. 341.

¹⁰ F. PADOVINI, *Indebitamento e sovraindebitamento*, in *Benessere e regole dei rapporti civili. Lo sviluppo oltre la crisi*, Atti del IX Convegno nazionale in ricordo di G. Gabrielli, 8-10 maggio 2014, Napoli, 2015, p. 418, il quale sottoli-

ripetuti interventi normativi stanno cambiando, se non hanno già cambiato, il volto del rapporto obbligatorio e del sistema delle garanzie del credito.

Assumendo un'ottica di osservazione diacronica, le ultime trasformazioni sul terreno del rapporto obbligatorio possono essere idealmente lette in sequenza rispetto alle profonde stagioni di cambiamento già vissute dalla responsabilità aquiliana prima, passata per una ridefinizione da principio dei criteri di imputazione e successivamente dell'area del danno risarcibile¹¹; e dal contratto poi, rivoluzionato negli ultimi decenni dall'avvento dell'invasiva figura soggettiva del consumatore, che ne ha modificato i connotati più identificativi, rivelandone, dietro il volto di strumento di esplicazione della piena libertà delle parti, la natura di rapporto asimmetrico, variamente aggettivato, bisognoso di interventi giudiziali di tipo correttivo¹².

I tempi odierni segnano un nitido indebolimento del credito a causa del «ruolo traumatico» assunto dal debito¹³: non sorprende allora che proprio le garanzie, nella loro natura di strumenti offerti al creditore per tutelarsi contro i rischi dell'altrui insolvenza, abbiano assunto una funzione sempre più cruciale nella concessione stessa del credito, soprattutto di fronte alla complessità delle operazioni economiche in cui la loro prestazione si trova coinvolta.

Al contempo, è sempre più difficile che il debitore sia in grado di presentare come garante una persona che – come previsto dall'art. 1943 c.c. riguardo al contenuto dell'obbligazione di prestare fideiussione – possieda «beni sufficienti a garantire la obbligazione»¹⁴, posta

nea che il nostro tempo ha bisogno di «un diritto della crisi o, forse meglio, di un diritto per la crisi».

¹¹ Nella vastissima letteratura in argomento si segnalano almeno, con diversi accenti: C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, Milano, 2006, F.D. BUSNELLI-S. PATTI, *Danno e responsabilità civile*, Torino, 2013, G. VISINTINI, *I fatti illeciti. Fondamenti e nuovi sviluppi della responsabilità civile*, Pisa, 2018, C.M. BIANCA, *Diritto civile*, vol. V, *Le responsabilità*, Milano, 2019. E v. anche AA.VV., *Il danno non patrimoniale. Principi, regole e tabelle per la liquidazione*, a cura di E. Navarretta, Milano, 2010.

¹² Sull'avvento del consumatore, v. *infra*, Cap. III, § 1. Per un tentativo di riconduzione a sistema delle evoluzioni in materia contrattuale, v. fin d'ora G. VETTORI, *Il contratto senza numeri e aggettivi. Oltre il consumatore e l'impresa debole*, in *Pers. merc.*, 2012, p. 10 ss.

¹³ Scrive U. BRECCIA, *Aperture e atipicità delle fonti dei rapporti obbligatori*, in *Jus Civile*, 2016, p. 183: «In età contemporanea, prende a delinearci – in una linea dominata da forze che sembrano sorrette da una forza autosufficiente – uno scenario inquietante: ove il “debito” assurge al rango di una sorta di personaggio che invade ogni discorso».

¹⁴ Per considerazioni sulla norma e in particolare sul rapporto tra i due com-

la contrazione dei patrimoni e dei risparmi, ma anche l'instabilità lavorativa dipendente dalla flessibilità e dalla precarietà odierna. In una sorta di circolo vizioso, il credito non viene erogato se non è garantito, ma il debitore non riesce più a soddisfare tale esigenza, che assume una rilevanza crescente per gli operatori del mercato del credito.

Una riflessione, come quella che si intende condurre in queste pagine, rivolta a considerare essenzialmente un tipo particolare di garanzia – la garanzia personale per eccellenza, ossia quella fideiussoria – non può che muovere da una constatazione preliminare: il debito, da momento patologico dei rapporti contrattuali, viene ormai percepito quale vicenda fisiologica.

Come ha efficacemente sintetizzato un autore, il debito si trasforma da eccezione in regola¹⁵. La società contemporanea, che esiste se e in quanto è «a crescita obbligatoria», è infatti tutta incentrata sul debito (sia esso sovrano¹⁶ sia esso dei privati) e sulla capacità di godere della concessione di credito.

Se il legame che corre tra il creditore e il debitore «vive nella concretezza dei rapporti economici» e, a differenza di altre categorie, «è ancora al centro delle analisi dei mutamenti sociali e giuridici caratteristici delle società complesse»¹⁷, non stupisce che l'epoca attuale abbia inciso forse come mai prima di ora sull'antica forma del rapporto obbligatorio e sulla sua mancata attuazione. Questo riguarda sia il versante del piano di gestione delle crisi sia il connesso, anzi propedeutico, piano dell'adempimento dell'obbligazione.

2. I RIFLESSI SUL RAPPORTO OBBLIGATORIO: LA SCOMPOSIZIONE DEL DEBITO E DELLA FIGURA DEL DEBITORE

Numerosi interventi del legislatore relativi alla concessione e al soddisfacimento del credito hanno modificato la tradizionale architettura del rapporto obbligatorio e l'incidenza sullo stesso delle condizioni patrimoniali del debitore. Riprendendo osservazioni svolte da un'at-

mi della stessa, nel quadro dell'insolvenza del fideiussore, v. R. FADDA, *La tutela preventiva del credito*, Napoli, 2012, p. 202 ss.

¹⁵ S. PAGLIANTINI, *Il debito da eccezione a regola*, in *Pers. merc.*, 2014, p. 204 ss. Sul tema della c.d. economia del debito, cfr. anche l'analisi di A. IULIANI, *Il diritto privato tra crisi economica ed "economia del debito"*, cit., p. 341 ss.

¹⁶ Cfr. A. VITERBO, *I meccanismi per la risoluzione delle crisi del debito sovrano: alla ricerca di un difficile bilanciamento tra interessi pubblici e privati*, in *Dir. um. e dir. internaz.*, 2014, p. 351 ss.

¹⁷ U. BRECCIA, *Le obbligazioni*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di G. Iudica-P. Zatti, vol. XXIV, Milano, 1991, p. 2.

tenta dottrina¹⁸, si osserva che essi hanno contribuito a disegnare un diverso rapporto tra debito e patrimonio¹⁹.

In un tentativo di sintesi, può essere innanzitutto segnalata la perdita della dimensione per così dire individuale del rapporto obbligatorio: si guarda infatti oggi alla condizione debitoria in un'ottica sempre meno atomistica, ma nella prospettiva della pluralità dei rapporti che fanno capo al debitore.

I tradizionali strumenti di tutela rispetto al rischio di insolvenza – la responsabilità per inadempimento e l'esecuzione forzata – cedono quindi il passo ad una prospettiva ben diversa e più ampia: dalla responsabilità per inadempimento, declinata in chiave di singolo rapporto obbligatorio e stretta in una relazione isolata, si è trascorsi alla logica plurale della ristrutturazione dei debiti. In luogo della prevalente, se non esclusiva, attenzione alla causa del credito, lo scrutinio si è ormai esteso (anche) alla causa del debito. L'interesse del debitore alla liberazione dalla singola obbligazione deve essere considerato alla luce del più ampio interesse alla ristrutturazione dei propri debiti, interesse, quest'ultimo, collocato a sua volta in relazione dialettica con l'interesse generale alla soluzione della sua crisi. Emerge, in definitiva, l'interesse del debitore non solo alla liberazione dal vincolo, ma alla complessiva ristrutturazione della propria posizione debitoria. Emblematico è l'uso, nel linguaggio del legislatore, di termini inusuali (“indebitamento”, “sovraindebitamento”, “esdebitazione”), che traggono «un nucleo originario ... dal lemma-radice “debito”, evidentemente generati dal più particolare contesto economico e finanziario»²⁰.

L'interesse del creditore è da parte sua chiaramente investito da un processo di progressivo appannamento. Il creditore non è più il “signore”, il “*dominus*” del singolo rapporto²¹, ma è anch'egli sempre più

¹⁸ Cfr. E. PELLECCIA, *Dall'insolvenza al sovraindebitamento: interesse del debitore alla liberazione e ristrutturazione dei debiti*, Torino, 2012. Sulla non “fissità” delle posizioni debitoria e creditoria, cfr. anche G. BOZZI, *Comportamento del debitore e attuazione del rapporto obbligatorio*, in *Obbligazioni*, vol. III, *Il rapporto obbligatorio*, a cura di N. Lipari-P. Rescigno, vol. I, Milano, 2009, p. 47 ss.

Trattando del sovraindebitamento (del quale si dirà oltre, Cap. V, sez. II), S. PAGLIANTINI, *Il sovraindebitamento del consumatore. Studio critico sull'esdebitazione*, Torino, 2018, già nelle prime pagine ricerca i punti di frattura della disciplina in questione con il diritto comune.

¹⁹ S. PAGLIANTINI, *L'insolvenza del consumatore tra debito e responsabilità: lineeamenti sull'esdebitazione*, in *Sovraindebitamento e rapporto obbligatorio*, a cura di G. D'Amico, Torino, 2018, p. 49 ss.

²⁰ Così U. BRECCIA, *Le fonti delle obbligazioni nel diritto privato in trasformazione*, in AA.VV., *Diritto e crisi*, cit., p. 116.

²¹ U. BRECCIA, *Le obbligazioni*, cit., pp. 16-17.

spesso il creditore di un *pool*, controparte di accordi di ristrutturazione, come quelli previsti nel contesto fallimentare²².

Da un lato, in alcuni casi si prescinde dall'interesse di alcuni creditori, mentre dall'altro, in diverse ipotesi l'interesse creditorio non viene neppure considerato. Nel primo senso, appare emblematica la disciplina dell'accordo di ristrutturazione bancario²³, che sembra intraprendere il sentiero, già solcato da altri legislatori europei, di ristrutturazioni stragiudiziali basate su accordi consensuali tra debitore e finanziatori, operativi e vincolanti anche in assenza di consenso unanime dei creditori e con la partecipazione soltanto di determinati creditori o determinati tipi o classi di creditori, a condizione che gli altri creditori non siano coinvolti. Nella seconda direzione si colloca il piano del consumatore (oggi piano di ristrutturazione dei debiti del consumatore)²⁴, che rappresenta una delle soluzioni di composizione della difficoltà di adempiere le obbligazioni del debitore sovraindebitato²⁵: eclatante, in tal senso, è proprio l'assenza dell'accordo dei creditori e la conseguente soggezione dell'omologazione non già al raggiungimento del consenso di una maggioranza qualificata dei creditori, ma alla «valutazione di meritevolezza» effettuata dal giudice²⁶.

Esaminando i riflessi sul rapporto obbligatorio emerge, soprattutto, la valutazione dell'incidenza delle condizioni patrimoniali del debitore sulla sua attuazione. In generale, quei fenomeni che secondo il codice civile costituirebbero profili dell'inadempimento, ovvero il ritardo e l'inesattezza qualitativa o quantitativa della prestazione²⁷, nel

²² Sugli artt. 135, comma 2, l. fall. e 182 *bis* l. fall., v. *Commentario breve alla legge fallimentare*, a cura di A. Maffei, Padova, 2013, rispettivamente pp. 887 ss. e 1227 ss.

²³ Il d.l. n. 83 del 2015, convertito in l. n. 132 del 2015, ha introdotto l'art. 182 *septies* l. fall. (ora confluito nell'art. 61 CCI, su cui v. Cap. V, sez. I, § 3), che prevede sia una convenzione di moratoria temporanea dei crediti nei confronti di una o più banche o intermediari finanziari sia un nuovo accordo di ristrutturazione del debito con intermediari finanziari, qualora vi siano debiti verso banche in misura non inferiore alla metà dell'indebitamento complessivo. Cfr. U. CALÒ-G. PEDE, *Il nuovo accordo di ristrutturazione dei debiti e la convenzione di moratoria con intermediari finanziari (art. 182 septies L.F.)*, in www.dirittobancario.it, febbraio 2016.

²⁴ Cfr. G. LO CASCIO, *La composizione delle crisi da sovraindebitamento (Introduzione)*, in *Fall.*, 2012, p. 1021 ss.

²⁵ V. *infra*, Cap. V, sez. II.

²⁶ Sul significato dell'esdebitazione, quale effetto conseguito dal consumatore sovraindebitato indipendentemente dall'accordo con i creditori v. esemplarmente S. PAGLIANTINI, in *Sovraindebitamento e rapporto obbligatorio*, cit., p. 74 ss., che evidenzia criticamente come in tal modo l'esdebitazione diventi un valore-mezzo per tutelare il valore-fine, dato dai consumi.

²⁷ Sull'inesattezza dell'adempimento v. U. NATOLI, *L'attuazione del rapporto*

contesto della crisi tendono a diventare possibili modalità di esecuzione di quest'ultima, con un rovesciamento totale di prospettiva²⁸.

Nella visuale codicistica di tutela del credito, la risposta del sistema è diretta ad attribuire strumenti di autotutela al creditore. Su questo versante, il ruolo più rilevante è offerto dalla norma sul mutamento delle condizioni patrimoniali dei contraenti nei contratti a prestazioni corrispettive (l'art. 1461 c.c.²⁹), che tuttavia non concede spazio a valutazioni circa le cause di siffatto mutamento, in termini di possibilità/impossibilità di adempiere. Nella l. n. 3 del 2012 («Disposizioni in materia di usura e di estorsione, nonché di composizione delle crisi da sovraindebitamento») il dissesto del debitore schiude la via a rimedi manutentivi che erodono la rigidità dello schema binario “adempimento/inadempimento” sul quale è costruita la disciplina del rapporto obbligatorio. Fuori da questa secca alternativa il debitore offre di adempiere come, quando e quanto può³⁰. Sul versante del consumatore si guarda ancora più specificamente alle ragioni, ossia alle cause dell'indebitamento³¹.

Ne risulta confermato quanto si accennava, cioè che, accanto all'interesse del creditore (presidiato dalla responsabilità per inadempimento delle obbligazioni, dalla garanzia patrimoniale e dalle procedure ese-

obbligatorio, vol. II, *Il comportamento del debitore*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. Cicu-F. Messineo, vol. XVI, t. II, Milano, 1984, p. 145 ss., L. BIGLIAZZI GERI-U. BRECCIA-F.D. BUSNELLI-U. NATOLI, *Diritto civile*, 3, *Obbligazioni e contratti*, Torino, 1989, p. 141 ss.

²⁸ E. PELLECCIA, *L'obbligo di verifica del merito creditizio del consumatore: spunti di riflessione per un nuovo modo di guardare alla “contrattazione con l'insolvente”*, in *Le nuove leggi civ. comm.*, 2014, p. 1088 ss.

²⁹ Sul pericolo derivante dal mutamento *ex art.* 1461 c.c. quale presupposto per l'attivazione di una tutela del creditore volta a preservare l'esecuzione del contratto e l'equilibrio sinallagmatico del rapporto, senza determinarne una esecuzione immediata, v. U. NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, cit., p. 129, e L. BIGLIAZZI GERI, *Profili sistematici dell'autotutela privata*, Milano, 1974, p. 99. Ma si avverte oggi l'esigenza di una disciplina dell'inadempimento anticipato, «che consenta ad una parte di far valere, prima della scadenza, la certezza di un inadempimento futuro, pur se l'obbligazione non è ancora scaduta»: v. F. PADOVINI, *Indebitamento e sovraindebitamento*, cit., p. 419.

³⁰ In materia, cfr. l'approfondita analisi di E. PELLECCIA, *L'interesse del debitore alla ristrutturazione dei debiti*, in *Contr. e impr.*, 2015, p. 1132 ss., la quale osserva significativamente (*ivi*, p. 1134) che, nella disciplina del sovraindebitamento, è il debitore che «offre di adempiere “come, quando e quanto può” sulla base di un piano predisposto con l'ausilio di organismi appositamente istituiti e corredato di un'attestazione di fattibilità».

³¹ E. PELLECCIA, *L'obbligo di verifica del merito creditizio del consumatore: spunti di riflessione per un nuovo modo di guardare alla “contrattazione con l'insolvente”*, cit., p. 1088 ss.

cutive)³² e all'interesse alla liberazione del debitore che abbia offerto una prestazione esatta rifiutata senza motivo legittimo (tutelato tramite la *mora credendi*³³) trova collocazione l'interesse del debitore sovraindebitato alla ristrutturazione della propria complessiva esposizione³⁴.

Riceve a questo punto un rinnovato impulso la suggestiva prospettiva della inesigibilità della prestazione³⁵ – categoria utilizzata con riguardo ai casi in cui circostanze, originarie o sopravvenute ma imprevedibili al tempo della nascita dell'obbligazione, rendano eccessivo lo sforzo richiesto al debitore per adempiere³⁶ – la quale ha trovato la

³² Per riflessioni sul tema cfr. G. CIAN, *Interesse del creditore e patrimonialità della prestazione: valore normativo dell'art. 1174 c.c.*, Padova, 1968, sopr. p. 203 e C.M. BIANCA, *Dell'inadempimento delle obbligazioni*, in *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1979, sopr. p. 9.

³³ Su cui v., esemplarmente, L. BIGLIAZZI GERI, voce *Mora del creditore*, in *Enc. giur. Treccani*, XX, Roma, 1990, p. 6 ss.

³⁴ V. E. PELLECCIA, *L'interesse del debitore alla ristrutturazione dei debiti*, cit., p. 1132 ss. In proposito, v. anche F. DI MARZIO, *Ristrutturazione dei debiti*, in *Enc. dir., Annali*, VI, Milano, 2013, p. 812 ss. e A. DI MAJO, *Debito e patrimonio nell'obbligazione*, in *Le obbligazioni e i contratti nel tempo della crisi economica. Italia e Spagna a confronto*, a cura di G. Grisi, Napoli, 2014, p. 38 ss.

³⁵ Com'è noto, si tratta di una figura che – poggiata sulla rilevanza della correttezza nel rapporto obbligatorio – risulta distinta tanto dall'impossibilità oggettiva, quanto dalla non eseguibilità intesa come grave difficoltà personale del debitore dipendente da cause che non sono in rapporto con la prestazione dovuta: v. U. BRECCIA, *Le obbligazioni*, cit., 492 ss. E v., in proposito, M. BESSONE, *Impossibilità "economica" della prestazione, clausola generale di buona fede e giudizio di equità*, in *Foro it.*, 1979, V, c. 49. Cfr. anche L. BIGLIAZZI GERI, *Note in tema di interpretazione secondo buona fede*, Pisa, 1970, p. 37 ss.

Per una ricostruzione della dottrina sull'impossibilità derivante da causa non imputabile al debitore ex art. 1218 c.c., v. L. CABELLA PISU, *La nozione di impossibilità come limite della responsabilità del debitore*, in *Trattato della responsabilità contrattuale*, diretto da G. Visintini, *Inadempimento e rimedi*, Padova, 1999, p. 201 ss.

³⁶ Si occupa dettagliatamente di inesigibilità della prestazione anche L. MODICA, *Profili giuridici del sovraindebitamento*, Napoli, 2012, p. 143 ss. L'A. mette in luce, a suo dire, il vero e proprio conflitto esistente fra gli artt. 1176 e 1218 c.c. (ma è noto che la dottrina non è tutta dell'avviso che sussista tale conflitto: cfr. soprattutto L. BIGLIAZZI GERI-U. BRECCIA-F.D. BUSNELLI-U. NATOLI, *Diritto civile*, 3, *Obbligazioni e contratti*, cit., p. 145 ss.), auspicando una maggiore considerazione degli elementi soggettivi relativi alla sfera patrimoniale del debitore – già emersi nella disciplina di fenomeni come l'obbligo di rinegoziazione dei mutui – quale fondamento di una possibile disciplina differenziata del rapporto obbligatorio, almeno con riguardo alla dilazione dei termini di pagamento, nell'ottica di fornire il diritto comune dei contratti di rimedi puntuali, senza al contempo svilire le ragioni del credito. Al riguardo viene illustrata la soluzione francese del *délai de grâce*, che consente al giudice, tenuto conto della situazione del debitore e dei bisogni del creditore, di rinviare o rateizzare il

sua affermazione più evidente nelle decisioni giurisprudenziali sulla c.d. evasione di necessità³⁷.

Ma testimonianza ancora più indicativa di questo percorso è la tolleranza dei creditori a cui perviene la direttiva 2014/17/UE in merito ai contratti di credito ai consumatori relativi a beni immobili residenziali (c.d. MCD, *Mortgage Credit Directive*). La responsabilità permea di per sé l'intero intervento del legislatore europeo e transita dalla concessione del credito alla fase di recupero dello stesso, coniugandosi con la parola "tolleranza". Il riscontrato aumento delle vendite forzate e il perdurante timore per la crescita dei pignoramenti immobiliari e, dunque, per la perdita degli alloggi delle famiglie in tutta l'Unione Europea (anche se nella direttiva si precisa che il fenomeno è stato più devastante fuori dall'Unione), ha generato al riguardo una previsione assai significativa: l'art. 28 («morosità e pignoramenti»). La norma, collocata nel Capo dedicato alla «Buona esecuzione dei contratti di credito», è proiettata sul versante della "protezione contro l'inadempienza" e articolata su più piani, sovrastati dalla prospettata necessità dell'adozione, da parte degli Stati membri «di misure per incoraggiare i creditori ad esercitare un ragionevole grado di tolleranza prima di dare avvio a procedure di escussione della garanzia»³⁸.

Ad altro e più generale livello, un momento significativo di emersione di questo percorso è rappresentato dal d.lgs. n. 180 del 2015³⁹,

pagamento delle somme dovute (*ivi*, p. 191 ss.). Sull'inesigibilità della prestazione del garante, v., *infra*, Cap. V, sez. II.

³⁷ Cfr. G. GRISI, *L'inadempiamento di necessità*, in *Le obbligazioni e i contratti nel tempo della crisi economica. Italia e Spagna a confronto*, cit., p. 281 ss., *Id.*, *Note in margine ad inadempimento e responsabilità*, in *Eur. e dir. priv.*, 2017, p. 545 ss.

³⁸ Particolarmente significativo è il relativo considerando (n. 27), che – dopo avere richiamato le conseguenze significative di un pignoramento per creditori, consumatori e, potenzialmente, per la stabilità finanziaria – fa riferimento all'opportunità di incoraggiare i creditori «ad affrontare in maniera proattiva il rischio di credito emergente in una fase precoce» e invita gli Stati membri a disporre «delle misure necessarie affinché i creditori ... compiano ragionevoli sforzi per risolvere la situazione con altri strumenti, prima di dare avvio a procedure di pignoramento». Ove possibile, è opportuno trovare soluzioni che tengano dunque conto delle circostanze concrete e dei bisogni ragionevoli del consumatore in termini di spese di sostentamento. Qualora dopo la procedura di pignoramento permangano debiti residui, gli Stati membri dovrebbero garantire condizioni minime di sussistenza e porre in essere misure che facilitino il rimborso evitando, al contempo, il sovraindebitamento a lungo termine. Sulla tolleranza del creditore v. il commento all'art. 28, non privo di accenti critici, di A. BERTOLINI, in *I mutui ipotecari nel diritto comparato ed europeo. Commentario alla direttiva 2014/17/UE*, a cura di P. Sirena, *I quaderni della Fondazione Italiana del Notariato e-library*, 2016, p. 481 ss.

³⁹ In proposito, v. G. GUIZZI, *Il bail-in nel nuovo sistema di risoluzione delle*

attuativo della direttiva 2014/59/UE (quadro di risanamento e di risoluzione delle imprese di investimento e degli enti creditizi): sono gli investitori privati, coloro che hanno apportato il capitale di rischio (azionisti), ma anche gli obbligazionisti, secondo un certo ordine, a sopportare la crisi⁴⁰. Il che vale ad affermare, in termini chiaramente provocatori, che il creditore non solo sopporta il rischio dell'adempiimento dell'obbligazione, ma sovvenziona il proprio debitore.

La Banca d'Italia – che diventa autorità di risoluzione, oltre che di vigilanza⁴¹ (altro termine, questo, piegato dalla crisi a nuovi significati) – ha infatti la possibilità di imporre coattivamente anche ai creditori di partecipare al rifinanziamento della banca in dissesto attraverso la conversione del credito in capitale o attraverso la riduzione del valore nominale dei crediti.

Certamente in quest'ultimo scenario la gestione della crisi assume contorni ben specifici: quelli di un necessario superamento legislativo della stessa. Diversamente dalla gestione dell'insolvenza – che è tesa esclusivamente a massimizzare il valore delle attività del debitore al fine di distribuire i proventi della liquidazione tra i creditori – la risoluzione *ex d.lgs. n. 180 del 2015* mira a raggiungere obiettivi di interesse pubblico, ma realizzati fuori dal finanziamento collettivo, sull'assunto che la conservazione dell'attività sia di maggior beneficio al sistema piuttosto che l'insolvenza e la liquidazione. L'applicazione del *bail-in*⁴² intende raggiungere le finalità individuate dal legislatore, per il conseguimento delle quali è necessario che l'ente in risoluzione, attraverso il *bail-in* stesso, sia ricapitalizzato ad un livello tale da ristabilire i requisiti di capitale richiesti per l'autorizzazione, continuare a condurre le attività per le quali è autorizzato e sostenere la fiducia del mercato nell'ente, al fine di ristabilirne la sostenibilità economica sul lungo termine.

crisi bancarie. Quale lezione da Vienna?, in *Corr. giur.*, 2015, p. 1485 ss., che riflette sulla compatibilità del nuovo impianto con i principi costituzionali, soprattutto posti a tutela della proprietà e dei diritti patrimoniali nascenti da rapporti di diritto privato, anche alla luce di una prima pronuncia resa in materia dalla Corte costituzionale austriaca.

⁴⁰ L'ordine è il seguente: prima gli azionisti della banca; poi i detentori di altri titoli di capitale, come le obbligazioni; gli altri creditori subordinati; i creditori chirografari; infine le persone fisiche e le piccole e medie imprese titolari di depositi per l'importo sopra i 100.000 euro.

⁴¹ Cfr. F. RIGANTI, *L'evoluzione del sistema dei controlli interni nell'impresa bancaria*, in *Le nuove leggi civ. comm.*, 2015, p. 304 ss.

⁴² Cfr. anche A. GARDELLA, *Il bail-in e il finanziamento delle risoluzioni bancarie nel contesto del meccanismo di risoluzione unico*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2015, p. 587 ss.

3. I MUTAMENTI SUL PIANO DELLA REALIZZAZIONE E DELLE GARANZIE DEL CREDITO

Nel tratteggiato scenario, ulteriori rilevanti innovazioni legislative hanno investito la concessione del credito, la possibilità di realizzazione delle ragioni del creditore e, in generale, il versante delle garanzie del credito.

Per quanto concerne la concessione del credito⁴³, è almeno il caso di accennare come il quadro economico e sociale profondamente mutato dal 2008 abbia costretto a spostare l'attenzione da strumenti modellati sul parametro del debitore – in specie il consumatore avveduto e circospetto, in grado di fare scelte consapevoli – alla responsabilizzazione del soggetto che eroga il credito, sul quale dovrebbe gravare l'obbligo di selezionare le richieste di finanziamento, valutando il prodotto più adatto al soggetto richiedente, nella convinzione che al pari del consumatore anche il soggetto erogante possa assumere decisioni irrazionali.

A ciò corrisponde, sul piano normativo, lo spostamento dell'accento dalle regole di *disclosure* a regole differenti, che se ancora mantengono l'attenzione sugli obblighi informativi, si incentrano però maggiormente su scelte orientate a proteggere lo stesso debitore dal rischio della successiva insolvenza.

⁴³ L'attenzione della dottrina si è prevalentemente appuntata sulle conseguenze delle novità legislative, *in primis* l'art. 8 della direttiva 2008/48/CE relativa ai contratti di credito ai consumatori, che ha introdotto la previsione per cui, in materia di credito al consumo, spetta al creditore valutare il merito creditizio del consumatore sulla base di informazioni adeguate, così elevando il c.d. merito creditizio a strumento mediante il quale accertare la capacità e la propensione del beneficiario a rimborsare il prestito. In dottrina, *ex multis*, M.M. FRANCISSETTI BROLIN, *Ancora sul c.d. "merito creditizio" nel credito al consumo. Chiose a margine di una recente decisione comunitaria*, in *Contr. e impr./Europa*, 2015, p. 357, G. AZADI, *Valutazione del merito creditizio, adeguatezza delle sanzioni e tutela microeconomica dei consumatori*, in *Giur. it.*, 2015, p. 285 ss., T. RUMI, *Verifica del merito creditizio ed efficacia dei rimedi a tutela del consumatore*, in *Contratti*, 2014, p. 873 ss.

Peraltro, anche la direttiva 2014/17/UE si riferisce espressamente alla «valutazione delle prospettive che le obbligazioni debitorie risultanti dal contratto di credito siano rispettate» (art. 4, n. 17). Alla valutazione del merito creditizio è inoltre dedicato il Capo VI della direttiva (artt. 18-20), in stretto collegamento con il Capo VII, relativo all'accesso alle banche dati. In proposito, cfr. le riflessioni di E. PELLECCIA, *La Direttiva 2014/17/UE sui contratti di credito ai consumatori relativi a beni immobili residenziali*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2016, p. 206, specie pp. 214-215, secondo la quale la valutazione del merito creditizio del consumatore è un punto di snodo cruciale della direttiva, che «proietta la dimensione relazionale tipica della correttezza, espressione del principio di solidarietà: astenersi dalla concessione di finanziamenti "non sostenibili"; concedere solo finanziamenti "sostenibili"».

Un ulteriore profilo del tutto peculiare si manifesta sul piano esecutivo, laddove le recenti evoluzioni normative tendono ad allontanarsi dal connotato tipico dell'attuazione delle garanzie del credito, in particolare di quelle reali, per imboccare il sentiero della "degiurisdizionalizzazione" del soddisfacimento delle ragioni creditorie, in ragione e sulla spinta decisiva della crescente inefficienza e inadeguatezza dimostrata dalle procedure esecutive e dalle loro lungaggini, inadatte a soddisfare l'interesse frustrato del creditore.

Particolarmente significative al riguardo appaiono le due norme di recente inserite nel d.lgs. n. 385 del 1993 (Testo Unico Bancario): l'art. 48 *bis*⁴⁴ e l'art. 120 *quinqüesdecies*⁴⁵. Si tratta di previsioni strettamente correlate, se non addirittura speculari, entrambe connotate dal trasferimento in favore del creditore di un immobile o di altro diritto immobiliare del debitore o di un terzo, sospensivamente condizionato all'inadempimento del debitore stesso. Mentre la concessione del credito proviene in entrambi i casi da una banca (o altro soggetto autorizzato a concedere finanziamenti nei confronti del pubblico, iscritto all'albo degli intermediari autorizzati dalla Banca d'Italia, di cui all'art. 106 Tub), a variare è la connotazione soggettiva del finanziato⁴⁶, ora professionista, ora consumatore⁴⁷. Le due novità hanno animato un viva-

⁴⁴ L'introduzione della norma si deve al d.lgs. n. 59 del 2016, c.d. decreto Banche, attuativo della citata direttiva 2014/17/UE. Sull'art. 48 *bis* Tub v. in particolare S. PAGLIANTINI, *L'art. 2744 e le alchimie del legislatore: per una prima lettura (ragionata) dell'art. 48 bis t.u.b.*, in *Le nuove leggi civ. comm.*, 2016, p. 938 ss., F. FERRETTI, *Prime osservazioni sulle disposizioni del "Decreto banche" volte ad accelerare il recupero dei crediti bancari*, in www.diritto bancario.it, 9 maggio 2016, C. CROCI, *Il nuovo finanziamento alle imprese garantito da trasferimento immobiliare sospensivamente condizionato*, in *Studium iuris*, 2016, p. 1451 ss., A. SCOTTI, *Il trasferimento di beni a scopo di garanzia ex art. 48 bis T.U.B. è davvero il patto marciano?*, in *Corr. giur.*, 2016, p. 1477 ss.

⁴⁵ La norma (sulla quale cfr. F. PIRAINO, *L'inadempimento del contratto di credito immobiliare ai consumatori e il patto marciano*, in *I nuovi marcioniani*, a cura di G. D'Amico-S. Pagliantini-F. Piraino-T. Rumi, Torino, 2017, p. 149 ss.) è stata introdotta dal d.lgs. n. 72 del 2016 (c.d. decreto Mutui).

⁴⁶ Sul rilievo della connotazione soggettiva del contraente v. *infra*, Cap. III e, con precipuo riguardo alle nuove disposizioni, sia consentito rinviare a L. VIZZONI, *Spunti in tema di qualificazioni dei contraenti e posizione del terzo garante nel nuovo scenario delle garanzie del credito*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2018, p. 445 ss.

⁴⁷ Il che potrebbe valere anche a giustificare la mancata previsione, nell'art. 48 *bis* Tub, dell'effetto esdebitatorio, che è invece sancito dall'art. 120 *quinqüesdecies* Tub, il quale precisa che l'effetto di esdebitazione a vantaggio del debitore-consumatore si produce «anche se il valore del bene immobile restituito o trasferito ovvero l'ammontare dei proventi della vendita è inferiore al debito residuo». Tale diversità di formulazione potrebbe ricondursi allo specifico bisogno di tutela che connota il contraente consumatore rispetto al profes-