

**Rivista**  
di Diritto Bancario

dottrina  
e giurisprudenza  
commentata

Estratto dal n. 2/2019

**Consumatore e mercato  
nelle discipline della crisi.  
Notazioni preliminari.**

Raffaele Di Raimo

**Direzione scientifica:**

Filippo Sartori, Stefano Ambrosini, Sandro Amorosino, Filippo Annunziata, Sido Bonfatti, Francesco Capriglione, Alfonso Castiello d'Antonio, Paoloefisio Corrias, Fulvio Cortese, Matteo De Poli, Raffaele Di Raimo, Aldo Angelo Dolmetta, Alberto Gallarati, Gian Luca Greco, Ugo Patroni Griffi, Bruno Inzitari, Marco Lamandini, Raffaele Lener, Paola Lucantoni, Alberto Lupoi, Daniele Maffei, Ugo Malvagna, Luca Mandrioli, Rainer Masera, Alessandro Melchionda, Roberto Natoli, Elisabetta Piras, Maddalena Rabitti, Giuseppe Santoni, Maddalena Semeraro, Antonella Sciarrone Alibrandi, Francesco Tesauo

**Direzione esecutiva:**

Alberto Gallarati, Paola Lucantoni, Luca Mandrioli, Elisabetta Piras, Francesco Quarta, Maddalena Semeraro

**Comitato editoriale:**

Francesco Albertini, Francesco Autelitano, Stefano Daprà, Eugenia Macchiavello, Massimo Mazzola, Manila Orlando, Carlo Mignone, Edoardo Rulli, Stefania Stanca

## Consumatore e mercato nelle discipline della crisi. Notazioni preliminari.

**SOMMARIO**<sup>\*</sup>: 1. Premessa. Consumatore e mercato prima e dopo la crisi. – 2. Il sovraindebitamento del consumatore. – 3. *Segue*. L'incapienza del consumatore «meritevole». – 4. la c.d. autotutela esecutiva. – 5. Il regime delle crisi bancarie. – 6. Osservazione conclusiva.

### 1. Premessa. Consumatore e mercato prima e dopo la crisi

Il rapporto tra consumatore e mercato, prima della crisi, era tarato sul c.d. atto di consumo, ossia sul paradigma dell'acquisto. Le discipline di tutela del consumatore regolavano contratti di acquisto variamente caratterizzati, narando vicende che, tuttavia, sempre trovavano il proprio momento cruciale nella fase formativa del consenso. Ancora, l'atto di consumo era distinto dall'atto di risparmio. Punti di riferimento, l'uno e l'altro, di due differenti categorie, consumatore e risparmiatore, oggetto di discipline differenziate, costituenti due facce della dinamica del mercato in una economia efficiente, nella logica della sequenza ideale reddito – risparmio – consumo. Due facce, cioè, aventi il proprio fattore propulsivo nel reddito.

Non si parlava affatto, allora, di tutela del consumatore nella crisi d'impresa, né si parlava molto del consumatore debitore nel rapporto bancario. Il credito al consumo era marginale nelle economie delle famiglie, come pure lo era il mutuo se non nella prospettiva dell'accesso alla proprietà immobiliare, a lungo reputata la forma di risparmio maggiormente sicura.

La crisi d'inizio millennio ha riposizionato complessivamente il perimetro del rapporto tra persona e mercato collocandolo su un terreno nuovo e affatto differente, avente a epicentro l'incrocio tra tutela dei consumatori e stabilità del sistema bancario. Tutela dei consumatori, s'intende, non più come parte economicamente attiva, bensì come debitori. Entro questo perimetro si collocano significativamente tre tematiche di importanza primaria: due riguardano il consumatore debitore in quanto cliente finanziato da istituti di credito; la terza riguarda il consumatore creditore in quanto correntista o acquirente di prodotti finanziari emessi da Banche coinvolte in vicende di dissesto. Più specificamente: a) il sovraindebitamento del consumatore; b) la c.d.

<sup>\*</sup> È il testo della relazione introduttiva al Convegno *Tutela del consumatore e profili evolutivi delle procedure concorsuali*, svoltosi presso il polo didattico di Terni dell'Università degli studi di Perugia ed è destinato al volume che raccoglierà i relativi atti a cura di Eugenio Llamas Pombo, Lorenzo Mezzasoma, Umberto Rana e Francesco Rizzo.

autotutela esecutiva ovvero i mezzi di escussione stragiudiziale rapida delle garanzie reali; c) il regime delle crisi bancarie. Tre tematiche che messe in fila costituiscono parti di un solo racconto: quello del sistema mercantile contemporaneo, fondato sulla istituzione di una nuova sequenza. Non più reddito – risparmio – consumo ma finanziamento – consumo – debito. Sequenza nuova originante in assenza di liquidità e perciò incline a prendere il verso del circuito vizioso, conducente al sovraindebitamento del consumatore, alla sua insolvenza e, potenzialmente, al dissesto dell'istituto finanziatore. Ancora, tre tematiche le quali riflettono una realtà estremamente dinamica, diremmo fluida, ricomposta da normative vigenti, da normative che attendono provvedimento attuativi, da deleghe legislative che attendono di essere adempiute, da proposte di normativa in procedimenti ancora non definiti.

### 2. Il sovraindebitamento del consumatore

Cominciamo, con buon ordine, dal sovraindebitamento del consumatore e, in particolare, dal procedimento di risoluzione della relativa crisi.

Va osservato in primo luogo che tale procedimento non è tanto (direttamente) strumentale alla soddisfazione del credito, quanto lo è alla ridefinizione della stessa situazione debitoria a monte. Esso dunque non opera sul piano della responsabilità. Non incide sulle regole del concorso ma di esso, ai fini della applicazione della disciplina della responsabilità patrimoniale, definisce l'antecedente.

Sono peraltro note le incertezze interpretative che accompagnano l'applicazione della disciplina vigente, concepita frettolosamente nel 2012. Ed è altresì noto che la proposta di decreto legislativo attuativa della legge delega per la riforma delle procedure concorsuali tocca i profili che si sono mostrati maggiormente problematici. Primo tra questi, quello generalissimo dell'orientamento funzionale dell'istituto, nell'alternativa tra l'ispirazione marcatamente sociale già propria del modello francese – che guarda allo stato, alle condizioni di vita, alla dignità e al reddito della famiglia del consumatore – e l'ispirazione invece marcatamente mercantile propria dell'istituto del *discharge* di diritto anglosassone, che mira non già a tutelare il consumatore in quanto persona – non dunque a finalità qualificabili come sociali – ma a recuperarlo al ciclo mercantile, ove ve ne sia convenienza in ragione della sua prospettiva di reddito.

Le incertezze e le contraddizioni della prima giurisprudenza sono in grande parte determinate dalla mancanza, nella disciplina, di un'impronta chiara della scelta del legislatore nostrano nella definizione dell'equilibrio tra gli interessi del debitore e dei creditori istituzionali.

La proposta di decreto legislativo prospetta un modello connotato in modo tendenzialmente univoco. La direzione (tendenziale) appare quella «sociale»

propria della esperienza francese. Ciò soprattutto in ragione di due elementi di novità.

Il primo e più importante è l'istituzione di un rapporto tra la responsabilità del consumatore per il proprio indebitamento e quella del finanziatore per la concessione del credito. Segnatamente, tale rapporto è attualmente soltanto, con grande sforzo, ricavabile dall'art. 9, comma 3, lett. a) della l. 27 gennaio 2012, n. 3, che richiede, tra gli allegati alla proposta del piano del consumatore, «l'indicazione delle cause dell'indebitamento e della diligenza impiegata dal consumatore nell'assumere volontariamente le obbligazioni». Elemento incidente in via diretta nella valutazione del giudice dell'omologazione del piano è qui soltanto la diligenza del consumatore, rispetto alla quale – è ovvio e sarebbe stato inutile esplicitarlo – può assumere valore affermativo o, viceversa, negativo la condotta dei creditori nella concessione di finanziamenti. Diremmo, perciò, rilievo diretto della condotta del consumatore e soltanto riflesso ed eventuale di quella del concedente il finanziamento.

Non vi è insomma, nel sistema vigente, una regola che consenta di graduare la posizione dei creditori in ragione della loro responsabilità nella concessione del credito; graduazione – ossia possibilità di postergare tra i crediti, abbattendone massimamente l'entità, quelli dei finanziatori responsabili – che costituisce invece la testimonianza prima dell'ispirazione sociale del modello francese consentendo un bilanciamento tra la meritevolezza delle posizioni di debito e di credito.

L'art. 68 dello schema di decreto legislativo – dopo aver sancito, al comma 2, lett. a), che la relazione dell'organismo di composizione della crisi, allegata alla proposta del piano del consumatore, deve contenere «l'indicazione delle cause dell'indebitamento e della diligenza impiegata dal debitore nell'assumere le obbligazioni» – dispone, al comma 3, che la medesima relazione «deve indicare anche se il soggetto finanziatore, ai fini della concessione del finanziamento, abbia tenuto conto del merito creditizio del debitore, valutato in relazione al suo reddito disponibile, dedotto l'importo necessario a mantenere un dignitoso tenore di vita». Il giudice dell'omologa tiene dunque conto in via diretta della meritevolezza dell'interesse del finanziatore.

Ancora, l'art. 69 dispone, al comma 1, che il «consumatore non può accedere alla procedura», tra le altre ragioni, se ha «determinato la situazione di sovraindebitamento con colpa grave, malafede o frode»; ma, a fronte di ciò, dispone al comma 2 che «Il creditore che ha colpevolmente determinato la situazione di indebitamento o il suo aggravamento o che ha violato i principi di cui all'articolo 124 *bis* del decreto legislativo 1 settembre 1993, n. 385, non può presentare opposizione o reclamo in sede di omologa, anche se dissenziente, né far valere cause di inammissibilità che non derivino da comportamenti dolosi del debitore».

In definitiva, il nuovo schema ricompone il quadro combinando alla auto-responsabilità del consumatore una autonoma responsabilità del suo finanziatore. In particolare, il menzionato comma 3 dell'art. 68 esprime un chiaro intento protettivo del consumatore, imponendo in capo al finanziatore un dovere di valutazione del merito di credito; dovere vieppiù precisato rispetto alla formulazione generica che di esso fornisce il Tub. Il combinato con la successiva disposizione dell'art. 69 delinea i presupposti per la qualificazione della condotta del finanziatore in termini di colpa rispetto all'indebitamento. E profila con ciò una significativa analogia con la situazione dell'intermediario finanziario ai sensi dell'art. 21 Tuf., alla quale è da più parti attribuita natura di ufficio di diritto privato.

Rispetto a siffatta disciplina, si prospetta peraltro ancora un notevole spazio discrezionale per il giudice, giacché restano impliciti i nessi tra inadempimento del dovere di valutazione del merito creditizio e collocazione deteriore, all'interno del piano, del finanziatore inadempiente. Meglio sarebbe stato forse esplicitare tali nessi. V'è tuttavia che la medesima debolezza nel passaggio dal principio alle conseguenze della sua violazione caratterizza tutta l'ampia tematica della valutazione del merito creditizio. Sul punto, lo stesso legislatore europeo – che ha introdotto l'obbligo in capo agli istituti di credito con l'art. 8 della Direttiva 2008/48/CE – ha originariamente mancato di determinazione. La Corte di Giustizia ha offerto tuttavia buoni spunti nell'interpretazione di tale Direttiva come pure della successiva 17/2014, prospettando ipotesi di nullità in conseguenza dell'inadempimento dell'obbligo in parola. La disciplina italiana, infine, anche nel recepimento della direttiva 17 del 2014, la quale espressamente rappresenta come obbligatoria la valutazione del merito di credito da parte delle banche, si limita alla formalizzazione di tale l'obbligo, a mezzo degli artt. 120 *undecies* e 124 Tub, non predisponendo sanzioni per il suo inadempimento.

Si tratta insomma di un principio ancora affetto da debolezza, diremmo: ancora carente sotto il profilo dell'effettività. Anche soltanto la sua affermazione costituisce tuttavia un elemento estremamente rilevante sul piano concettuale con particolare riguardo alla generale qualificazione della natura del potere negoziale delle banche finanziatrici e conseguentemente della natura e del ruolo, come già poco sopra rilevato, delle medesime banche nel sistema creditizio in analogia con quello loro assegnato dall'art. 21 Tuf: uffici di diritto privato, titolari di una funzione di salvaguardia della stabilità del sistema e di tutela del risparmio in attuazione del dettato dell'art. 47 cost.

### **3. Segue. L'incapienza del consumatore «meritevole»**

Secondo elemento di novità è l'istituto dell'incapienza, disciplinato dall'art. 283. Il debitore «meritevole» può essere esdebitato se dimostra di essere incapiente. Segnatamente: «il debitore meritevole che non sia in grado di

offrire ai creditori alcuna utilità diretta o indiretta nemmeno in prospettiva futura può accedere alla esdebitazione solo una volta fatto salvo l'obbligo del pagamento del debito entro quattro anni e laddove sopravvengano utilità rilevanti che consentano il soddisfacimento dei creditori in misura non inferiore al dieci per cento».

La figura è importante innanzitutto sotto il profilo concettuale, mostrandosi in grado di trasmettere senso altresì all'ipotesi dell'esdebitazione conseguente al piano del consumatore. Importante innanzitutto per l'impiego del criterio sintetico della meritevolezza. «Meritevole» è, all'evidenza, il consumatore quando: sia diligente nell'assumere le obbligazioni; sia incapace di adempiere le obbligazioni assunte per ragioni a lui non imputabili; non abbia compiuto atti pregiudizievoli per i creditori; non coltivi propositi fraudolenti presentando una documentazione incompleta o inattendibile. Questi elementi da sé appaiono sufficienti a una valutazione positiva da parte del giudice ai fini del decreto esdebitatorio.

V'è, tuttavia, che torna altresì in questo contesto la prescrizione all'organo di composizione della crisi di indicare «nella domanda, anche se il soggetto finanziatore, ai fini della concessione del finanziamento, abbia tenuto conto del merito creditizio del debitore, valutato in relazione al suo reddito disponibile, dedotto l'importo necessario a mantenere un dignitoso tenore di vita». Torna dunque una valutazione della condotta del finanziatore; la quale valutazione non può non incidere comparativamente, istaurando un bilanciamento tra i rispettivi interessi e giustificando – in caso di inadempimento dell'obbligo di valutare il merito creditizio – una maggiore elasticità nel giudizio della situazione del consumatore. In altre parole, sembra di poter affermare che, in caso di mancata valutazione del merito creditizio, il riconoscimento della meritevolezza del consumatore non segue più un giudizio assoluto bensì una valutazione di prevalenza: ciò che costituisce una decisa sottolineatura del profilo di socialità dell'istituto.

Scontato il requisito della meritevolezza, nella sostanza si tratta di una forma di esdebitazione basata sul bisogno; tecnicamente qualificabile alternativamente come inesigibilità, condizionata alla mancata sopravvenienza di utilità rilevanti nei successivi quattro anni, o come un procedimento estintivo a effetto remissorio (una sorta di remissione legale) ricomposto dalla fase dell'omologazione e dal fatto negativo dell'inutile decorso di un periodo di quattro anni.

Complessivamente indiscutibile la sua ispirazione sociale, per quanto sia certamente preferibile attendere l'esperienza di una prima applicazione per formarsi opinioni critiche, è possibile già *ictu oculi* – distinguendo tra l'ipotesi dell'intermediario che abbia assolto con diligenza i suoi obblighi e quello che invece abbia operato abusivamente nella concessione del credito – sollevare un problema di ragionevolezza in ordine all'applicazione della disciplina alla

prima. In particolare, occorre chiedersi, a maggior ragione in tempo di crisi, se e in quale misura si possa reputare giustificata l'allocazione delle conseguenze di un *default* finanziario in capo a una banca che non ne sia stata causa, considerando l'impatto potenziale di tale allocazione sugli interessi non necessariamente meno meritevoli di *shareholders* e *stakeholders* della medesima banca oltre al suo potenziale impatto sistemico.

#### 4. La c.d. autotutela esecutiva

Seconda tematica: la c.d. autotutela esecutiva che, nello specifico del nostro contesto, condensa i mezzi di escussione stragiudiziale rapida delle garanzie reali

Non è nuova e non è per ciò stesso rappresentabile come caratteristica del contesto attuale la sensibilità del ceto creditizio rispetto ai tempi della giustizia e, in particolare, delle procedure esecutive. Non è nuova, ed è la ragione della forte spinta che, a far capo (almeno) dagli anni ottanta dello scorso secolo, ha orientato i sistemi verso forme di giustizia alternative: in primo luogo, quelli tradizionali come l'arbitrato irrituale e rituale; poi gli arbitrati c.d. amministrati; ancora, le ADR e le ODR; infine, le forme di paragiurisdizione e gli Arbitri in materia Bancaria, Finanziaria e (tra breve anche) assicurativa.

Le medesime problematiche sono da molti ravvisate come la ragione della diversa tendenza verso l'utilizzazione di strumenti che, non tanto costituiscono un'alternativa alla via giurisdizionale, quanto ne eliminano la necessità, quali in particolare il pegno non possessorio di cui all'art. 1 del decreto 59/2016, c.d. salva banche, il trasferimento di bene immobile sospensivamente condizionato di cui all'art. 2 del medesimo decreto, e i patti marciani dell'art. 120 quinquiesdecies TUB.

Senza mezzi termini: il contesto è radicalmente differente e la ragione del malfunzionamento del processo non è qui affatto conferente. La sua continua rievocazione esprime non altro che la pigrizia del pensiero giuridico o, talvolta, la sua avversità all'esercizio della critica. Altra è la ragione. Non già la ricerca di mezzi alternativi di risoluzione delle controversie ma la conformazione delle situazioni di credito talsì da attribuire al creditore l'accesso diretto, senza intermediazioni, a una fonte di liquidità; conformazione che riconduce le figure in parola ad altre da più tempo note, di natura eterogenea – dal mandato irrevocabile all'incasso alle forme varie dei contratti articolati sulla base di vendite con riserva di proprietà – espressive della tendenza a dotare il credito di strumenti di soddisfazione di carattere dominicale, di principio estranei al meccanismo attuativo del rapporto obbligatorio per come delineato dal codice civile. Ebbene, tale tendenza – rimasta per lungo tempo confinata, con le menzionate figure, nel territorio delle prassi dei rapporti tra imprese – ha assunto dimensioni estremamente rilevanti a nel contesto

attuale, connotato dall'emergenza a livello sistemico del problema dei crediti in sofferenza.

Per dirla in altri termini, il meccanismo in sé della garanzia anche quando qualificabile come reale non assicura – specie in tempo di crisi, e di crisi di liquidità – un'efficienza adeguata alla necessità di stabilità e di vitalità del mercato del credito. Se, dunque, la ricerca di forme di garanzia assistite da prerogative proprietarie è stata per lungo tempo espressione dell'interesse del ceto creditorio al controllo diretto di una fonte di liquidità alla quale attingere senza intermediazioni, la nuova figura di pegno non possessorio e i nuovi marcani testimoniano dell'assunzione del medesimo interesse a livello di sistema, a salvaguardia della stabilità degli operatori istituzionali.

In definitiva, non parliamo di mezzi di reazione alla lungaggine dei processi, disponibili per i singoli operatori in relazione a singoli rapporti, ma di strumenti di mitigazione del rischio sistemico determinato dall'eccessivo accumulo di crediti in sofferenza nei bilanci delle banche. Il contesto è quello della costruzione di un efficiente e stabile mercato comune europeo del credito e, a fronte di questa, della gestione dei NPLs (*Non Performing Loans*). Massima espressione se ne trova, non a caso, nei progetti di disciplina europei seguiti al Libro verde della Commissione Europea del 18 febbraio 2015, «Costruire un'Unione dei mercati dei capitali», dove è affermato il ruolo delle garanzie reali quale «anello essenziale del sistema finanziario», ed è sottolineato che la «limitata fluidità di tali garanzie in tutta l'UE attualmente impedisce ai mercati di essere efficienti» e alle Comunicazioni della Commissione «sul completamento dell'Unione bancaria» dell'11 ottobre 2017 e «Ulteriori tappe verso il completamento dell'Unione economica e monetaria dell'Europa: tabella di marcia», a mezzo delle quali è delineato il percorso in tutte le sue principali componenti. Tra esse, la realizzazione di mercati secondari dei crediti deteriorati ben sviluppati è poi affidata alla proposta di Direttiva 2018/0063 del 14.3.2018, «relativa ai gestori di crediti, agli acquirenti di crediti e al recupero delle garanzie reali». Ebbene, tra gli obiettivi espressi della proposta vi è quello di «rafforzare la capacità dei creditori garantiti di recuperare più rapidamente il valore dalle garanzie tramite procedure di escussione extragiudiziali», là dove i «creditori dovrebbero essi stessi poter eseguire i contratti di credito e recuperare gli importi dovuti o poter affidare tale recupero a un'altra persona che fornisce tali servizi nell'ambito di un'attività professionale».

A più riprese e in diverso modo ne sono illustrate le ragioni specifiche: l'introduzione «dell'escussione extragiudiziale accelerata quale meccanismo rapido per il recupero del valore delle garanzie reali ridurrebbe i costi per la risoluzione dei crediti deteriorati e sosterebbe quindi sia gli enti creditizi che gli acquirenti di crediti deteriorati nel recupero del valore» (sesto considerando); la «riduzione dei tempi per l'escussione e l'aumento dei tassi di

recupero che si prevede di ottenere con l'escussione extragiudiziale accelerata delle garanzie aumentano il valore dei crediti deteriorati. Di conseguenza dovrebbero aumentare i prezzi in denaro per le operazioni in crediti deteriorati». Ancora, con<sup>17</sup> «un mercato secondario dei crediti deteriorati più liquido e che funziona meglio gli investitori dimostrerebbero un maggiore interesse per i crediti deteriorati che prevedono l'escussione accelerata, e gli enti creditizi sarebbero maggiormente incentivati a prevedere l'escussione extragiudiziale accelerata delle garanzie al momento dell'emissione di nuovi prestiti» (settimo considerando).

La disciplina comprende sia i crediti *in bonis* che quelli deteriorati. Il meccanismo, delineato nella prospettiva di un livello minimo di armonizzazione, prevede obbligatoriamente la possibilità di vendita del bene oggetto di garanzia da parte del creditore ma contempla anche la possibilità di appropriazione condizionata alla previsione dell'obbligo di retrocessione al debitore della eventuale differenza tra valore del bene e debito.

Analoghe indicazioni in ordine al rilievo sistemico delle procedure extragiudiziali si trovano infine nella relazione alla proposta di regolamento del 14 marzo 2018 «che modifica il regolamento (UE) n. 575/2013 per quanto riguarda la copertura minima delle perdite sulle esposizioni deteriorate».

In via generale, è prospettabile – ed è nitidamente riflesso nelle proposte testé riportate – un mutamento di ruolo anche tecnico dell'obbligazione nella dinamica della circolazione della ricchezza. Seppure circoscritte sotto il profilo soggettivo, in quanto riservate ai rapporti tra creditori professionali e imprese, queste discipline sono destinate a regolare con omogeneità un vasto mercato. Le ipotesi di autotutela esecutiva da essa dedotte non si possono perciò reputare eccezionali e sembra invece che rispondano a un comune principio generale. Esse costituiscono la risposta a un problema costituente la conseguenza sul piano sistemico di una mutazione che pienamente investe i rapporti di consumo. Risposta impegnativa per gli equilibri dei sistemi giuridici ai quali è destinata, ma perfettamente armonica rispetto ad un tessuto economico-sociale profondamente mutato nella sua struttura, ove spicca, esattamente, il ruolo rivestito dai rapporti di credito nel mercato anche dei beni di prima necessità ed è possibile dire che il motore dei mercati, che nello scorso millennio era il reddito, è divenuto il debito.

### **5. Il regime delle crisi bancarie Terza e ultima tematica è quella delle crisi bancarie**

Guardata per un verso, costituisce l'epilogo delle prime due ed è perciò strettamente connessa alla tematica del debito del consumatore in quanto fruitore di credito per consumare. Per altri versi, essa coinvolge però il consumatore nell'altra, differente veste di risparmiatore. Non si tratta, in questa prospettiva, di debito ma di credito dei consumatori nei confronti di banche

in dissesto: di quello che è stato definito «risparmio tradito». La storia è lunga, poiché la linea delle vicende di crisi non inizia certo con le due più recenti e più note. È possibile tuttavia, in questa sede, trascurare i precedenti, dedicando qualche osservazione esclusivamente a queste ultime.

L'una e l'altra, quella c.d. delle quattro banche e quella delle banche venete hanno avuto luogo dopo la comunicazione, del 2013, della Commissione europea sugli aiuti di Stato in materia bancaria che ha inibito gli interventi qualificabili come pubblici. Quella delle quattro banche ha preceduto di pochi mesi, quella delle venete ha seguito la vigenza del nuovo sistema europeo facente capo alla direttiva BRRD; sistema che – coerentemente con la generale logica di privatizzazione, liberalizzazione e apertura dei mercati corrispondente alla linea fondamentale della politica economica Unione Europea – emargina gli Stati dalle vicende di dissesto e vi coinvolge invece – a mente del principio c.d. della condivisione degli oneri – in prima battuta gli azionisti e gli obbligazionisti subordinati e successivamente tutti gli altri *stakeholders* delle banche coinvolte, facendo salvi i correntisti soltanto sotto il tetto di centomila euro.

Nel caso delle quattro banche, è stata revocata l'autorizzazione all'esercizio dell'attività bancaria azzerando la passività costituita dal capitale e dalle obbligazioni subordinate, è stata poi venduta l'attività a enti ponte, isolando, però, e cedendo a *bad banks* i rapporti in sofferenza. Il D.I. 22 novembre 2015, che ha regolato la procedura, non dispone in merito alla sorte delle pretese di natura risarcitoria o restitutoria avanzate dai consumatori in ragione della eventuale scorrettezza della condotta delle banche nella collocazione di azioni e obbligazioni subordinate. La giurisprudenza ha accordato loro tutela riconoscendo la legittimazione passiva delle banche ponte attraverso l'applicazione, anziché dell'art. 2560 c.c sul trasferimento di azienda – che avrebbe comportato la reiezione delle domande perché si trattava di debiti non in bilancio e non conosciuti quindi dall'acquirente al momento del trasferimento –, dell'art. 58 Tub in quanto *lex specialis*.

Quest'orientamento è stato oggetto di critica anche vivace in dottrina, sulla base di una ravvisata violazione dell'affidamento della banca acquirente. Del resto, ragione fondante della disciplina generale dell'art. 2560 c.c. è certamente la tutela dell'affidamento dell'acquirente dell'azienda. Sembra tuttavia che, in via generale, si possa dire che la specialità dell'art. 58 si fonda, da sua parte, su un diverso bilanciamento degli interessi coinvolti. A questo, sembra di dover aggiungere che, nel caso di specie, gli enti acquirenti sono stati costituiti in seno alla medesima operazione, esattamente per acquistare i rapporti in oggetto (tutti, senza ulteriori esclusioni da parte del decreto fuori da quelli costituenti crediti in sofferenza ceduti alla *bad bank*): se pure la prospettiva di una situazione di affidamento in capo a tali enti potesse non essere reputata una forzatura, dovrebbe comunque essere reputata tale

l'affermazione della sua prevalenza rispetto agli interessi di creditori il cui titolo si fonda su vicende precedenti.

Restano comunque escluse dalla tutela le posizioni degli azionisti e degli obbligazionisti subordinati in quanto tali. Rispetto a questi ultimi è stato istituito un fondo di ristoro con la L. 208/2015. Non volendo entrare nei dettagli tecnici inerenti alle modalità per l'accesso a tale fondo, v'è da dire, da un lato, che il ristoro ottenibile è comunque parziale e che, dall'altro lato, un meccanismo che comporti la socializzazione delle perdite, ovvero la loro riallocazione sulla fiscalità generale, per quanto assolutamente desiderabile e per molti versi irrinunciabile dovrebbe tuttavia essere parte di un disegno complessivo acciò coerente, quale non sembra che voglia essere quello del nuovo sistema europeo.

Ultimo cenno deve essere riservato alla vicenda delle Banche Venete. Diversamente rispetto al caso precedente, con il D.I. 99/17 – regolante la procedura di liquidazione coatta amministrativa delle due banche venete – è stata qui espressamente esclusa la responsabilità della banca acquirente (che in questo caso non è stata costituita per l'operazione, ma è una grande banca), lasciando, tra l'altro, anche il contenzioso sulle azioni e sulle obbligazioni subordinate alla liquidazione coatta amministrativa, per definizione incapiente.

Decisamente diversa e più complessa questa vicenda, anche in ragione dell'intervento finanziario diretto dello Stato, consentito della Commissione europea in ragione del rilevante impatto della crisi, dovuto alle maggiori dimensioni delle banche coinvolte. Non profilabile tuttavia l'incostituzionalità del menzionato D.I., pur da molte parti invocata, giacché esso è il frutto del bilanciamento tra situazioni differenti facenti capo a interessi chiaramente differenziabili. Comunque, una prospettiva almeno parziale di socializzazione delle perdite – con specifico riguardo al contenzioso connesso alla negoziazione dei titoli esclusi dalla cessione alla banca ponte – è stata aperta anche in questo caso, con l'istituzione di un fondo di ristoro operata dalla L. 205/207 (significativamente implementata dalla L. 108/2018).

## 6. Osservazione conclusiva

Concludiamo in due battute.

Il rapporto tra consumatore e mercato, prima della crisi, era tarato sul c.d. atto di consumo, ossia sul paradigma dell'acquisto. La crisi d'inizio millennio ha riposizionato complessivamente il suo perimetro collocandolo su un terreno nuovo e affatto differente, avente a epicentro l'incrocio tra tutela dei consumatori e stabilità del sistema bancario.

Come si diceva, le vicende da ultime menzionate – quelle delle crisi bancarie – costituiscono l'epilogo di una narrazione che inizia con il sovraindebitamento di consumatori che ricorrono al finanziamento in ragione di un

fisiologico squilibrio tra il loro reddito e la loro spesa corrente, entrando in un circuito dove il reddito è assorbito dal debito contratto a fronte dell'uso di beni o della fruizione di servizi e sempre meno si traduce nella proprietà di beni dal valore durevole nel tempo, riguardabili in termini di risparmio. Nel bilanciamento degli interessi e nelle scelte politiche finali, inerenti alla riallocazione di perdite talvolta estremamente rilevanti sul piano sistemico, occorre perciò tenere presente che si tratta del punto di ricongiungimento del termine del filo al suo capo: che del bilanciamento è parte la virtuale contrapposizione tra l'interesse del semplice contribuente, semmai debitore in quanto destinatario di erogazione di finanziamento e, in quanto tale, privo di paraurti finanziari e quello del cliente investitore, per definizione dotato di un capitale di risparmio, quale che ne sia l'entità e (ancora) dotato perciò di un *surplus* nel proprio bilancio personale e familiare.

Il bilanciamento non è agevole e, anzi, risulta allo stato particolarmente disagiata poiché gli equilibri del sistema sono ancora incompiuti ed esprimono una contraddizione di fondo. Certamente rileva ciò, che il progetto del quale oggi si vedono chiaramente le linee nasce ben prima della crisi – con la privatizzazione e la successiva despecializzazione degli istituti di credito – per portare a compimento l'edificazione di un sistema bancario e finanziario d'ispirazione marcatamente liberista. È un progetto che in quella prospettiva aveva coerenza ma che, dopo la crisi, sicuramente urta con discipline ispirate alla garanzia di condizioni di vita dignitose quali si avviano a essere, tra le altre, quelle del sovraindebitamento e dell'incapienza del consumatore. Infine, è un progetto che oggi deve essere sì guardato nella prospettiva della coerenza, ma con il coraggio di misurarne gli antecedenti e di ripensarli ove – in quanto propri di un momento nel quale l'economia e le necessità reali erano completamente diverse – si rivelino troppo distanti dal contesto socio economico.



**Rivista**  
di Diritto Bancario | dottrina  
e giurisprudenza  
commentata