

APPROFONDIMENTI

Ipotesi di riforma della cessione di credito e opportunità per il Terzo Settore

Novembre 2021

Emilio Fabbiani, Responsabile Consulenza Legale, Banca popolare Etica



Emilio Fabbiani, Responsabile
Consulenza Legale, Banca popolare Etica

> **Emilio Fabbiani**

Responsabile Consulenza Legale di Banca popolare Etica. Professore incaricato Facoltà di Giurisprudenza Università Telematica Pegaso. Avvocato, già iscritto al Foro di Venezia. Dopo una significativa esperienza nel settore bancario, ho partecipato alla nascita del primo istituto di credito interamente dedicato alla finanza etica svolgendo sin dalla sua fondazione ruoli differenti, assumendo tra l'altro incarichi come responsabile compliance e antiriciclaggio di gruppo, e dove attualmente gestisco la consulenza legale e l'ufficio reclami. Ho collaborato e collaboro con diverse riviste giuridiche e sono componente del Gruppo di Lavoro Abi in tema di governance.

Sommario - 1. Gestione dei crediti deteriorati e nuovi elementi di criticità; - 2. Nuove prospettive per la tutela dei debitori; - 3. Note critiche in tema di cessione del credito; - 4. La cessione del credito come elemento di criticità per il consumatore; - 5. La Lex Anastasiana: archeologia giuridica od opportunità per il futuro?; - 6. Attualità del retratto anastasiano in Europa; - 7. Il caso spagnolo; - 8. Il ruolo del Terzo Settore in una prospettiva de jure condendo

Abstract

La prospettiva di una crescita dei crediti non performing anche a seguito delle difficoltà derivanti dalla pandemia, rendono necessaria una riflessione sugli strumenti attualmente esistenti e un nuovo approccio alle situazioni di crisi ponendo al centro dell'attenzione il vero protagonista, ovvero il soggetto consumatore che si trova in situazione di difficoltà. Soluzioni moderne si incrociano con proposte nate in tempi anche molto lontani ma che mantengono tutta la loro efficacia anche in relazione con le opportunità offerte dalle realtà del Terzo Settore che già da tempo operano nel campo della finanza.

1. Gestione dei crediti deteriorati e nuovi elementi di criticità

La gestione dei crediti deteriorati e l'attento monitoraggio della loro evoluzione, sono da anni oggetto delle attenzioni delle banche e della normativa europea: l'aumentare della necessità di credito per imprese e famiglie, va di pari passo con l'aumento degli stock di crediti non performing che le banche hanno nei loro bilanci e che devono essere trattati non più solo in ottica di recupero diretto, ma con sempre maggiore ricorso a cessioni e cartolarizzazioni.

L'effetto delle moratorie sui crediti, a seguito dei vari provvedimenti che si sono succeduti, è stato positivo nel permettere la gestione ordinata di una fase di gravissima crisi economica, ma è certamente destinato a produrre, una volta esaurita la sua efficacia, un effetto rimbalzo che potrebbe determinare notevoli shock a livello non solo economico ma ancor più sociale: famiglie e piccole imprese in primis, rischiano di pagare un prezzo altissimo una volta che le tutele oggi esistenti verranno meno e tale prezzo avrà sicuramente un riverbero sociale del quale non bisogna sottovalutare l'impatto¹

¹ L'ultimo comunicato stampa della task force costituita per promuovere l'attuazione delle misure a sostegno della liquidità adottate dal Governo per far fronte all'emergenza da Covid-19, riporta che sono in essere moratorie sui

Anche le istituzioni europee si stanno preoccupando di comprendere il fenomeno e cercare di correre ai ripari² e anche il Governatore della Banca d'Italia, nella Relazione Finale di quest'anno, ha ricordato come l'emersione delle insolvenze generate dagli effetti della crisi sanitaria sull'economia è stata finora rallentata proprio da interventi di natura straordinaria, quali la sospensione dei pagamenti e concessione di prestiti garantiti dallo Stato, introdotti dal marzo dello scorso anno e prorogati fino alla fine del 2021 con il decreto legge n. 73/2021 c.d. "Decreto sostegni bis".³

Su questo fronte vanno registrati due approcci complementari: da un lato, si rafforzano i meccanismi per facilitare la dismissione dei crediti problematici e dall'altro ci si interroga sulla necessità di accompagnare queste misure, pur necessarie, con un forte sostegno alle persone e alle imprese che quegli interventi dovranno subire.

Nel Terzo Considerando del Regolamento (UE) 2021/557, ci si preoccupa che "gli enti creditizi e le imprese di investimento («enti») utilizzino i loro capitali laddove è più necessario e che il quadro regolamentare dell'Unione li aiuti in tal senso, garantendo allo stesso tempo che gli enti agiscano con prudenza."⁴

Una delle soluzioni proposte e realizzate con questo Regolamento "consiste nella negoziazione sul

prestiti per 69 miliardi e richieste al fondo di garanzia per le PMI per 200 miliardi. Sul fronte delle famiglie, categoria che in questa statistica comprende anche le imprese artigiane, si tratta di un importo pari a 11 miliardi dei quali 3 miliardi solamente per la sospensione delle rate dei mutui contratti per la prima casa. Comunicato pubblicato a cura della Divisione Relazioni con i media - Banca d'Italia e disponibile sul sito della stessa, settembre 2021.

2 Nella sua comunicazione del 27 maggio 2020 intitolata «Il momento dell'Europa: riparare i danni e preparare il futuro per la prossima generazione», la Commissione Europea ha sottolineato che la liquidità e l'accesso ai finanziamenti continueranno ad essere problematici nei mesi a venire, ciò comportando la necessità di sostenere la ripresa introducendo modifiche mirate di atti legislativi vigenti in materia finanziaria.

3 E' significativo sottolineare come dall'ultimo trimestre del 2020 sta aumentando il volume dei crediti deteriorati con la conseguente preoccupazione espressa dal Governatore relativamente al fatto che questi possano continuare a crescere, come dimostrerebbe l'incremento o della consistenza delle rettifiche di valore sui finanziamenti in bonis, che riflette il peggioramento del rischio di credito. La Relazione Annuale, integrale e in forma sintetica è disponibile al seguente link https://www.bancaditalia.it/pubblicazioni/relazione-annuale/2020/rel_2020.pdf

4 REGOLAMENTO (UE) 2021/557 DEL PARLAMENTO EUROPEO E DEL CONSIGLIO del 31 marzo 2021 che modifica il regolamento (UE) 2017/2402 che stabilisce un quadro generale per la cartolarizzazione e instaura un quadro specifico per cartolarizzazioni semplici, trasparenti e standardizzate per sostenere la ripresa dalla crisi COVID-19

mercato delle esposizioni deteriorate tramite la cartolarizzazione. Inoltre, nel contesto attuale, è essenziale allontanare i rischi dalle parti del sistema finanziario a rilevanza sistemica ed è fondamentale che i prestatori rafforzino le loro posizioni patrimoniali. La cartolarizzazione sintetica rappresenta un modo per conseguire tale obiettivo, insieme, ad esempio, alla costituzione di nuovi fondi propri⁵ dove gli "interessi dei cedenti, dei promotori e dei prestatori originari che partecipano alla cartolarizzazione siano allineati"⁶.

Le operazioni di cessione e cartolarizzazione sono considerate quindi iniziative importanti per il buon funzionamento dei mercati finanziari, offrendo agli enti e agli altri partecipanti al mercato possibilità di investimento supplementari, consentendo quindi di diversificare il portafoglio e agevolando il flusso di finanziamenti verso le imprese e i privati sia negli Stati membri che, su base transfrontaliera, in tutta l'Unione."⁷

Sempre in ambito europeo, preoccupazione viene espressa anche nella proposta di revisione della Direttiva in materia di credito ai consumatori, dove esplicitamente si afferma che "la crisi della COVID-19 e le conseguenti misure di confinamento hanno perturbato l'economia dell'UE e hanno avuto un impatto significativo sul mercato del credito e sui consumatori, in particolare quelli vulnerabili, rendendo molte famiglie dell'UE finanziariamente più vulnerabili."⁸

Questa proposta di Direttiva interviene su nuove e più pregnanti regole di trasparenza, di coinvolgimento del consumatore nella scelta della tipologia di finanziamento migliore e più adatta, nella valutazione delle sue capacità di rimborso e...nell'assistenza, nel momento in cui le ottimistiche previsioni circa il buon esito del finanziamento si infrangono contro l'impossibilità di farvi fronte ed occorre "recuperare" il credito.

5 Ibidem, quinto considerando

6 Ibidem, quindicesimo considerando

7 REGOLAMENTO (UE) 2021/558 DEL PARLAMENTO EUROPEO E DEL CONSIGLIO del 31 marzo 2021 che modifica il regolamento (UE) n. 575/2013 per quanto riguarda gli adeguamenti del quadro sulle cartolarizzazioni per sostenere la ripresa economica in risposta alla crisi COVID-19, Tero Considerando

8 Proposta di DIRETTIVA DEL PARLAMENTO EUROPEO E DEL CONSIGLIO relativa ai crediti al consumo, pag. 1, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=COM:2021:347:FIN>

Sulla necessità di porre attenzione all'impatto sociale di questa situazione, si è mosso anche il Parlamento Europeo che, nel novembre dello scorso anno, ha richiesto all'Economic and Monetary Committee (ECON) approfondimenti specifici su vari aspetti, anche prospettici, legati a questa nuova ed inedita situazione, con il coinvolgimento di specialisti di diversi settori dell'economia e del diritto chiamati a dare il loro contributo sul tema "Non-performing Loans – New Risks and Policies".

Questi contributi⁹, hanno analizzato numerose ipotesi e scenari e, per quanto di specifico interesse per la presente analisi, gli effetti che l'aumento degli NPL e, in generale, il complessivo deterioramento del credito possono provocare a livello sociale oltreché economico.

Ancora una volta viene sottolineata la necessità di non prescindere, nelle politiche di recupero dei crediti, da un approccio che coniughi alla redditività dell'intervento anche l'impatto sociale che tali politiche, in un contesto di grave difficoltà come quello attuale, necessariamente producono.¹⁰

La relazione con i debitori che attraversano fasi di difficoltà nella restituzione del loro debito può essere un elemento di successo nel determinare efficaci politiche di recupero del credito¹¹, come da sempre

9 C. Dias, K. Grigaitė, M. Magnos, R. Segall, G. Gotti, K. Komazec; Thematic digest: Non-performing loans and asset management companies, European Parliament Briefing, March 2021

10 "(...) there is a shortage of comprehensive studies of the rapport between the relational and social dimension of NPLs, and the financial stability dimension of the issue. This may be explained by the tendency of policy initiatives to sidestep the social dimension.

The salient feature of this approach is its exclusive focus on the (in)efficiency of recovery (with no reference to its side effects) and the fact that it puts together the "social" dimension with political interference. The message seems to be clear: NPLs to people are messy, and thus AMCs should not get involved with them.", D. Ramos M. Lamandini, Non-performing Loans – New risks and policies? What factors drive the performance of national asset management companies?, p.31, March 2021, <http://www.europarl.europa.eu/supporting-analyses>

In alcuni aspetti smile l'analisi di E. Avgouleas R. Ayadi M. Bodellini B. Casu W P De Groen G. Ferri, Non-performing loans – new risks and policies? What factors drive the performance of national asset management companies?: "From a socio-economic perspective, in the process of debt collection, debtors do face a range of detriments (financial, psychological and social) resulting from the strong pressure to repay their debts. These can be costly for the individual debtor as well as for wider society. The AMC should therefore aim to collect the debt, while ensuring that the individuals retain a minimum living wage", p. 34, March 2021, <http://www.europarl.europa.eu/supporting-analyse>

11 The studies mentioned above tend to focus on the influence of different relational aspects in the probability of default (PD). Other studies have focused on the loss-given default of loans, i.e., the amount of money a bank loses once a borrower defaults, measured as a percentage of the total exposure (roughly, the money owed) at the

dimostrato dalle ormai consolidate esperienze di finanza etica che hanno fatto lunga pratica nel mantenere relazioni stabili e durature con la propria clientela, con un effetto positivo anche in situazioni di crisi contribuendo a mantenere basso il livello di sofferenze rispetto al sistema.¹²

In sintesi, quindi, "the point is not that social goals should trump over efficient recovery; only that there are trade-offs and complementarities, which are currently not being considered (at least, not openly)¹³": aspetti sociali ed economici devono essere presi in considerazione unitariamente per consentire una soluzione ordinata ed eticamente praticabile ad un problema che certamente sarà presente nei prossimi anni.

A complicare ancora di più il quadro giuridico – economico nel quale ci muoviamo, sono intervenute le nuove norme, in vigore dal 1 gennaio di quest'anno, in ordine alla definizione di default (c.d. NewDoD –

moment of default; some focusing on factors like collateral, or the efficiency of the legal system; but some also suggesting that relational aspects such as amicable settlements between bank and borrower have a significant positive influence on the recovery rate. The relational aspect is not only present in the individual bank-client relationship, but also in a social dimension. Social capital is fundamental in financial development, and seems to have effects in loan spreads and access to finance. In an ex post, enforcement scenario, heightened foreclosures have negative implications for house prices in a locality and can thus affect performance of other borrowers in the community.", Ramos Lamandini, p. 32-33

12 Non è peraltro indifferente neppure la differenziazione in tema di genere, come anche qui dimostrato da ormai numerosissime esperienze di microcredito nel mondo, ove la presenza femminile aumenta le probabilità di positiva evoluzione del credito concesso: "On gender the picture is similar. There is no shortage of studies on the influence of gender on risk behaviour, including experiments suggesting that all-male markets are more prone to asset price bubbles, men tend more towards overconfidence (and thus lower their returns). As borrowers, women are likelier to pay back loans, less likely to enter bankruptcy, and yet they may receive higher interest rates and worse terms. Observable evidence may, however, be explained by the differences in the nature and size of the businesses owner respectively by men and women, or the fact that, due to the expectation of being turned down, women apply for funding less often, or offer higher interest rates. Acting as lenders, women seem less likely to grant NPLs than men, or to deviate from the system's credit risk score, i.e., to grant a loan when the system does not support it. As directors, more gender-balanced boards seem to make a bank less prone to take on risk.", Ramos Lamandini, p. 33. Sul tema specifico relativo ai vantaggi di una finanza eticamente orientata, M. Facchini, La finanza etica per cambiare il modello di sviluppo. È il momento, Altraeconomia, Ottobre 2020 (disponibile anche al seguente link <https://altreconomia.it/finanza-etica-anna-fasano-intervista/>); Quarto rapporto sulla finanza etica e sostenibile in europa, <https://www.runipace.org/wp-content/uploads/2021/07/Quarto-Rapporto-sulla-finanza-etica-e-sostenibile-in-Europa.pdf>

13 C. Ramos M. Lamandini, cit., p.34

New Definition of Default), definizione contenuta nell'art.178 del Regolamento UE n. 575 del 26/6/2013 (c.d. Capital Requirements Regulation - CRR - Regolamento UE n. 575/2013 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 26 giugno 2013, in modifica del Regolamento UE n. 648/2012).

L'art. 178 individua in particolare due fattispecie rilevanti di default:

a) default soggettivo, caratterizzato da inadempienze probabili (c.d. UTP - Unlikely to Pay);

b) default oggettivo, caratterizzato dai pagamenti arretrati (c.d. Past Due).

Gli orientamenti circa l'applicazione dello stato di default sono stati predisposti dall'EBA, ed impongono alle banche di procedere alla classificazione in stato di default di un debitore non al dettaglio, quando il debitore per oltre 90 giorni sia in arretrato nel pagamento di importi di ammontare superiore a 500 euro (complessivamente, riferiti a uno o più finanziamenti) e che rappresentino più dell'1% del totale delle esposizioni.

Per le persone fisiche e le piccole e medie imprese, esposte nei confronti di una banca per

finanziamenti inferiori a 1 milione di euro, la classificazione in stato di default avviene nel caso di ritardo nel pagamento per oltre 90 giorni di importi superiori a 100 euro, purchè superiori alla soglia dell'1% dell'esposizione totale.

Peraltro, la classificazione in default di una singola posizione si estende generalmente a tutte le posizioni riferibili allo stesso cliente presso la banca, senza poter utilizzare margini attivi eventualmente disponibili su altre linee di credito ed utilizzabili in compensazione, nonchè ai vari cointestatari o comunque a tutti i soggetti tra i quali sussistono connessioni giuridiche o economiche, con un effetto di propagazione notevole.

Da un lato quindi nuove facilitazioni per "liberare" i bilanci delle banche da passività, dall'altro criteri oggettivi di classificazione dei debitori che quei bilanci sono destinati ad aggravare: in mezzo a tutto questo le persone e le imprese, protagonisti passivi e vittime di questa schizofrenia normativa.

2. Nuove prospettive per la tutela dei debitori

Quasi in risposta a queste sollecitazioni, è stato recentemente depositato al Senato della Repubblica un disegno di legge¹⁴ che si propone lo scopo di consentire al debitore titolare di un credito non performing, di poterlo rimborsare ad un valore differente dal nominale e più aderente alla valutazione che di quel credito l'intermediario ha espresso nei suoi bilanci.

Nella Relazione accompagnatoria al DL si legge che *"Nell'ultimo triennio, spinte dalla pressione imposta dalla normativa europea al fine di ridurre la massa ingente di crediti deteriorati, le banche italiane sono state indotte a cedere massivamente questi crediti a fondi di investimento, in prevalenza, e a operatori specializzati. Ma, stando ai numeri, queste cessioni non sono servite a migliorare la qualità complessiva degli attivi bancari, tanto che oltre un terzo dello stock attuale ancora permane nei loro bilanci. Inoltre tali cessioni massive hanno obbligato i principali istituti di credito a ricapitalizzarsi per un valore che si aggira intorno ai 100 miliardi di euro, costo sopportato dagli azionisti a beneficio di coloro che li hanno acquistati, operatori in larga parte svincolati dalle norme di vigilanza bancaria. (...) È necessario, pertanto, attivare misure straordinarie adeguate a realizzare una efficace riduzione di tali partite anomale sia per la stabilità del sistema creditizio italiano che per il rilancio del sistema economico e produttivo nazionale, e soprattutto per la sopravvivenza di moltissime famiglie."*

Il testo della proposta, non molto lungo, vede all'articolo 2 la reale novità che si vuole introdurre nel nostro ordinamento, dove si stabilisce, in estrema sintesi, che ove un creditore voglia cedere una posizione deteriorata dovrà darne avviso al debitore che, nel termine perentorio di trenta giorni potrà proporre una transazione per un importo non inferiore al valore contabile netto dell'esposizione come risultante dall'ultimo bilancio approvato del creditore.

Se il debitore non propone una transazione, il creditore potrà concludere un accordo con un terzo per la cessione del credito ma, entro i quindici giorni successivi all'accordo, dovrà comunicare al debitore il prezzo di cessione al fine di consentire a quest'ultimo di provvedere al pagamento del medesimo

¹⁴ S.2098/2021 "Disposizioni per favorire la transazione agevolata delle posizioni classificate come crediti a sofferenza o ad inadempienza probabile", presentato in data 16 febbraio 2021 e dal 28 luglio scorso assegnato alla 6ª Commissione permanente Finanze Tesoro.

prezzo pattuito entro il termine, anch'esso perentorio, dei successivi trenta giorni. Il pagamento così avvenuto libera il debitore da tutte le sue obbligazioni verso il creditore e tutte le garanzie a suo tempo prestate cessano di avere efficacia¹⁵.

Questa norma peraltro riguarda tanto le cessioni di crediti singoli quanto le cessioni in forma massiva.

Si tratta di una proposta di legge che senz'altro merita di essere presa in considerazione, soprattutto in una situazione come quella attuale che risente così tanto degli effetti deleteri della pandemia che ancora tutti soffriamo, e che, a nostro avviso, va inquadrata in un contesto giuridico più ampio dove soluzioni di questo tipo sono state ampiamente utilizzate in passato ed oggi ancora in uso.

3. Note critiche in tema di cessione del credito

Come abbiamo avuto modo di vedere più sopra, una delle "soluzioni" al problema del proliferare dei crediti deteriorati è stata individuata dagli enti regolatori e dagli stessi operatori finanziari nel ricorso in misura sempre più crescente alla cessione dei crediti, siano essi non performing o in bonis.

Nelle "Note di stabilità e vigilanza" da ultimo pubblicate dalla Banca d'Italia, il mercato dei crediti ceduti dalle banche viene considerato in aumento anche oltre le stime, già alte, fatte per il 2020 che ne vedono uno sviluppo sopra i 30 miliardi¹⁶.

Se crescono i volumi delle sofferenze cedute, cresce anche il mercato secondario per i crediti diversi dalle sofferenze (inadempienze probabili) con un ammontare di crediti ceduti sul mercato pari a 8,5 miliardi (4,3 miliardi nel 2018), peraltro con un aumento per questi ultimi del prezzo di cessione.

¹⁵ La legge prevede due passaggi: il primo passaggio, si concretizza con una prima notifica che avverte il debitore dell'intenzione dell'intermediario di cedere il credito, dando al debitore la possibilità di proporre e concludere un accordo transattivo a valori di bilancio; il secondo passaggio, interviene invece successivamente quando già gli elementi della cessione si sono definiti e consiste in una seconda notifica che consente al debitore di conoscere gli elementi principali della cessione del "suo" debito tra i quali ovviamente il prezzo che potrà essere pagato dallo stesso debitore con sua completa liberazione.

A questo si accompagnano altre disposizioni, anche in materia fiscale, che dovrebbero rendere vantaggioso questo tipo di operazione.

¹⁶ Banca d'Italia, Note di stabilità finanziaria e vigilanza N. 23 Dicembre 2020

Il fenomeno quindi è certamente diffuso ed in crescita, e non può non portare a tentare alcune riflessioni in ordine al rapporto tra la banca, originario creditore, e debitore ceduto il quale, ad un certo punto dell'evoluzione del suo credito, cambia inaspettatamente interlocutore e interrompe, a volte in modo traumatico, un rapporto spesso consolidato e che era fondato su un relazione spesso longeva.

Il tutto con una possibile contraddizione: da un lato la banca nel proporsi alla clientela offre tutta una serie di esperienze e attenzioni tese a fidelizzare il più possibile il cliente, dall'altro non esita a "disfarsene" nel momento in cui la relazione diventa difficile o meno vantaggiosa¹⁷, scenario favorito da un perimetro normativo molto stringente, dove la "pazienza" del banchiere verso il suo cliente non trova più spazio¹⁸.

¹⁷ Con particolare riguardo alla citata dimensione dei servizi bisogna non dimenticare un aspetto importante per la banca, che è rappresentato dal legame che si stabilisce tra produttore e utilizzatore, per cui il primo accetta di condividere con il secondo un orizzonte di problemi e di soluzioni, grazie al rapporto dialogico (orizzontale/di simpatia) che si viene a stabilire tra soggetti diversi. Ne consegue che il servizio diviene un «prodotto» soggetto a interpretazioni e negoziazioni non solo economiche, ma anche di significato. E tale aspetto assume una rilevanza particolare specie per quei servizi che generano un elevato coinvolgimento per il cliente e che, nel contesto bancario retail, tendono a rappresentare la maggioranza dell'offerta. È allora fondamentale ricordare che il principale contenuto dello scambio, in un'attività di servizi, è costituito da un insieme di competenze, differenziate e differenziabili secondo i contenuti proposti. E che queste competenze sono acquisite e trasferite da una data organizzazione negli uomini, nelle strutture, nelle procedure e nelle best practice, che si sviluppano nel tempo. Questi elementi congiuntamente risiedono alla base della soddisfazione finale del cliente con riferimento a una data proposta di offerta", in Il business retail delle banche: sfide e opportunità da cogliere, Omarini, Bancaria 7-8 2012, p.64. La citazione è esemplificativa di un tema che trova spazio con diverse sfumature in molta letteratura.

¹⁸ Le nuove normative in termini di sconfini e classificazione della clientela non lasciano purtroppo molto margine anche alle banche che avessero la volontà di accompagnare al meglio il loro cliente. La "pazienza" a volte non viene esercitata neanche quando sarebbe possibile: la vicenda ricostruita da Cass. Civ. Sez. I, Ordinanza 34113/2019 né rappresenta un esempio: il Tribunale di Napoli accoglie la pretesa di una cliente che si era vista cedere il proprio debito ad una società di recupero nonostante fossero in corso trattative e il prezzo della cessione non fosse significativamente diverso da quello da essa stessa proposto. Il giudice di primo grado condanna dunque la banca a titolo di responsabilità precontrattuale. La sentenza, successivamente appellata e risolta dalla Corte d'Appello in senso diametralmente opposto, giunge in Cassazione dove si conferma la sentenza di appello, quindi non ritenendo che la banca abbia alcuna responsabilità, sul presupposto della convenienza economica dell'accordo raggiunto dalla banca cedente con il cessionario giustificata dal fatto che la debitrice aveva offerto sì la stessa somma ma ratealmente e la stessa incarnava aspetti di rischio da considerare come negativi ai fini dall'accoglimento della transazione da questa proposta. Anche qui, dal punto di vista della valutazione della convenienza economica dal punto di vista della banca cedente non si può dar torto alla Suprema Corte, ma relativamente all'impatto sulla situazione della persona che aveva "confidato" nella propria banca, forse qualche riflessione in più si potrebbe fare.

Va ricordato inoltre che le linee guida EBA in materia di concessione e monitoraggio dei crediti, determinano in maniera chiara la necessità di procedere a valutazioni tempo per tempo sempre più incisive per individuare eventuali cambiamenti nel profilo di rischio dei debitori e nelle valutazioni effettuate al momento della concessione del credito. Questa valutazione periodica e sistematica sullo “stato di salute del debitore” e sulla sua possibilità di ripagare il debito concesso, ha come obiettivo la revisione del rating eventualmente assegnato quale indicatore della probabilità di default. La Single Customer View, stabilita al punto 90, delle linee guida EBA si pone dunque “al servizio della miglior efficienza allocativa del sistema bancario”.

Il tutto con la conseguenza che, anche in ragione della concorrenza tra banche, l’orizzonte previsionale tenuto in conto dal prestatore non è quello della scadenza formale del fido, bensì quello che meglio possa anticipare in modo consistente le mosse delle altre banche. In questa logica, una strategia di cessione del credito viene certamente individuata come una possibile ulteriore via di uscita dal credito, considerato non più in linea con i criteri di rating adottati.¹⁹

4. La cessione del credito come elemento di criticità per il consumatore

La cessione del credito rappresenta quindi un epilogo sempre più probabile nella vita di un cliente e che, soprattutto per la clientela retail, può rappresentare un problema.

Problema ancora più evidente se si rammenta che, nel caso di cessione di crediti “in blocco” come è la regola, esiste una legislazione di favore che consente di procedere senza che al cliente si sia obbligati a comunicare alcunchè, prevedendo come unico adempimento la pubblicazione in Gazzetta Ufficiale dell’avvenuta cessione²⁰.

¹⁹ G.De Laurentis, Le Guidelines EBA su concessione e monitoraggio dei prestiti, profili critici e implicazioni per banche e debitori, *Bancaria*, 4/2021, Sul tema si veda, tra i tanti, lo studio a cura di Assopopolari, Le nuove linee guida EBA sulla concessione e sul monitoraggio del credito bancario, Roma, 2020 dove si ricorda (pag. 2) come le Autorità abbiano “indirizzato gli intermediari verso percorsi di derisking che fossero in grado di eliminare dai portafogli gestiti stock consistenti di sofferenze, con il rafforzamento dei sistemi interni per la mobilitazione dei non performing e tramite operazioni di cessione e/o cartolarizzazione dei crediti deteriorati”.

²⁰ **L. 30 aprile 1999 n.130 art. 4:**
Modalità ed efficacia della cessione

Dunque, il debitore di un credito bancario conoscerà dell’avvenuta cessione dalla Gazzetta Ufficiale, se

1. Alle cessioni dei crediti poste in essere ai sensi della presente legge si applicano le disposizioni contenute nell’articolo 58, commi 2, 3 e 4, del testo unico bancario. Alle cessioni, anche non in blocco, aventi ad oggetto crediti di cui all’articolo 1 della legge 21 febbraio 1991, n. 52, per gli effetti di cui al comma 2 del presente articolo, è sufficiente che la pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale dell’avvenuta cessione contenga l’indicazione del cedente, del cessionario e della data di cessione. Alle medesime cessioni può altresì applicarsi, su espressa volontà delle parti, il disposto dell’articolo 5, commi 1, 1-bis e 2, della legge 21 febbraio 1991, n. 52.

2. Dalla data della pubblicazione della notizia dell’avvenuta cessione nella Gazzetta Ufficiale o dalla data certa dell’avvenuto pagamento, anche in parte, del corrispettivo della cessione, sui crediti acquistati e sulle somme corrisposte dai debitori ceduti sono ammesse azioni soltanto a tutela dei diritti di cui all’articolo 1, comma 1, lettera b), e, in deroga ad ogni altra disposizione, non è esercitabile dai relativi debitori ceduti la compensazione tra i crediti acquistati dalla società di cartolarizzazione e i crediti di tali debitori nei confronti del cedente sorti posteriormente a tale data. Dalla stessa data la cessione dei crediti è opponibile:

a) agli altri aventi causa del cedente, il cui titolo di acquisto non sia stato reso efficace verso i terzi in data anteriore;

b) ai creditori del cedente che non abbiano pignorato il credito prima della pubblicazione della cessione.

2-bis. In caso di cessione di crediti derivanti da aperture di credito *(o da altre forme di concessione di credito con modalità rotative)*, anche regolate in conto corrente, l’espletamento delle formalità di opponibilità previste dal presente articolo produce gli effetti ivi indicati anche con riferimento a tutti i crediti futuri nascenti da tali contratti, a condizione che i contratti siano stipulati prima della data di espletamento di tali formalità. (...)

Legge 21 febbraio 1991, n. 52: art. 1.

Ambito di applicazione

1. La cessione di crediti pecuniari verso corrispettivo è disciplinata dalla presente legge, quando concorrono le seguenti condizioni:

a) il cedente è un imprenditore;

b) i crediti ceduti sorgono da contratti stipulati dal cedente nell’esercizio dell’impresa;

c) il cessionario è una banca o un intermediario finanziario disciplinato dal testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia emanato ai sensi dell’art. 25, comma 2, della legge 19 febbraio 1992, n. 142, il cui oggetto sociale preveda l’esercizio dell’attività di acquisto di crediti d’impresa *(o un soggetto, costituito in forma di società di capitali, che svolge l’attività di acquisto di crediti, vantati nei confronti di terzi, da soggetti del gruppo di appartenenza che non siano intermediari finanziari oppure di crediti vantati da terzi nei confronti di soggetti del gruppo di appartenenza, ferme restando le riserve di attività previste ai sensi del citato testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia)*.

2. Resta salva l’applicazione delle norme del codice civile per le cessioni di credito prive dei requisiti di cui al comma 1

Art 58 Testo Unico Bancario (Cessione di rapporti giuridici)

1. La Banca d’Italia emana istruzioni per la cessione a banche di aziende, di rami d’azienda, di beni e rapporti giuridici individuabili in blocco. Le istruzioni possono prevedere che le operazioni di maggiore rilevanza siano sottoposte ad autorizzazione della Banca d’Italia. 2. La banca cessionaria dà notizia dell’avvenuta cessione mediante iscrizione nel registro delle imprese e pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana. La Banca

ne è un assiduo lettore, ovvero dovrà attendere che il cessionario provveda “alla prima occasione utile”²¹ “con una notifica che ben potrà essere fatta” senza vincolo di forma anche mediante l’atto di citazione con cui il cessionario intima il pagamento al debitore ceduto. ovvero nel corso del giudizio (...) in altri termini la notifica al ceduto può avvenire utilmente e successivamente alla pubblicazione”in Gazzetta.”²² e soprattutto questa notizia potrà arrivare al debitore in un momento in cui si è già alla fase di

d'Italia può stabilire forme integrative di pubblicità (2). 3. I privilegi e le garanzie di qualsiasi tipo, da chiunque prestatati o comunque esistenti a favore del cedente, nonché le trascrizioni nei pubblici registri degli atti di acquisto dei beni oggetto di locazione finanziaria compresi nella cessione conservano la loro validità e il loro grado a favore del cessionario, senza bisogno di alcuna formalità o annotazione. Restano altresì applicabili le discipline speciali, anche di carattere processuale, previste per i crediti ceduti (3). 4. Nei confronti dei debitori ceduti gli adempimenti pubblicitari previsti dal comma 2 producono gli effetti indicati dall'articolo 1264 del codice civile. 5. I creditori ceduti hanno facoltà, entro tre mesi dagli adempimenti pubblicitari previsti dal comma 2, di esigere dal cedente o dal cessionario l'adempimento delle obbligazioni oggetto di cessione. Trascorso il termine di tre mesi, il cessionario risponde in via esclusiva.

21 Banca d'Italia, Circolare 229 del 1999, Titolo III Capitolo V Sez. II.

22 Cass.Civ.Sez. III, Ordinanza 10200/21 del 11 dicembre 2020 e depositata l' 11 aprile 2021. Questa posizione è conforme a quanto da sempre espresso dalla Suprema Corte: si vedano, oltre ai richiami contenuti nell'Ordinanza citata, a titolo di esempio, anche Cass. Civ. Sez. I Ord. 5617/2020.

Sulla stessa linea riportiamo un commento ad una recente sentenza dell'ABF, Collegio di Bari, 05 marzo 2021, n. 6022 di A. Manesiglio, in La Scala NewsLetter, 12.05.2021, “Il Collegio di Bari dell'Arbitro Bancario Finanziario, con una recente decisione, ha escluso la necessità del consenso del debitore ceduto nelle operazioni di cessione ai sensi dell'art.58 TUB (Testo Unico Bancario). Nella controversia sottoposta al vaglio dell'Arbitro, il ricorrente ha lamentato di essere stato “vittima inconsapevole di un'illecita chiusura” del conto corrente bancario stipulato originariamente con la propria banca (cedente) e del contestuale trasferimento di tutti i rapporti presso un nuovo istituto bancario (cessionario) “assolutamente a lui sconosciuto e dallo stesso mai autorizzato”. A fronte di tali considerazioni, pertanto, chiede all'Arbitro di “ottenere il ristoro di tutti i danni subiti”. Sulla scorta della documentazione versata in atti dall'intermediario, il Collegio ha però ritenuto nel merito infondate, sia in fatto che in diritto, le doglianze e le pretese del ricorrente e, pertanto, ha rigettato il ricorso.

In sede motivazionale, l'Arbitro ha preso le mosse dalla considerazione per cui è regola generale dell'ordinamento che la sostituzione di una delle parti, nei contratti a prestazioni corrispettive, possa avvenire purché l'altra parte vi consenta (art. 1406 c.c.). Tuttavia, questo principio generale, in materia di contratti aziendali, trova espressa deroga nell'art. 2558 c.c. il quale, a sua volta, trova sostanziale pedissequa trasposizione nell'art. 58 TUB, norma di diretta applicazione nel caso sottoposto al vaglio del Collegio arbitrale.

Ebbene, dal combinato disposto delle due norme da ultimo citate si evince che le operazioni di cessione ai sensi dell'art. 58 TUB prescindono dal consenso del debitore ceduto, al quale, però, ai fini del riequilibrio delle posizioni delle parti, lo stesso art. 58 TUB riconosce la facoltà di esercitare il diritto di recesso nel termine di tre mesi dagli adempimenti pubblicitari previsti dalla legge. Più in particolare, si rende necessario che l'operazione di cessione in blocco avvenga nel rispetto di specifici obblighi pubblicitari posti in capo alla banca cessionaria (Cfr. art. 58 TUB e “Istruzioni di Vigilanza per le banche” – Circolare n. 229 del 21 aprile 1999, TITOLO III – Capitolo 5, Sez. II, par. 1).

recupero da parte di un soggetto fino a quel momento sconosciuto.

Il credito e quindi il debitore, persona fisica o giuridica che sia, che è il soggetto passivo di questa operazione, diventa nient'altro che un asset da gestire in un'ottica di profittabilità.

A livello di sistema economico questo può rappresentare un elemento positivo, ma il fatto di “dimenticare” la dimensione sociale di questo fenomeno non è sempre un bene.

Elementi di convenienza economica e fattori di trasparenza ed equità si incrociano quando si parla di consumatori, e le soluzioni oggi prospettate con il disegno di legge innanzi citato possono essere inquadrare in un contesto giuridico si più ampio respiro, dove antico e moderno si fondono per offrire prospettive di intervento più ampie.

Quest'ultima, infatti, ha l'onere di dare notizia dell'avvenuta cessione mediante l'iscrizione nel registro delle imprese e la pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale. In materia, siffatti adempimenti pubblicitari, in buona sostanza, alla luce della più articolata struttura dell'operazione di cessione, sostituiscono la previsione di cui all'art. 1406 c.c., la quale dunque trova applicazione in tema di cessione del singolo rapporto contrattuale. Per l'appunto, un'impostazione come quella prevista dall'art. 1406 c.c. contrasta apertamente con le finalità dell'art. 58 TUB, la cui disposizione, in tema di notificazione della cessione di crediti, intende agevolare la realizzazione della cessione in blocco di rapporti giuridici, prevedendo, quale presupposto di efficacia della stessa nei confronti dei debitori ceduti e degli aventi causa, la pubblicazione di un avviso nella Gazzetta Ufficiale, e dispensando la banca cessionaria dall'onere di provvedere alla notifica della cessione alle singole controparti dei rapporti acquisiti, così come diversamente sarebbe onerata ai sensi e per gli effetti dell'art. 1264 c.c. La stessa Banca d'Italia, riferendosi proprio alla portata dell'art. 58 del TUB, ha precisato infatti che “Al fine di agevolare la realizzazione delle operazioni di cessione, la norma introduce deroghe al diritto comune...” consentendo “alle banche di rendersi cessionarie a qualsiasi titolo di una pluralità di rapporti giuridici senza che sia necessario effettuare la notifica alle singole controparti dei rapporti acquisiti.”

(Circolare n. 229 del 21 aprile 1999, TITOLO III – Capitolo 5, Sez. II, par. 1) Alla luce di tali complessive considerazioni, dunque, il Collegio di Bari, considerato che i suddetti obblighi pubblicitari sono stati correttamente adempiuti, in aggiunta ai quali la banca cessionaria (e la banca cedente) aveva(no) tra l'altro preavvisato il cliente del trasferimento ex art. 58 TUB del rapporto di conto corrente, ha ritenuto infondate le doglianze attoree e, pertanto, ha rigettato il ricorso. “Le operazioni di cartolarizzazione non sono oggetto del presente contributo, essendo di fatto una successiva possibile conseguenza dell'operazione di cessione, ma per una recente analisi di questo istituto in chiave “dinamica”, si segnala E.R.Restelli, Le frontiere mobili della cartolarizzazione, BBTC, n. 6 2020, Parte Prima, p. 926.

5. La Lex Anastasiana: archeologia giuridica od opportunità per il futuro?

La preoccupazione per la sorte dei debitori non solvibili non è un fatto recente e, con le dovute differenze, la ritroviamo anche nelle legislazioni passate anche molto risalenti nel tempo. Per provare ad ipotizzare delle soluzioni che tengano in conto le varie moderne esigenze dell'economia generale e le particolari necessità dei singoli, dobbiamo fare un salto nel tempo e tornare alla massima fonte del nostro diritto positivo.

Nel 506 d.C. l'imperatore Anastasio²³ dell'Impero romano d'Oriente, nella necessità di arginare il crescente ricorso all'usura con un conseguente impoverimento della popolazione, emanò la legge *"Per diversas"*²⁴ secondo la quale il cessionario di un credito poteva pretendere dal debitore ceduto, oltre agli interessi, esclusivamente l'importo pagato a titolo di cessione.²⁵ Questa legge²⁶, successivamente inte-

grata da Giustiniano²⁷ nel 531 d.C. avrebbe dovuto evitare un abuso del diritto di cessione per l'acquisto dei crediti. La legge non aveva come specifico scopo il vietare l'acquisto professionale di crediti oltre il loro valore nominale, ma di fatto lo impediva indirettamente poichè il cessionario veniva privato della possibilità di ottenere un margine di guadagno dall'operazione di cessione, rendendo quindi la stessa economicamente non profittevole.

Lo scopo principale della c.d. Lex Anastasiana fu individuato, anche nelle successive interpretazioni che si susseguirono nella lunga vita che questa normativa ebbe nelle diverse legislazioni europee che la adottarono, nella protezione del debitore, il quale, contraente debole per definizione, a causa della sua debolezza economica era alla mercé del suo creditore e conseguentemente di coloro che da quest'ultimo, per sola ragione speculativa, né acquistavano il credito.²⁸

²³ In carica dal 491 al 518 d.C., imperatore non molto amato dal suo popolo al punto da meritarsi il soprannome di "avaro" a causa della prudente politica finanziaria che adottò.

²⁴ "Per diversas interpellationes ad nos factas, comperimos quosdam alienis rebus fortunisque inhiantes, cessiones aliis competentium actionum in semet exponi prosperare; hoc quoque modo, diversis personas litigatorum vexationibus afficere: quum certum sit, pro indubitatis obligationibus eos magis, quibus antea suppetebant, jura sua vindicare, qual ad alios ea transferre velle. Per hanc itaque legem, jubemus in posterum hujusmodi conamen inhiberi: nec enim dubius est, redemptores litis alienarum videri eos esse, qui tales cessiones in se confici cupiunt; ita tamen, ut si quis datis pecuniis hujusmodi subierit cessionem, usque ad ipsam tantummodo solutarum pecuniarum quantitate et usurarum ejus, actionem exercere permittatur, licet instrumento cessionis, venditionis nomen insertum sit."

²⁵ Molte delle osservazioni qui contenute sono tratte da Maren Rennpferdt, Lex anastasiana: Schuldnerschutz im Wandel der Zeiten (Göttinger Studien zur Rechtsgeschichte, Göttingen, 1991 per la cui traduzione dal tedesco ringrazio la Dott.ssa Sara Bonfante. Si tratta, almeno a mia conoscenza, dell'opera più recente dedicata esclusivamente al retratto ed utile, ai nostri fini, soprattutto per darne una ricostruzione storica. Qui la si richiama genericamente in particolare per quanto riguarda i presupposti storici della stessa. Sullo stesso tema si veda anche G. Santucci, In tema di lex anastasiana, in Studia et documenta historiae et iuris, 1992, v. 58, p. 325-347 che cita lo stesso Rennpferdt. Altri riferimenti in Fundamentos romanístico del derecho europeo e iberoamericano, dirección y coordinación Maria del Carmen Lopez - Rendo Rodriguez, Oviedo, 2020 in particolare per i contributi di P. Fernandez Belzunegui, Sobre la recepción de la Lex Anastasiana en ordenamientos y jurisprudencia contemporánea, p. 71 ss; T. Wallinga, La protección del consumidor de Roma a la Unión Europea, p. 267; A. Salom Lucas, Raíces romanas del derecho mercantil español y europeo, p. 661.

²⁶ C. 4. 35. 22. 1: "... si quis datis pecuniis huiusmodi subierit cessionem, usque ad ipsam tantummodo solutarum pecuniarum quantitatem et usurarum eius actiones exercere permittatur..."

²⁷ L'intervento successivo di Giustiniano fu necessario perchè la lex non poteva essere applicata ai casi di cessione liberale, con la conseguenza che l'elusione del divieto era divenuta molto frequente vanificando la portata della norma. In particolare, il credito veniva diviso in due parti, delle quali una veniva ceduta a titolo oneroso mentre l'altra veniva ceduta a titolo di liberalità, consentendo al cessionario di rivendicare l'intero credito. Con l'intervento di Giustiniano si vietò la divisione dei crediti stabilendo che, in caso di violazione della norma, la cessione liberale sarebbe stata nulla e che solamente la cessione effettuata a titolo oneroso avrebbe conservato la sua validità, con la conseguenza che il cessionario avrebbe potuto richiedere il pagamento solo di quanto effettivamente pagato al cedente.

²⁸ Questo obiettivo, come ritengono i sostenitori di questa opinione, sarebbe stato presente sin dalla sua origine, coerente sia con la lettera della Lex Anastasiana che con le sue conseguenze giuridiche, oltre che con le tendenze economiche e sociali dell'anno 500 d.C.

Anastasio voleva infatti evitare con la propria legge *"conamen inhiberi"*, che il cessionario portasse in giudizio il debitore per appropriarsi dei suoi beni e per trarre in questo modo un guadagno, come spesso capita da parte di acquirenti di crediti professionali: i debitori in quel periodo storico, pur non potendo più, come accadeva nell'antichità, essere ridotti in schiavitù o peggio uccisi si trovavano comunque esposti ad una procedura esecutiva che li privava di ogni mezzo di sussistenza. La *legis actio per manus iniunctionem* o *manus iniectio*, una antica legge vigente nel periodo della monarchia e sino all'intervento di Giulio Cesare, aveva come più comune presupposto una condanna al pagamento di una somma di denaro. Nell'ambito di tale procedura il creditore giungeva ad afferrare il debitore, e lo trascinava davanti al pretore, e ripetendo il gesto pronunciava la solenne dichiarazione della *manus iniectio*. Esperita tale dichiarazione, il debitore (ora chiamato *addictus*) era completamente alla mercé del creditore. Questi poteva trattenerlo incatenato presso la propria dimora, venderlo come schiavo fuori Roma, o addirittura ucciderlo. Peraltro la procedura prevedeva che il creditore potesse richiedere una parte del corpo del debitore che veniva sepolto nel proprio campo. Questa legge venne poi sostituita con una molto meno cruenta c.d. della *"pietra dello scandalo"*. A Roma vicino alla Porta maggiore del Campidoglio c'era una pietra (dove era raffigurato un leone) dove sedevano i falliti (che dovevano lasciare i loro beni ai creditori).

Il destino e la fortuna della riforma di Anastasio non fu limitato al periodo tardo antico, come vedremo, poichè i vantaggi che, da un punto di vista sociale, si potevano ricavare dall'applicazione di queste regole erano superiori al danno che potenzialmente si poteva arrecare alla circolazione dei crediti, soprattutto in economie piuttosto statiche come quelle che hanno preceduto le varie riforme anche codicistiche del XX secolo.

La stessa attenzione del passato è patrimonio dell'attuale legislatore, nazionale come europeo, sviluppata attraverso una serie di normative a tutela dei consumatori, di prevenzione dei fenomeni usurari, di intervento nella definizione di clausole contrattuali come abusive, in un generale tentativo di limitare i danni derivanti di politiche di credito da un lato sempre più aggressive e dall'altro, soprattutto in tema di NPL, condizionate da scelte legislative che impongono misure di classificazione dei clienti automatiche e sempre meno legate alla conoscenza diretta del percettore del credito.

Vanno infatti anche ricordate le recenti norme in tema di esdebitazione e ristrutturazione preventiva, che hanno riportato in evidenza il tema fondamentale della tutela del debitore in quelle situazioni che, ove non governate, potrebbero determinare notevoli danni sia al singolo sia al complesso sociale, aprendo la strada a forme di sfruttamento e di usura. Da questo punto di vista dunque sembrano poter ritornare di attualità le norme di Anastasio, rivedute e corrette certamente, ma cogliendo lo stesso

Il rituale prevedeva che i falliti giunti al Campidoglio di fronte alla pietra dicessero: "Cedo Bona" ("Abbandono i miei beni") rivolto ai creditori e poi urtassero le proprie natiche (denudate) sulla pietra (detta "lapis scandali", cioè "pietra dello scandalo", modo di dire ancora oggi in uso); dopo il "rituale" i creditori non potevano più perseguire i debitori e questi ultimi non erano più "a rischio" di schiavitù od uccisione. Chi, fallito, effettuava il "rituale della pietra" non poteva più testimoniare in giudizio. La nuova (e meno cruenta) pena rimase in vigore anche in tempi successivi e peraltro venne ripresa, in termini simili, nel periodo medievale e rinascimentale in molte città con dove il debitore insolvente veniva additato al pubblico ludibrio.

In generale resistere in un giudizio di esecuzione era molto difficile, a causa delle precarie condizioni economiche in cui versavano e della corruzione che dilagava nei tribunali, e spesso la sentenza veniva emessa in via contumacia. In ogni caso, anche se il debitore si costituiva, nel caso di inadempimento il creditore poteva scegliere se procedere con l'esecuzione sui singoli beni o procedere mediante una esecuzione personale con infamia: per evitare quest'ultima, spesso il debitore preferiva accedere alla *cessio bonorum* permettendo quindi ai creditori "*alienis rebus fortunisque inhiantes*" di disporre del suo intero patrimonio.

Successivamente la tutela venne estesa, sempre nel solco del *favor debitoris*, al divieto di cessione dei crediti controversi, così come del divieto di cessione ad un *potentior* o al tutore del debitore. Precisamente i debitori erano protetti dall'attività dei "redemptores litium alienarum", soggetti che acquistavano crediti deteriorati in una situazione di evidente debolezza del debitore da sfruttare a loro vantaggio.

spirito che le aveva consigliate più di 1500 anni fa.

6. Attualità del retratto anastasiano in Europa

La Lex Anastasiana oggi non esiste più nella sua forma originaria ma in alcuni Paesi europei vigono ancora le conseguenze della Lex Anastasiana in una forma leggermente modificata per l'ipotesi di cessione di diritti controversi.

L'istituto giuridico che ha avuto maggior fortuna nelle diverse legislazioni europee, è il c.d. "retrato litigioso" che, nella sua forma generale, prevede che, nel caso di cessione di un credito controverso, il debitore si possa liberare dell'intero debito pagando al cessionario il prezzo di acquisto del credito oltre i costi della cessione e gli interessi, determinando in tal modo la cessazione della materia del contendere.

Questo istituto, derivato dal Code Civil del 1804, è tuttora vigente in Francia, Belgio, Lussemburgo e Spagna. In Olanda non è più presente non essendo stato inserito nel codice civile olandese (Burgerlijk Wetboek) del 1838 e neppure nel successivo codice civile del 1992 (Nieuw Burgerlijk Wetboek).

In Germania, nel corso del XIX secolo la Lex Anastasiana fu dapprima criticata dalla scienza giuridica del tempo, poichè ritenuta in contrasto con la "consapevolezza giuridica tedesca", e successivamente gradualmente abolita dalle leggi dei singoli Stati tedeschi che seguirono questa corrente critica.²⁹ Fu quindi abolita con l'introduzione del BGB il 01.01.1900³⁰

²⁹ La Lex Anastasiana avrebbe rappresentato, nella visione "moderna" tedesca un vincolo troppo stringente per la circolazione del credito e questo a causa di una sua intrinseca imprecisione che ne avrebbe facilitato l'applicazione anche a fattispecie originariamente non ricomprese nel suo perimetro. Così, per allentare questo vincolo inizialmente fu accettata quasi senza eccezioni una interpretazione restrittiva, secondo la quale la Lex Anastasiana non si riteneva applicabile a determinati titoli in circolazione, come assegni e cambiali, o titoli di Stato. Alla fine si decise in ogni caso di abolirla, seguendo l'esempio del codice prussiano (l'ALR ai parr. §§390-392). Questa operazione, ossia la "Pulitura" del diritto tedesco (che si trovava sotto l'influenza dei principi di autonomia privata e di libertà di impresa) dalla Lex Anastasiana che a tali principi si opponeva, fu completata con l'introduzione del BGB.

³⁰ Düsseldorf, 26 luglio 1817 – Lipsia, 26 ottobre 1892, grande esponente della scuola Pandettistica, influenzò in maniera determinante la stesura del nuovo codice tedesco del 1900. Rispetto all'abolizione della Lex Anastasiana si era espresso nel 1853 nei termini seguenti: "Per la scienza così come per i singoli ci sono momenti di svolta con i

In Francia la tradizione del retratto continua tutt'ora nel solco della tradizione del 1804³¹, anche se da tempo la cifra interpretativa si sposta più sui limiti dell'applicazione di tale norma che sulla sua estensione.³²

La legislazione italiana ha visto presente il retratto litigioso nelle codificazioni che seguirono quella napoleonica, in particolare tale istituto fu previsto dal Codice del Regno delle Due Sicilie all'articolo 1545³³. E' interessante notare che, nell'applicazione pratica, anziché limitarne l'azione si tendeva, almeno in alcuni casi, ad estenderne l'efficacia anche a fattispecie non previste, secondo il principio dell'analogia

quali inizia una nuova vita. Chi può negare che la scienza del diritto romano si trovi proprio ora in uno di questi momenti di svolta? Con coraggio quotidianamente crescente si avvicina la consapevolezza che la scienza giuridica tedesca non possa avere alcun altro obiettivo che quello di essere scienza del solo diritto tedesco. Sempre di più viene a lei affidato il compito di misurare il diritto romano con la misura della nostra consapevolezza, eliminando ciò che è in contraddizione con il nostro diritto e realizzando ciò che a quest'ultimo corrisponde".

31 Code Civil, art. 1699 "Celui contre lequel on a cédé un droit litigieux peut s'en faire tenir quitte par le cessionnaire, en lui remboursant le prix réel de la cession avec les frais et loyaux coûts, et avec les intérêts à compter du jour où le cessionnaire a payé le prix de la cession à lui faite."

Code Civil, art. 1700 "La chose est censée litigieuse dès qu'il y a procès et contestation sur le fond du droit."

32 Per alcuni precedenti interessanti in chiave interpretativa di questa norma, si può utilmente vedere un'opera della prima metà dell'800, "Il diritto civile spiegato secondo l'ordine del codice, del Signor Troplong consigliere alla Corte di Cassazione, Livorno, 1838", che raccoglie varia giurisprudenza in materia. In particolare sub art. 1699 e 1700, segnaliamo Corte di Cassazione, 5 luglio 1819 e 24 gennaio 1827 nelle quali si precisa il concetto di diritto litigioso e dalle quali l'Autore ricava un principio generale secondo il quale "dobbiamo dunque ritenere per certo che (...) perchè vi sia luogo al retratto in virtù dell'articolo 1699 del Codice Civile si vogliono due circostanze: 1. l'esistenza di un litigio impegnato e non solo temibile, e 2. un litigio sul fondo del diritto. Non basta che il litigio esista all'epoca della cessione, bisogna che non sia ancora terminato quando si domanda la surrogazione, altrimenti si permetterebbe il retratto di un credito divenuto certo, il che sarebbe contrario ai principi." A distanza di quasi due secoli questa giurisprudenza sembra non essere cambiata e l'avvalersi della norma in questione sembra essere molto difficoltoso: cfr. Cour de cassation, civile, Chambre commerciale, 20 avril 2017, 15-24.131; Cour de cassation, civile, Chambre commerciale, 26 mars 2013, 11-27.423; Cour de cassation, civile, Chambre civile 1, 12 novembre 2015, 14-23.401; Cour de cassation, civile, Chambre civile 1, 17 janvier 2018, 16-21.097.

33 Art. 1545: Quegli contra cui fu da altro ceduto un diritto litigioso, può farsi liberare dal cessionario, rimborsandogli il prezzo reale della cessione, colle spese legittime e cogli'interessi da computarsi dal giorno in cui il cessionario ha pagato il prezzo della cessione a lui fatta.

Art. 1546: La cosa si reputa litigiosa, quando vi sia lite e controversia sul merito di essa.

Art. 1547: La disposizione dell'articolo 1545 cessa 1. nel caso in cui la cessione siasi fatta ad un coerede o condomino del diritto ceduto; 2. quando siasi fatta ad un creditore per il pagamento di ciò che gli è dovuto; 3. quando sia stata fatta al possessore del fondo soggetto al diritto litigioso.

e della tutela del debitore. In una interessante sentenza si legge infatti che (la Suprema Corte) "osserva che i termini dell'articolo 1545 Leg. Civ. rendono assai chiaro il concetto di potersi dimandare il retratto da qualunque persona contra cui sia stato da altri ceduto un diritto litigioso. E le eccezioni espresse nell'articolo 1547 rifermano vieppiù questa regola in tutti i casi che non sono eccettuati (...). La locuzione dell'articolo 1545 non consente che del beneficio quivi accordato resti privo il terzo possessore convenuto con l'azione ipotecaria, contra il quale un diritto litigioso sia stato acquistato. Che concorde alla lettera è lo spirito della legge. Conciosiache la disposizione dell'articolo 1545, che ha il suo fondamento storico nelle celebri leggi Per Diversas et ab Atanasio, 22 e 23 C. mandati vel contra, mira evidentemente a frenare e reprimere l'avidità dei renditori di lite, i quali alienis rebus fortunisque inhiantes, procurano le cessioni onde vessare per causa di lucro i litiganti".³⁴

Questa tradizione ha quindi trovato spazio nel codice civile del 1865 agli articoli 1546, 1547 e 1548³⁵, con identico contenuto e formulazione un pò più moderna.

In sintesi, la posizione della giurisprudenza italiana sul tema trovava a mio avviso un'ottima sintesi in quanto scriveva la Corte di Cassazione di Roma ancora nel 1915³⁶ "L'istituto del riscatto o retratto litigioso ha in diritto costituendo sostenitori e oppositori (....) Certamente questa disposizione fu dettata per la poca simpatia e il sospetto che destano gli accattatori di liti e per l'evidente scopo di porre fine ad una lite. E' quindi una disposizione fondata su motivi di equità a favore del debitore e, a guardarla bene, più che disposizione eccezionale ai principi di diritto della libera cessione, deve apprendersi come un ritorno a quei rigorosi principi di diritto per i quali non si potrebbe mutare con titolo di successione particolare la

34 Corte Suprema di Giustizia di Napoli, 18 febbraio 1854, sub 324 - retratto litigioso - in Giurisprudenza Civile ossia raccolta con ordine cronologico delle Decisioni emesse dalla Corte Suprema di Giustizia di Napoli, pubblicate da Ferdinando Albinetti, Volume IX, da marzo 1853 a luglio 1854, Napoli, 1856.

35 Codice Civile del Regno d'Italia, art. 1546 "Quegli contro cui fu da altri ceduto un diritto litigioso, può farsi liberare dal cessionario, rimborsandolo del prezzo reale della cessione colle spese e coi legittimi pagamenti e con gli interessi dal giorno in cui il cessionario ha pagato il prezzo della cessione"; art. 1547 "Il diritto si ritiene per litigioso, quando la sussistenza di esso sia già giudizialmente contestata"; art. 1548 "La disposizione dell'articolo 1546 cessa 1. se la cessione fu fatta ad un coerede o comproprietario del diritto ceduto, 2. se fu fatta ad un creditore in pagamento di quanto gli è dovuto, 3. se fu fatta al possessore del fondo soggetto al diritto litigioso".

36 Corte di Cassazione di Roma. Udienza 4 Agosto 1915; Pres. Capotorti, Est. Sabatini, P. M. De Feo (Concl. Conf.); Imola (Avv. Santucci) c. Trecapelli (Avv. Sandrini). "Il Foro Italiano", vol. 41, 1916, pp. 79/80-81/82. in JSTOR, www.jstor.org/stable/23119066.

persona del creditore senza il consenso del debitore”

Con la codificazione del 1942 questa norma viene cancellata e l’abbandono³⁷ dell’istituto del retratto viene giustificato in base all’osservazione, non del tutto corretta, del suo utilizzo residuale e ormai sempre più marginale, ma in realtà la vera motivazione deriva dal mutare dell’economia e dei suoi valori per la quale anche un credito litigioso viene considerato un elemento economico dotato sì di incertezza ma suscettibile di autonoma valutazione e tutela e come tale capace di creare nuovo valore.

Esattamente un punto di vista opposto a quello che aveva mantenuto in vita il retratto per 1400 anni!³⁸

7. Il caso spagnolo

La legislazione spagnola ha assistito in questi anni ad una rivitalizzazione di questo istituto giuridico, con l’avvio di un importante dibattito e notevoli pronunce giurisprudenziali.

La definizione del campo di applicazione del retratto litigioso costituisce un elemento di novità, so-

³⁷ A voler scorrere le annate del Repertorio del Foro Italiano della fine dell’800, si vedrà che, pur non essendo moltissime le pronunce in merito, la giurisprudenza continuava ad esprimersi fissando anche dei punti di novità nell’interpretazione della norma. Ad esempio sub voce “cessione” dell’annata 1883, si trovano pronunce che fissano il principio della litigiosità del credito, e quindi dell’applicabilità dell’istituto, anche in caso di contumacia, ovvero l’applicabilità del retratto anche nel caso in cui la cessione del credito litigioso, rimasta occulta, abbia dato luogo ad una “sentenza irretrattabile”(pag. 190, nn. da 46 a 56). Lo stesso accade ad esempio per le annate del 1884 e del 1888, denotando una certa qual vitalità di questo antico istituto. Si noti peraltro che una certa sopravvivenza di questo istituto, sia pure riferito ad altre fonti rispetto al diritto romano, nel nostro codice ancora permane all’art.732 - diritto di prelazione - “che dota i coeredi del diritto ad essere preferiti in caso di alienazione, ad un estraneo, della quota, o di parte di essa, di altro coerede, assicurando agli stessi il diritto di «riscattare» la quota dall’acquirente, e da ogni successivo avente causa, finché dura lo stato di comunione ereditaria, allorquando, appunto, si dimostri violata la preferenza loro accordata.”Si veda al proposito G.Bonilini, voce Retratto Successorio, in Digesto, Utet, 2020.

³⁸ Relazione alla Maestà del Re Imperatore del Ministro Guardasigilli (Grandi) presentata all’udienza del 16 marzo 1942 -XX -per l’approvazione del testo del codice civile, Libro IV, Delle obbligazioni, Della cessione dei crediti, par. 578, “Altra innovazione che tocca le linee generali della disciplina adottata dal vecchio codice civile per la cessione dei crediti è l’abolizione del retratto litigioso. Questa abolizione, già intervenuta nel campo delle obbligazioni commerciali, poteva senza danno estendersi a quello delle obbligazioni civili , dato che il nuovo clima delle relazioni giuridiche né aveva ridotto l’applicazione a casi rarissimi e quasi mai meritevoli del trattamento della legge anastasiana: la litigiosità del credito ceduto dà luogo ad una alea e questa merita un adeguato compenso in una riduzione del prezzo della cessione”.

prattutto in questi ultimi anni quando sia la legislazione a favore del consumatore di matrice eminentemente europea che le mutate condizioni economiche e sociali dovute ad un lungo periodo di crisi, hanno alimentato una riflessione sugli strumenti giuridici di maggior tutela esistenti nell’ordinamento.

Esiste dunque un dibattito giuridico sull’attualità del retratto, così come riportato dall’articolo 1535 del Codice Civil³⁹, e in particolare sulla possibilità di utilizzare questo strumento giuridico così antico ad una fattispecie invece modernissima che considera i crediti non performing come una “merce” qualsiasi da cedere a prezzi di saldo a soggetti, in Spagna chiamati evocativamente *fondos buitres*, che ne curano successivamente l’esazione con notevoli profitti⁴⁰. La norma che vede la sua permanenza nella legislazione spagnola da oltre 150 anni, permette al debitore di poter “riscattare”il suo debito nei confronti del cessionario al concorrere di alcune condizioni: che si tratti di un credito litigioso, che sia stato oggetto di cessione a titolo oneroso e che il diritto venga azionato dal debitore nel termine di 9 giorni dall’avvenuta notifica della cessione completa di tutti gli elementi identificativi e del corrispettivo pagato.

La sintesi del ragionamento circa l’applicabilità del retratto alla cessione dei crediti in massa, la esprime in maniera molto diretta Fernando Goma Lanzón⁴¹ che pone l’accento su un aspetto di equità indi-

³⁹ Art. 1535 Codice Civil “Vendiéndose un crédito litigioso, el deudor tendrá derecho a extinguirlo, reembolsando al cesionario el precio que pagó, las costas que se le hubiesen ocasionado y los intereses del precio desde el día en que éste fue satisfecho.

Se tendrá por litigioso un crédito desde que se conteste a la demanda relativa al mismo. El deudor podrá usar de su derecho dentro de nueve días, contados desde que el cesionario le reclame el pago”.

⁴⁰ Leandro Martínez-Zurita Santos de Lamadrid, La acción del artículo 1535 del Código civil en las cesiones globales de crédito no es una utopía,(parte prima y segunda) , in <https://hayderecho.expansion.com/2019/07/27/la-accion-del-articulo-1535-del-codigo-civil-en-las-cesiones-globales-de-credito-no-es-una-utopia-2a-parte/> ; Félix López-Dávila, La cesión en bloque de créditos y el derecho de retracto del deudor ¿una utopía? in <https://blog.sepin.es/2019/07/cesion-bloque-creditos-derecho-retracto-deudor/#>.

⁴¹ Fernando Gomá Lanzón, Ventas de hipotecas a “fondos buitres”y retracto del deudor, in <https://hayderecho.com/2014/05/07/ventas-de-hipotecas-a-fondos-buitres-y-retracto-del-deudor/>: “La idea es que, en teoría, con el retracto, nadie experimenta perjuicio: el acreedor ya ha vendido y el retracto debe darle igual, el comprador recibe el dinero que pagó más intereses y costas, con lo que se queda neutro, y el deudor extingue su crédito.Cuando se ha caído en la cuenta de que este retracto recogido en el 1535 podría ser aplicable a las ventas masivas de créditos, la prensa, con esa forma tan tierna que tiene a veces de descubrir el Mediterráneo a la hora de referirse a la aplicación de ciertas normas, la ha calificado de “brecha legal”, como si fuera un descuido de la ley, “un roto”en una

scutibile: con l'applicazione della norma portata dall'articolo 1535 del Codice Civil, non perde nessuno, il creditore ha già ricevuto un prezzo per la cessione, il cessionario recupera quanto pagato oltre alle commissioni e spese e il debitore si libera del proprio debito pagando il giusto, ovvero il valore reale del credito così come valutato in sede di cessione!

Posta così la questione non parrebbe esserci dubbio sulla possibilità di applicare questa norma a molte delle fattispecie di cessione che interessano il mercato del credito, ma, come spesso accade nel diritto, la semplicità è solo apparente. Di fatto il dibattito sull'applicabilità di questa norma e delle successive che sono state adottate da alcuni ordinamenti autonomi,⁴² si è acceso in particolare sulla definizione

red que nos pretendía atrapar y por medio del cual nos podemos escabullir los sufridos ciudadanos de un seguro estropicio. Sin embargo, y siendo justos, esta percepción tampoco es de extrañar, porque como he comentado con anterioridad en este mismo blog, el actual legislador se comporta a veces como un verdadero enemigo del ciudadano destinatario de sus leyes. No era así el de 1889, fecha de promulgación del Código Civil, el cual se dirigía a ciudadanos libres y conscientes, e iguales en sus derechos, en feliz expresión de De Castro, y tratándoles con el respeto que se (y nos) merecíamos. (...)

Bien, pues aquí estamos: los bancos han vendido en masa créditos, hipotecarios o no, a fondos, y en teoría el deudor tiene una posibilidad muy interesante de saldar su deuda a bajo coste. Para ello es preciso saber que se ha producido la cesión y que el cessionario le reclame el pago... Y, ¿cómo creen que notifican los bancos y los fondos? No creo que les sorprenda si les digo que de cualquier modo posible que permita que no se enteren los destinatarios. Con notificaciones que van en el mismo sobre junto con otros papeles, sin certificar, poniendo una empresa intermediaria para que no se sepa bien quién es el cessionario, y por supuesto sin informar del cuál es el precio de la transacción ni del derecho concreto que tiene el deudor a ejercitar el retracto."

42 La norma in versioni a volte anche più stringenti di quella statale è stata adottata dalla Navarra che con la Ley 1/1973 de 1 de marzo (Derecho Civil Foral de Navarra) dispone che "El acreedor puede ceder su derecho contra el deudor, pero cuando la cesión sea a título oneroso, el deudor quedará liberado abonando al cessionario el precio que este pagó más los intereses legales y los gastos que le hubiera ocasionado la reclamación del crédito". In questo caso non vi è alcun riferimento alla litigiosità del credito. L'articolo 569.28.2 del Código Civil de Catalunya, introdotto dalla L.3/2017 de 15 de febrero dispone che "El titular de un crédito o préstamo hipotecario que transmite su derecho, debe notificarlo fehacientemente al deudor y, si procede, al titular registral del bien hipotecado, como presupuesto para la legitimación del cessionario, indicando el precio convenido o el valor que se da al derecho y las condiciones esenciales de la cesión. La renuncia del deudor a la notificación en cualquier momento es nula". La Disposición Adicional de la Ley 24/2015 del 29 de Julio "de medidas urgentes para afrontar la emergencia en el ámbito de la vivienda y la pobreza energética", stabilisce che "En la cesión de créditos, el acreedor puede ceder su crédito contra el deudor si el crédito ha sido garantizado con la vivienda del deudor y este es un consumidor. Si la cesión es a título oneroso, el deudor queda liberado de la deuda abonando al cessionario el precio que este ha pagado, más los intereses legales y los gastos que le ha causado la reclamación de la deuda" Entrambe queste ultime disposizioni sono state impugnate avanti al Tribunal Constitucional e sospese con Auto 160/2016, de 20 de septiembre de 2016. "Recurso de inconstitucionalidad 2501-2016." Sospensione decisa a maggioranza dal Plenum

di "credito litigioso" e sulla possibilità di applicare questa norma a fattispecie di cessione di crediti in blocco (cession de cartera) soprattutto a vantaggio di fondi speculativi (fondos buitres).

Relativamente alla definizione di litigiosità del credito, la giurisprudenza spagnola⁴³ ha da tempo fissato alcune regole definendo come "litigioso" il credito non ancora pagato e oggetto di un'azione giudiziale nella quale si siano formulate domande e contestazioni riferite ad aspetti sostanziali del credito.

Rispetto alla possibilità di utilizzare questo istituto anche nella cessione di crediti in blocco, una sentenza del Tribunal Supremo⁴⁴ aveva stabilito che il diritto di recesso ex art. 1535 C.C. "no opera en los casos de cesiones globales de activos que se instrumentalicen mediante sucesión universal (caso de segregación por traspaso en bloque de una unidad económica) pues en estos supuestos no concurre individualización de los créditos transmitidos".

Su questa interpretazione e soprattutto perchè in tale sentenza non si parla espressamente di cessione di crediti in blocco a fondos buitres, è sorto un certo dibattito con voci a favore e voci contrarie⁴⁵, pe-

e non senza qualche dubbio, almeno a leggere la sentenza posto che ad un certo punto la conclusione, sulla scorta di giurisprudenza conforme, viene così rappresentata: "los razonamientos expuestos permiten concluir que en la ponderación de los intereses en presencia, y subrayando la especial relevancia de la medida de política económica general de estabilidad del sistema financiero, que tiene un indudable interés público prevalente, y la proyección de esta materia en el contexto internacional, apreciemos que debe mantenerse la suspensión de los preceptos impugnados, sin que la medida adoptada implique, en este caso concreto, un relevante menoscabo del resto de los intereses en presencia".

43 Fra i tanti contributi, V.Cervera-Mercadillo Tapia R. Manso Olivar, El retrato de credito litigioso en las cesiones globales de carteras, in La revista de derecho bancario y bursátil, 148, 2017. Articolo disponibile anche al seguente link <https://www.linkedin.com/pulse/el-retracto-de-cr%C3%A9dito-litigioso-en-las-cesiones-globales-ruben-manso/?originalSubdomain=es>.

44 STS 1420/2015 de 1 de abril, Sala de lo Civil, seccion primera.

45 Solamente a titolo esemplificativo può essere interessante la lettura di Zurita Santos de Lamadrid, La acción del artículo 1535 del Condigo Civil en las cesiones globales de credito no es una utopia (prima e seconda parte) in Hay Derecho al seguente link <https://hayderecho.com/2019/07/27/la-accion-del-articulo-1535-del-codigo-civil-en-las-cesiones-globales-de-credito-no-es-una-utopia>:

"En relación a las cesiones globales de créditos y cuestionada por los fondos buitres y sus coros la acción del art. 1535 CC en cuanto a los créditos litigiosos, existe un antecedente legal cuya importancia no puede ser negada. No vamos a remontarnos a la noche de los tiempos, bastará acudir a la creación y regulación de la SAREB. En un momento crucial para la economía nacional (verano 2012) el Reino de España alcanzó un acuerdo con las autorida-

raltro anche di natura giurisprudenziale⁴⁶, trovandosi invece un precedente legislativo che, prevedendo la cessione in blocco di crediti da parte di istituti bancari a soggetti terzi (SAREB - Sociedad de gestion de Activos procedentes de la Reestructuración Bancaria S.A.), aveva espressamente esclusa la facoltà di ricorrere al retratto, con la conseguente conclusione che ove la legge abbia voluto escludere il retrat-

des económicas del Eurogrupo (Memorando de Entendimiento (MoU) acordado el 23 de julio de 2012 entre el Reino de España y la Unión Europea y con la intervención del Fondo Monetario Internacional).

Como consecuencia del MoU nació el Real Decreto Ley 24/2012, de 31 de agosto, posteriormente Ley 9/2012, de 14 de noviembre, de reestructuración y resolución de entidades de crédito. Precisamente la cuestión nuclear consta en el artículo 35 de la citada Ley 9/2012, por el que determinadas entidades bancarias se vieron obligadas acatar por decisión del FROB a transmitir a una sociedad de reciente creación SAREB (Sociedad de Gestión de Activos procedentes de la Reestructuración Bancaria, S.A.) determinadas categorías de activos (créditos) dudosos y cuya existencia, en su conjunto, pudiera cuestionar la viabilidad económica de la entidad bancaria. Dichas operaciones fueron supervisadas por el el Banco de España, en la práctica se aplicó atendiendo al código CNAE (Clasificación Nacional de Actividades Económicas) respecto a los constructores o/y promotores inmobiliarios.

No cabe discusión que supuso la mayor migración de activos (créditos y préstamos vinculados al sector inmobiliario) y de forma global desde las entidades bancarias afectadas a la SAREB. La receptora de dichos créditos fue una sociedad creada bajo el interés público y como consecuencia del MoU (Su objeto está determinado por la transferencia de activos necesaria para desarrollar el proceso de reestructuración y saneamiento del sector bancario español, a acometer dentro del marco del Memorando).

El artículo 48 del RD 1559/2012 enuncia las características que deben reunir los activos objeto de traspaso, no excluyendo los créditos objeto de ejecución o de carácter contencioso o litigioso, y no se trata de una omisión del legislador, sino que en la regulación de las cesiones de carteras (globales) de cada entidad bancaria afectada a la SAREB artículo 36.4. b) de la Ley 9/2012, protege dichas cesiones estableciendo:

“Para la transmisión de créditos que tengan la consideración de litigiosos, no resultará aplicable lo dispuesto en el artículo 1535 del Código Civil.”

En mi opinión, cuando el legislador quiere distinguir lo hace, y así en la regulación de la cesión de carteras crediticias (global) de determinadas entidades financieras a la SAREB, el legislador por razones de interés nacional dispensó expresamente la aplicación del art. 1535 CC, pero dicha excepción singular, nunca puede dar pie a una aplicación general y menos analógica respecto a las cesiones globales a favor de los fondos buitres, máxime cuando falta la piedra capital como es el interés nacional.”

46STS 233/2014 de 22 de mayo e la STS 976/2008 de 31 de octubre, alla quale si rimette la Sentencia 2/2019 de 9 de enero de la Sección 7ª de la Audiencia Provincial de Valencia y la Sentencia 888/2018 de 12 de diciembre de la Sección 17 de la Audiencia Provincial de Barcelona con referencia a la SAP PONTEVEDRA Secc. 3ª de 26 de enero de 2017 cuyo criterio literal es la admisión de la acción del art. 1535 CC en las cesiones globales:

“Así, en los supuestos de cesión de créditos por entidades bancarias a fondos de inversión, a diferencia del supuesto a que hace referencia la sentencia del Tribunal Supremo de 1 de abril de 2015, no se trata del traspaso en bloque de una parte del patrimonio de la entidad bancaria acreedora y cedente motivado por la segregación de una sociedad a favor de otra u otras sociedades, sino que la cesión se fundamenta en la decisión voluntaria de una entidad bancaria de transmitir en conjunto a un fondo de inversión unos créditos que podrían ser objeto de transmisión individualizada.”

to l’ha fatto esplicitamente, nella logica dell’antico brocardo *Ubi lex voluit dixit ubi noluit tacuit*.

La questione è stata, come spesso succede, decisa drasticamente dal Tribunal Supremo che, con la sentenza del 5 marzo 2020, ha escluso l’applicabilità dell’articolo 1535 nei casi sopra detti.⁴⁷ Sembra quindi che la questione sia stata, almeno temporaneamente risolta, con un mutamento di prospettiva che “*de la prioritaria preocupación por los abusos relacionados con la especulación crediticia, se ha pasado a la preocupación para con el mercado crediticio. Esto es, se ha completado el recorrido, sin alterar la legislación, desde la protección del deudor a la protección del crédito*”⁴⁸

47 STS 151/2020, 5 de Marzo de 2020 dove vengono esaminati vari e diversi aspetti relativi all’applicazione del retratto e che, difficile da riassumere ai fini del presente lavoro, merita però una attenta ed integrale lettura dato che, né siamo certi, il dibattito non si esaurirà!

Per un primo commento alla sentenza, Jesus M. Sánchez García, Comentarios a la sentencia de TS de 5 de marzo de 2020 sobre el derecho de retracto litigioso del artículo 1535 del Código Civil, in V-Lex, n.190 marzo 2020, https://vlex.es/source/revista-derecho-vlex-11/issue_nbr/%23190; Clifford Chance, Retracto de créditos litigiosos: por fin buenas noticias para los titulares de carteras, in <https://www.cliffordchance.com/briefings/2020/03/retracto-de-creditos-litigiosos-por-fin-buenas-noticias-para-lo.html>; F. Gragera Contador S. Ochoa Pérez, Comentario a la sentencia del tribunal supremo (sala primera) nº 151/2020, de 5 de marzo. ratificación del concepto estricto de “crédito litigioso” e interpretación restrictiva del “retracto de crédito litigioso”, frente a la interpretación amplia del vocablo “crédito”; in <https://elderecho.com/wp-content/uploads/2020/06/Comentario-STs-5-de-marzo-de-2020.pdf>.

A fini di confronto sulle tematiche lasciate in sospeso dalla sentenza del 2015 e risolte da quest’ultima pronuncia, si veda utilmente: “La resurrección del retracto y el Derecho de Consumo. Cuestiones procesales y sustantivas in <https://elderecho.com/la-resurreccion-del-retracto-y-el-derecho-de-consumo-cuestiones-procesales-y-sustantivas-2> e il commento, ivi citato, alla sentenza del 2016 della Corte di Giustizia della Comunità Europea commentata da Antoni Frigola i Riera “El Auto del Tribunal de Justicia de la Unión (Sala Quinta) de 5 de julio de 2016”.

48 P.Fernandez Belzunegui, Sobre la recepción de la Lex Anastasiana en ordenamientos y jurisprudencia contemporánea; in Fundamentos romanísticos del derecho europeo e iberoamericano, dirección y coordinación M. del Carmen Lopez -Rendo Rodríguez, Oviedo, 2020 p. 86 ss

“Por último, y previo a las conclusiones, procede traer a colación la argumentación que da cuenta del lugar que hoy en día ocupa el retracto crediticio en los ordenamientos civiles. La circunstancia más destacada, cabe adelantar, será el que este mecanismo no será aplicable cuando un banco sea parte del contrato del que el pleito traiga causa, supuesto que económicamente sería claramente el de mayor impacto de regularse de distinta manera. De esta forma se evita, se entiende, el perjuicio económico que sufrirían las operaciones de compraventa masivas de créditos. En cualquier caso, procede concretar más y mejor.

En el caso español, y basándome por su utilidad en la jurisprudencia navarra, destaca el que la resolución de conflictos se realiza atendiendo a la jurisprudencia del Tribunal Supremo. En primer lugar, plantea un problema por cuanto el Tribunal Supremo resuelve atendiendo al Código Civil, cuando en Navarra, en lo civil, se debería resolver atendiendo al Fuero Navarro y supletoriamente (cuando se trate de instituciones derivadas del derecho ro-

mano) por el propio derecho romano. En cualquier caso, como ya se ha dicho, existen justificaciones de índole económico que provocan que la jurisprudencia del Tribunal Supremo sea aplicada en Navarra en esta cuestión, argumentación que cabe resumir en este extracto del Auto de la Audiencia Provincial de Navarra (no 220/2018 de 11 de octubre de 2018) que, cabe destacar, es el fragmento utilizado sistemáticamente desde la publicación de la original Sentencia a que hace referencia en 1987. Así, el Auto establece que:

«La doctrina científica, la Dirección General de los Registros y del Notariado y el Tribunal Supremo, al amparo del art. 2, en relación con los arts. 175, 177, 199 y 212 CCom, entienden que los préstamos bancarios tienen carácter mercantil sin excepciones, aún cuando se hagan a favor de personas ajenas al comercio que no se propongan emplear el objeto recibido en operaciones mercantiles, atendida la especial consideración que tienen las entidades de crédito, sujetas a una estrecha regulación administrativa, «cuyo designio esencial, consiste en asegurar la confianza en ellas», lo que sin duda es «factor imprescindible» para su buena marcha [STC 10 febrero 1992 (RTC 1992, 14)]. (...) Y la cesión de créditos mercantiles está regulada en los artículos 347 y 348 CCom, preceptos éstos que no contemplan, como hace la Ley 511 FN en supuestos de cesión de créditos a «título oneroso», la facultad del deudor de liberarse «abonando al cesionario el precio que éste pagó más los intereses legales y los gastos que le hubiere ocasionado la reclamación del crédito». Como señala la sentencia del Tribunal Supremo de 16 febrero de 1987, antes citada, un autorizado sector de la doctrina entiende que, respecto de una disciplina uniforme, como es el Derecho mercantil, resultaría perturbador admitir particularidades que afectarían inevitablemente a las «bases de las obligaciones contractuales», apareciendo patente la aspiración hacia la unidad de mercado, por lo que no cabe aplicar la Ley 511 FN.»

Lo anterior se resume en la idea de que, si un banco es parte de un contrato, la controversia judicial que del mismo pueda derivarse será entendida como derivada de un contrato bancario. A los contratos bancarios se les aplica la legislación mercantil, esto es, el Código de Comercio. Siendo lo anterior así, el retracto crediticio de la Ley 511 FNN o el artículo 1535 del Código Civil devienen inaplicables cuando una de las partes sea un banco. Lo cual nos conduce a la primera conclusión de que el campo de aplicación de la lex Anastasiana se ha visto enormemente reducida. Esta cuestión tiene su relevancia por una diferencia esencial si se compara la Antigüedad Tardía y la actualidad. Es cierto que en época antigua la disposición estaría pensada para actores privados, para individuos. Pero es igualmente cierto que no existía, ni de forma similar, un ordenamiento jurídico que contemplase la participación de los bancos en el tráfico jurídico en cuanto personas jurídicas con facultades propias de personas físicas. En el mismo sentido, en la primera mitad del siglo VI todo apunta a que los bancos (o banqueros) no prestaban dinero, con lo que, irónicamente, cabe defender que la conservación de la legislación sin alteración ha provocado (por los cambios económicos) un cambio sobrevenido en la aplicabilidad de la disposición.

VI. CONSIDERACIONES FINALES

Existe y pervive gran parte de la legislación mencionada en el presente artículo, y en muchos casos de una forma muy respetuosa con la filosofía original. Ocurre que, en el caso de la lex Anastasiana, variaciones en las prácticas económicas han provocado su orillamiento. No deja de ser curioso que el tecnicismo de la lex haya provocado, en un primer momento, un interés en mantener la disposición, pero al mismo tiempo, ese mismo tecnicismo ha provocado que su aplicabilidad haya estado sujeta a cuestiones que escapan a lo puramente jurídico.

No deja de ser procedente recordar que la época del emperador Anastasio fue la de mayor crecimiento económico de la historia del Imperio Romano de Oriente, y de hecho, con bastante margen. Este no es un dato en sí mismo definitivo, pero como mínimo apunta que en determinadas circunstancias la lex Anastasiana no supone un perjuicio para la economía, sino acaso todo lo contrario.

8. Il ruolo del Terzo Settore in una prospettiva de jure condendo

Se spostiamo il focus del nostro intervento da una prospettiva generale alla categoria dei consumatori, possiamo raccogliere alcune indicazioni da quanto finora detto nella logica di individuare tutti quegli strumenti che potrebbero essere adottati per la maggior tutela del debitore.

Nel nostro ordinamento vi sono molti e vari strumenti a favore dei conosumatori, ma l’inserimento di una nuova possibilità, rappresentata dalla riforma, sia pur parziale e finalizzata, della cessione di credito potrebbe completare un quadro normativo di tutela che, soprattutto in questo momento, è quanto mai necessario.

Già oggi tanto nella legislazione europea quanto in quella nazionale l’approccio con il consumatore è sempre più improntato alla trasparenza, in primis nelle fasi di valutazione e concessione del finanziamento, ma anche nella fase di gestione successiva. A questo proposito, senza andare troppo lontano, basti pensare a quanto previsto dall’EBA nei suoi “Orientamenti su morosità e pignoramenti”⁴⁹ ed attuato, ad esempio, dalla normativa di vigilanza in tema di trasparenza nelle operazioni di credito immobiliare ai consumatori⁵⁰, dove risulta evidente la preoccupazione di accompagnare il consumatore in difficoltà verso soluzioni non traumatiche, avendo “comprensione” delle situazioni personali che

Lo que tampoco presentaría demasiadas dudas sería, igualmente, el hecho de que el bien jurídico protegido habría sido alterado: de la prioritaria preocupación por los abusos relacionados con la especulación crediticia, se ha pasado a la preocupación para con el mercado crediticio. Esto es, se ha completado el recorrido, sin alterar la legislación, desde la protección del deudor a la protección del crédito.”

49 EBA/GL/2015/12 19.08.2015 A titolo di esempio l’Orientamento 4 – Processo di risoluzione 4.1 prevede che “Il creditore dovrebbe tenere conto delle circostanze personali del consumatore, degli interessi e dei diritti di quest’ultimo e della sua capacità di rimborso quando decide quali iniziative assumere o quali misure di tolleranza (forbearance) adottare.

50 TRASPARENZA DELLE OPERAZIONI E DEI SERVIZI BANCARI E FINANZIARI CORRETTEZZA DELLE RELAZIONI TRA INTERMEDIARI E CLIENTI Sezione VI Bis – Credito immobiliare ai consumatori 8. Inadempimento del consumatore

Il presente paragrafo disciplina le politiche e le procedure interne che il finanziatore è tenuto ad adottare per gestire i rapporti con i consumatori in difficoltà nel pagamento (in tutto o in parte) delle rate di rimborso del credito, ai sensi dell’articolo 120–quinquiesdecies, comma 1, del T.U. Esso dà attuazione agli Orientamenti dell’Autorità Bancaria Europea su morosità e pignoramenti del 19 agosto 2015. Fermo restando quanto previsto ai sensi dell’articolo 40, comma 2, del T.U., il finanziatore adotta, conformemente a quanto previsto ai sensi della sezione XI, procedure interne idonee ad assicurare che:

possono essersi verificate e che sono a base dell'inadempimento indicandogli "le misure di sostegno eventualmente disponibili".

Misure di sostegno che sono state già individuate dal legislatore in tema di microcredito: l'articolo 111 del Testo Unico Bancario indica come essenziali alle erogazioni ivi previste, sia per i finanziamenti "ordinari" concessi dai soggetti di cui al primo comma dell'articolo sia per quelli "straordinari" concessi "dai soggetti giuridici senza fini di lucro", le attività ausiliarie di assistenza e monitoraggio dei soggetti finanziati e la prestazione di servizi ausiliari di bilancio familiare.

Perchè dunque non pensare ad una norma che, intervenendo sulla cessione di credito, relativa ai contratti con i consumatori, possa da un lato consentire a realtà anche piccole ma radicate nel territorio - come ad esempio le MAG⁵¹ - ovvero già operanti nel mondo del microcredito, di risultare cessionarie

- i consumatori che si trovano in difficoltà nel rispettare i termini di pagamento siano tempestivamente individuati;

- le modalità di interazione con i consumatori in difficoltà prevedano comunicazioni chiare e con un linguaggio comprensibile (secondo quanto indicato nella sezione I, paragrafo 1.3), siano proporzionate agli obblighi di informazione e non eccessive e avvengano nel rispetto del principio di riservatezza; le comunicazioni avvengono in forma elettronica o cartacea;

- il finanziatore collabori con il consumatore per individuare i motivi delle difficoltà incontrate e le più adeguate misure da adottare per il rimborso del credito; sia fornita adeguata assistenza ai consumatori in difficoltà nel rispettare i termini di pagamento, con particolare riguardo ai casi di stato di bisogno o di particolare debolezza (ad esempio a seguito di eventi quali la perdita del posto di lavoro, la sopravvenuta invalidità o grave malattia, la morte di un prossimo congiunto, la separazione o il divorzio, calamità naturali che hanno interessato la persona, il luogo di residenza, il patrimonio o la capacità di reddito del consumatore); a questo fine, il finanziatore richiama l'attenzione del consumatore sull'importanza della cooperazione per trovare una soluzione alla situazione di difficoltà (...). In caso di ritardato pagamento (totale o parziale) di una rata per oltre 30 giorni e, comunque, con congruo anticipo rispetto all'avvio di procedure di recupero giudiziale del credito, il finanziatore informa - con apposita e tempestiva comunicazione scritta - il consumatore circa: a) le conseguenze degli omessi pagamenti (ad esempio, l'applicazione degli interessi di mora, la possibilità di perdere il diritto di proprietà sul bene costituito in garanzia); b) le misure di sostegno eventualmente disponibili (ad esempio, le misure pubbliche o quelle messe a punto in sede di autoregolamentazione); (...) Nel valutare le iniziative da assumere per venire incontro alle esigenze dei consumatori in difficoltà nel rispettare i termini di pagamento, il finanziatore tiene conto delle circostanze personali, degli interessi, dei diritti e della capacità di rimborso del consumatore.

51 Mutue di autogestione, società cooperative nate alla fine degli anni '70 ed ancora attive sul fronte dell'inclusione sociale e dell'assistenza finanziaria, attualmente federate in un rete che rende servizi a centinaia di piccole imprese e persone fisiche, spesso con percorsi di recupero finanziario e sociale. Si veda ad esempio il sito della più antica di queste, MAG Verona <https://magverona.it/la-mag/la-mag-storia-e-servizi/>. Altre iniziative sono poi

di crediti di piccolo - medio importo, con lo scopo non di rendere economicamente profittevole l'operazione di cessione ma di riportare il consumatore su un percorso virtuoso evitando che questi, espulso dal circuito del credito, si trovi in una situazione di soggetto non bancabile.

Si dovrebbe probabilmente introdurre qualche modifica anche alla disciplina generale sulle cessioni di credito, prevedendo una facilitazione per le cessioni che avvengano a favore di Enti e Società Cooperative che abbiano come loro scopo precipuo l'intervento a favore del consumatore: da un lato si otterrebbe lo stesso scopo previsto dalle normative in vigore e dall'altro, anziché alimentare un mercato parallelo di crediti, si potrebbero gestire interventi di recupero in un'ottica "paziente" e di recupero sociale.

Certamente un intervento dovrebbe essere fatto per modificare l'attuale testo del DM 176 del 17/10/2014 che, in attuazione dell'articolo 111 del TUB, pone una serie di prescrizioni che nella logica sopra espressa rappresentano un limite all'intervento.

Se parliamo infatti di microfinanza come di quel settore di intervento economico e sociale che può dare una risposta positiva ai bisogni dei cittadini e in generale della società, dobbiamo ricordare che già nel 2008 nasceva RITMI - Rete Italiana di Microfinanza -, intendendosi per microfinanza "l'offerta di prodotti e servizi finanziari a clienti che per la loro condizione economico sociale hanno difficoltà di accesso al settore finanziario tradizionale"⁵²

Pertanto va segnalato che le stesse istituzioni europee si stanno interrogando su una prospettiva di riassetto delle normative che riguardano il Terzo Settore, proponendo l'adozione di uno Statuto Europeo del Terzo Settore ritenendo che "that the European Union should introduce a European status which, rather than being limited to non-profit organizations, should also seek to include related organizations

sorte a cura delle singole MAG, come ad esempio lo Sportello di Orientamento al Credito della MAG Venezia in collaborazione con il Comune di Venezia <http://www.magvenezia.it/sportello-di-orientamento-al-credito/>. In generale questi Enti si ispirano ai principi espressi dal Manifesto della Finanza Etica e Solidale, reperibile al seguente link <https://www.finanzeetica.net/>.

52 Sul tema conviene riferirsi direttamente al sito di RITMI dove sono rinvenibili molte utili informazioni sull'attività di questa rete, <https://ritmi.org/>.

such as those of the third sector and the social economy.”⁵³

Su queste basi, si può provare a delineare qualche ipotesi di come potrebbe essere impostato un intervento di natura legislativa, anche in appoggio alla proposta di legge sopra commentata.

A mio avviso, i principi cardine di cui si dovrebbe tener conto in una ipotesi di riforma della cessione del credito quale quella proposta, potrebbero essere così riassunti:

- in via generale, nel momento in cui un credito, sia esso litigioso o no, diventa un bene suscettibile di un valore economico indipendente dalla relazione creditore originario/debitore ed entra con una propria valutazione in un mercato, deve essere data anche al debitore la possibilità di acquisto alle medesime condizioni di offerta, alla stregua di un diritto prelazione;
- questo diritto va concesso in primis al debitore-consumatore come ulteriore *favor* nei suoi confronti al medesimo prezzo di vendita, eventualmente maggiorato di un importo che ristori il promissario cedente e il cessionario da oneri già sopportati;
- affinché questo diritto possa essere esercitato dovrà essere data al consumatore una sufficiente informativa – comprensiva ovviamente del prezzo della cessione – e un termine entro il quale dichiarare con una offerta reale la volontà di pagamento;
- nel caso di cessione di crediti in blocco, considerata la difficoltà di estrapolare la singola valutazione dal pacchetto acquistato, potrà essere offerto in prelazione il credito ad un prezzo calcolato sul valore medio dei crediti appartenenti alla medesima categoria (non garantiti, garantiti, anzianità di permanenza nel portafoglio, ecc),
- inserire questa previsione anche nella normativa in tema di esdebitazione, in modo da offrire al debitore il cui credito sia stato oggetto di una cessione anche questa strada per ritornare ad

⁵³ A.Fici, A statute for European cross-border associations and non-profit organizations. Potential benefits in the current situation, Maggio 2021, uno studio sulle potenzialità del Terzo Settore in Europa, condotto esaminando le diverse principali legislazioni, commissionato dal European Parliament's Committee on Legal Affairs e consultabile al seguente link <http://www.europarl.europa.eu/supporting-analyses>.

essere un soggetto economicamente attivo,

- favorire, per i crediti concessi a consumatori, la cessione a favore degli Enti di cui al primo e quarto comma dell'articolo 111 del Testo Unico Bancario prevedendo forme di accompagnamento e monitoraggio assimilabili a quelle previste per le operazioni di microcredito.

In ultimo vale la pena interrogarsi se, in qualche modo, l'introduzione nella legislazione nazionale di una norma di tale portata possa confliggere con la legislazione europea in materia di protezione del consumatore.

Anche in questo caso ci viene in soccorso l'esperienza spagnola che si era già posta il problema in relazione alla permanenza nell'ordinamento iberico delle norme riferite al retratto anastasiano. Va quindi segnalato che, con una recente sentenza, la Corte di Giustizia delle Comunità Europee⁵⁴ investita di una questione pregiudiziale sollevata dal Juzgado de Primera Instancia di Vigo (Spagna), ha deciso che “La

⁵⁴ Auto del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 5 de julio de 2016 (petición de decisión prejudicial planteada por el Juzgado de Primera Instancia n.º 11 de Vigo — Pontevedra) — Banco Popular Español, S.A., PL Salvador S.A.R.L./ María Rita Giráldez Villar, Modesto Martínez Baz: “(...) Con sus cuestiones, que es oportuno examinar conjuntamente, el Juzgado remitente pregunta en sustancia si la Directiva 93/13, en relación con los artículos 38 y 47 de la Carta, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional, según la interpreta la jurisprudencia nacional, conforme a la cual el deudor de un crédito cedido por el acreedor a un tercero sólo puede ejercer su derecho, previsto por esa normativa, de extinguir su deuda reembolsando a ese tercero el precio que éste hubiera pagado por esa cesión si el crédito cedido es objeto de un procedimiento declarativo, sin que el deudor pueda invocar el referido derecho en un procedimiento de ejecución del crédito, por una parte, y, por otra parte, un acreedor puede ceder su crédito a un tercero sin estar obligado no obstante a notificar la cesión al deudor ni a informar a éste del precio exacto de ésta. En caso de respuesta afirmativa a esas cuestiones, el Juzgado remitente pregunta si está obligado a dejar inaplicada esa normativa. (...) En lo concerniente al litigio principal, todas las cuestiones prejudiciales planteadas por el Juzgado remitente atañen a la compatibilidad con la Directiva 93/13 del artículo 1535 del Código Civil, referido al derecho del deudor de un crédito cedido por el acreedor a un tercero a extinguir su deuda reembolsando a éste el precio que haya pagado por esa cesión, según su interpretación por la jurisprudencia nacional. Pues bien, del auto de remisión resulta en sustancia que esa disposición es una disposición imperativa que se aplica entre las partes contratantes con independencia de su elección o en defecto de un pacto al respecto, por un lado. Por otra parte, consta que ni el artículo 1535 del Código Civil ni la jurisprudencia nacional que lo interpreta pretenden determinar la amplitud de las facultades del juez nacional para apreciar el carácter abusivo de una cláusula contractual. Por todas las consideraciones precedentes se ha de responder a las cuestiones planteadas que la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que no es aplicable a una normativa nacional, como la que es objeto del litigio principal, relativa al derecho del deudor de un crédito cedido por el acreedor a un tercero a extinguir su deuda reembolsando a éste el precio que haya pagado por esa cesión.”.

Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores, debe interpretarse en el sentido de que no es aplicable a una normativa nacional, como la que es objeto del litigio principal, relativa al derecho del deudor de un crédito cedido por el acreedor a un tercero a extinguir su deuda reembolsando a éste el precio que haya pagado por esa cesión”,

Se il legislatore nazionale decidesse di introdurre una tale norma, non solo nessun ostacolo troverebbe nella legislazione comunitaria, ma vi sarebbe anche una occasione interessante, dovuta alla prossima revisione della normativa in tema di tutela dei consumatori e in particolare alla Direttiva 2008/48/CE relativa ai contratti di credito dei consumatori che, prevede tra gli i suoi obiettivi di supportare i consumatori in difficoltà attraverso l'impiego di specifiche misure di concessione dei finanziamenti e servizi di consulenza sui debiti.

Il settimo considerando della Direttiva, infatti, recita: *“Per facilitare il sorgere di un efficiente mercato interno del credito al consumo è necessario prevedere un quadro comunitario armonizzato in una serie di settori fondamentali. Visto il continuo sviluppo del mercato del credito al consumo e considerata la crescente mobilità dei cittadini europei, una legislazione comunitaria lungimirante, che sia adattabile alle future forme di credito e lasci agli Stati membri un adeguato margine di manovra in sede di attuazione, dovrebbe contribuire alla creazione di un corpus normativo moderno in materia di credito al consumo”*

La Commissione europea ha quindi pubblicato il 1° luglio 2021 un documento contenente una proposta di Direttiva per la revisione delle norme europee sui contratti di credito ai consumatori di cui alla Direttiva 2008/48/CE (cd. “CCD - Consumer Credit Directive”), dal titolo “Proposal for a Directive of the European parliament and of the Council on consumer credits”, adottata dalla stessa Autorità il 30 giugno 2021. In questa proposta di direttiva si trova una attenzione agli effetti del credito e alle modalità con le quali “aiutare” il consumatore / debitore a far fronte alla propria obbligazione. La valutazione della capacità restitutiva del debitore è un obiettivo da perseguire e per questo le modalità di valutazione del merito creditizio devono svolgersi con l'acquisizione di tutta una serie di informazioni le più complete, dando un diritto in più al consumatore, nel caso il giudizio espresso da algoritmi fosse negativo, di ri-

chiedere l'intervento “umano” a presidio della corretta valutazione del diritto ad ottenere il credito.⁵⁵

Il focus della direttiva è rappresentato dal credito, rispetto al quale il finanziatore deve mettere in campo tutte le attività necessarie - facilitare, consigliare, finanziare - per favorirne l'utilizzo. Sfugge a volte che questa spinta al consumo ha delle possibili ricadute negative, basti pensare che il fenomeno del sovraindebitamento, secondo una ricerca di AGOS⁵⁶, in vent'anni è raddoppiato e segnala ulteriori tassi di crescita, il tutto con l'appoggio incondizionato delle società specializzate in campagne pubblicitarie dove la promessa di rapidità dell'erogazione attira a soddisfare bisogni molte volte indotti, senza soffermarsi poi sulle conseguenze spesso nefaste di questa promessa di soldi troppo facili.

E' necessario ripensare invece al rapporto tra finanziato e finanziatore, distinguendo le situazioni di chi ha veramente bisogno di denaro, e ne assume l'obbligazione di restituirlo in perfetta buona fede e con un rischio adeguatamente calcolato, ma che, per situazioni impreviste, può trovarsi in difficoltà nel restituirlo, cercando di offrire soluzioni non solo in chiave macroeconomica ma ricordando che tutto questo ha un effetto importante sulla vita delle persone.

⁵⁵ “The COVID-19 crisis and the resulting confinement measures have also disrupted the EU economy and had a major impact on the credit market and consumers, especially vulnerable ones, making many EU households more financially vulnerable. Conversely, the crisis has also accelerated the digital transformation. Amid the COVID-19 crisis, Member States adopted a series of relief measures that seek to alleviate the financial burden of citizens and households, such as loan repayment moratoria that were generally extended to consumer credit” Context of the proposal, p.1 (...).

“Article 18 (obligation to assess the creditworthiness of the consumer) requires the creditor or the provider of crowdfunding credit services to assess the consumer's ability to repay the credit, taking into account the consumer's interest and based on necessary and proportionate information on the consumer's income and expenses and other financial and economic circumstances, without exceeding what is strictly needed to perform such an assessment. It also requires that credit is made available to consumers where the result of the creditworthiness assessment indicates that the obligations resulting from the credit agreement or from the agreement for the provision of crowdfunding credit services are likely to be met in the manner required under that agreement unless in specific and justified circumstances. In addition, when the creditworthiness assessments is based on automated processing, including profiling, consumers have the right to request and obtain human intervention on the part of the creditor, a meaningful explanation of the assessment of creditworthiness, and express his or her point of view and to contest this creditworthiness assessment.” p.10.

“Article 36 (debt advisory services) requires Member States to ensure debt advisory services are made available to consumers.”, p.13.

⁵⁶ <https://realize.agos.it/sovraindebitamento-italia-fenomeno-crescita/>.

Non sarà certamente una nuova legge, pur del tutto condivisibile, o un intervento più ampio come quello qui proposto a dare nuova soluzione a problemi così radicati, nè è ipotizzabile in tempi brevi un radicale cambio di paradigma che, in una economia di consumo come la nostra, difficilmente potrà verificarsi, ma provando ad intervenire con gli strumenti che abbiamo tratteggiato o con altri sicuramente migliori proposti nella stessa logica, si potrà avere un elemento ulteriore, semplice ma efficace, di contrasto alle tante situazioni di crisi che già esistono e che, riteniamo purtroppo, non possano far altro che aumentare.



DB non solo
diritto
bancario

A NEW DIGITAL EXPERIENCE

Scopri il nuovo
> dirittobancario.it