

La nuova disciplina di gestione della crisi da sovraindebitamento: prime osservazioni

1. Il tema del sovraindebitamento ha avuto una vita complicata nell'ordinamento nazionale, dove, dopo prove mal riuscite in termini di credito al consumo¹, ha fatto ingresso con la legge n. 3 del 2012, frutto di un percorso a dir poco singolare, fra un disegno di legge di vecchia data ma insperatamente approvato e un decreto legge abortito². Subito dopo la pubblicazione di questa legge nella Gazzetta Ufficiale, il legislatore pensa già a modifiche sostanziose, attraverso il d.d.l. C-5117, approvato dal Consiglio dei ministri il 9 marzo 2012. Senonché il normale

¹ È noto che uno degli argomenti di maggiore frizione fra gli interessi dei finanziatori e quelli dei consumatori è stato quello del c.d. "prestito responsabile", causa, secondo una certa visione della questione, del sovraindebitamento delle famiglie. L'incremento della insolvenza nel comparto del credito al consumo registrato negli ultimi anni sarebbe cioè stato prodotto sì dalla crisi economica, ma anche da un modo poco accorto di erogare questo tipo di credito, senza una reale valutazione del merito creditizio. Questa discussione è però quasi del tutto scomparsa nel testo finale della direttiva, dove non si parla neppure di sovraindebitamento e circa il prestito responsabile vi è un accenno nel considerando XXVI («Gli Stati membri dovrebbero adottare le misure appropriate per promuovere pratiche responsabili in tutte le fasi del rapporto di credito (...). Tali misure possono includere (...) avvertimenti sui rischi di un mancato pagamento o di *un eccessivo indebitamento*») mentre, nella parte dispositiva, all'art. 8 ("Obbligo di verifica del merito creditizio del consumatore") si impone di effettuare l'istruttoria sulla base delle informazioni fornite dal consumatore e le risultanze di appropriate banche dati, cioè centrali di rischi; questa disposizione è stata recepita nel disposto dell'art. 124-bis del t.u.b. e non rappresenta una novità per la prassi nazionale. Per un'interessante riflessione su questi temi cfr. FALCONE, *Prestito "responsabile" e sovraindebitamento del consumatore*, in *Dir. fall.*, 2010, I, p. 642 e, più recentemente, PIEPOLI, *Sovraindebitamento e credito responsabile*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2013, I, p. 38.

² Per l'iter parlamentare della legge n. 3 del 2010 si rinvia alla ricostruzione rintracciabile, fra gli altri, in FERRO, *L'insolvenza civile*, in *Sovraindebitamento e usura*, a cura di Ferro, Milano, 2012, p. 50-54.

iter parlamentare per produrre leggi non si addiceva a quello scorcio di legislatura, e così ci ha pensato il d.l. n. 179 del 2012 (convertito con modificazioni dalla l. n. 221 del 2012), con l'art. 8 (rubricato "Modificazioni alla legge 27 gennaio 2012, n. 3"), a compiere l'opera. E l'ha compiuta attraverso il meccanismo della novella, sicché ora anche la menzionata legge indica il proprio percorso sfoggiando un gioioso profluvio di numeri ordinali latini.

Tutto, o quasi, nasce dalla riforma della legge fallimentare, della quale uno dei principi fondamentali è stato quello di restringere il numero dei soggetti fallibili: il punto 6, lett. a) dell'art. 1 della l. n. 80 del 2005 (la legge delega) invitava il Governo a «modificare la disciplina del fallimento (...) e a semplificare la disciplina attraverso l'estensione dei soggetti esonerati dall'applicabilità dell'istituto e l'accelerazione delle procedure applicabili alle controversie in materia». Di qui la modifica dell'art. 1 l. fall., che ha risposto al criterio ora riportato, volto a «evitare quella pletora di fallimenti di enti troppo piccoli o completamente privi di attivo che caratterizzava i tribunali italiani, e deflazionare le dichiarazioni di fallimento, consentendo di potersi concentrare sulle procedure ove effettivamente vi fosse possibilità di recupero economico e rilancio dell'attività»³. In armonia con questo principio, l'ultimo comma dell'art. 15 l. fall. dispone che non si faccia luogo alla dichiarazione di fallimento se l'ammontare dei debiti scaduti e non pagati⁴ risultanti dagli atti dell'istruttoria prefallimentare sia complessivamente inferiore a 30.000 euro⁵.

Questa soluzione non è stata esente da censure, fra le quali quella per cui in tal modo l'imprenditore medio-piccolo rimane non solo esclu-

³ PAJARDI, PALUCHOWSKI, *Manuale di diritto fallimentare*⁷, Milano, 2008, p. 62-63.

⁴ Su questa nozione cfr. *Le procedure concorsuali. Guida operativa interdisciplinare*, a cura di Demarchi e Giacomazzi, Milano, 2008, p. 63-71.

⁵ Si rammenta come già prima della novella fosse prassi diffusa respingere le istanze di fallimento se il debito non superava un certo importo sia perché un modesto inadempimento non è necessariamente sintomo di stato di insolvenza, sia perché manca l'allarme sociale in tali ipotesi. Per altro verso, e proprio in ragione di questa prassi, «un legislatore più coraggioso e pragmatico avrebbe potuto prevedere anche che non si facesse luogo neppure all'apertura del procedimento, indipendentemente dall'indebitamento, quando l'assenza o le ridotte dimensioni dell'attivo non facciano prevedere una qualche utilità per i creditori. (...) Tale scelta sta comunque a dimostrare che, al di là dell'interesse dei creditori, permane l'interesse dello Stato a rimuovere un'impresa insolvente per i danni che può creare all'economia, quando l'insolvenza è di dimensioni non modeste»: ZANICHELLI, *La nuova disciplina del fallimento e delle altre procedure concorsuali*, Torino, 2008, p. 9.

so dal fallimento, ma viene altresì privato della possibilità di ricorrere al tentativo di recupero dell'impresa in crisi sotto la tutela giurisdizionale (procedura di concordato preventivo) nonché all'istituto della esdebitazione⁶. Insomma, siffatta impostazione restrittiva, «nel contesto di un impianto dai nobili scopi quale il nuovo fallimento, pensato appunto per la tutela dei creditori, ma al contempo per la salvaguardia, ove possibile, dei nuclei aziendali ancora produttivi, fa temere che proprio tali scopi potrebbero essere in realtà presto disattesi già dalle rigide barriere che la stessa legge pone»⁷.

Per altra ma convergente direzione, si è osservato che i molti esclusi dalle procedure concorsuali non avevano alternativa se non fruire delle procedure esecutive individuali, non avendo il legislatore⁸ previsto, per essi o per alcuni di essi, una regolamentazione: era il caso dei consumatori, ma anche delle piccole o medie imprese o dei professionisti e della situazione tecnicamente denominata di “sovraindebitamento”. «Il piano

⁶ Cfr. le argomentazioni sul punto di PANZANI, *Commento all'art. 142 l. fall.*, in *Il nuovo diritto fallimentare*, commentario diretto da Jorio e coordinato da Fabiani, Bologna, 2006, II, p. 2099-2100, il quale sembra superare profili di costituzionalità (la scelta del legislatore di limitare l'utilizzo del fallimento, e della esdebitazione, rientrerebbe nella discrezionalità a lui riconosciuta), che invece afferma SANTORO (*Commento all'art. 142*, in *La riforma della legge fallimentare*, a cura di Nigro e Santoro, Torino, 2006, II, p. 849), a motivo della circostanza che dal beneficio della esdebitazione si escludono i soggetti economicamente più deboli.

⁷ SANTANGELI, *Commento agli artt. 1-4 l. fall.*, in *Il nuovo fallimento*, a cura di Santangeli, Milano, 2006, 15. Nello stesso senso cfr. FORTUNATO, *Commento all'art. 1 l. fall.*, in *Il nuovo diritto fallimentare*, cit., I, p. 43.

⁸ A differenza di quanto è accaduto in altri ordinamenti europei, ad esempio quelli francese, britannico, tedesco, olandese, per i quali riferimenti in *Legge n. 3 del 27.01.2012. Prime analisi ed osservazioni*, a cura del Gruppo di lavoro “Sovraindebitamento” della Commissione Arbitrato e Conciliazione dell'Ordine dei Dottori Commercialisti e degli Esperti Contabili di Roma, 2 maggio 2012, 8-26. Circa le scelte degli altri ordinamenti, cfr. altresì GIRONE, *Il tentativo del legislatore italiano di allinearsi agli ordinamenti internazionali con il provvedimento in materia di «sovraindebitamento» dei soggetti non fallibili, nonché interventi in materia di usura ed estorsione (disegno di legge C. 2364)*, in *Dir. fall.*, 2009, II, p. 819-820, dove la distinzione fra paesi di marca conservatrice, paesi più moderati e paesi di area progressista, in funzione delle scelte politiche effettuate in materia di cancellazione dei debiti dei consumatori; PENAS MOYANO, PORRINI, *Il sovraindebitamento delle famiglie: il rimedio del fallimento del debitore e l'esperienza spagnola*, in *www.side-isle.it*.

La Fondazione dei Dottori Commercialisti e degli Esperti Contabili di Firenze ha diffuso una *Guida operativa* sui procedimenti di composizione delle crisi da sovraindebitamento, nella quale sono indicati i passaggi operativi e i conseguenti adempimenti, disponibile sul sito internet della Fondazione.

di composizione della crisi da sovraindebitamento costituisce uno strumento utile ed opportuno non solo per il debitore, termine in cui si devono intendere ricompresi i singoli consumatori, le famiglie e le imprese cc.dd. minori, ma anche e soprattutto per il creditore, dal momento che le procedure individuali esecutive difficilmente riescono ad assicurare una reale ed efficace funzione di tutela dei loro interessi⁹.

2. È in questo quadro che si è inserita la menzionata l. n. 3 del 2010, alla quale è toccato il merito di aver offerto ai soggetti esclusi dal fallimento (per motivi quantitativi o qualitativi) una procedura di gestione delle crisi che aveva la caratteristica di essere valida indifferentemente per tutte le tipologie di debitori e di impegnare solo i creditori aderenti all'accordo, nel rispetto di maggioranze prefissate. Si è così colmata una lacuna legislativa¹⁰, mettendo insieme soggetti del tutto eterogenei, unificati nella procedura di risanamento cui vengono ammessi¹¹. «L'opzione 'generalista' per così dire, con il soggetto avente titolo ad accedere alla "procedura" che viene definito soltanto in negativo va apprezzata e costituisce dunque un merito del legislatore, venendo meno in tal modo una serie di non semplici questioni, postesi nell'applicazione della normativa speciale a tutela dei consumatori, a cominciare ad esempio da quelle che avrebbe posto la stessa definizione del soggetto "consumatore" (è sufficiente ricordare, ad esempio, il caso ricorrente del concorso, nella stessa persona, della condizione di consumatore e professionista e dei criteri valorizzati, da dottrina e giurisprudenza, per stabilire la prevalenza, ai fini dell'applicabilità della disciplina speciale)»¹². E ancora: non sarebbe «auspicabile una opzione legislativa, in via di modifica della l. n. 3 del 2012, che tenda a contemplare una procedura riservata al consumatore¹³, proprio a ragione delle difficoltà operative rammentate dall'a.

⁹ GHIA, *Il debitore civile ed il procedimento per la composizione della crisi da sovraindebitamento*, in *Trattato delle procedure concorsuali*, diretto da Ghia, Piccininni, Severini, vol. I: *La dichiarazione di fallimento*, Torino, 2010, p. 261.

¹⁰ DI MARZIO, *Una procedura per gli accordi in rimedio del sovraindebitamento*, in *Composizione della crisi da sovraindebitamento*, a cura di Di Marzio, Macario e Terranova, Milano, 2012, p. 11.

¹¹ Sulla individuazione "in negativo" dei soggetti ammessi alla procedura di composizione delle crisi di sovraindebitamento cfr. le osservazioni di FERRI jr, *Sovraindebitamento, piccoli imprenditori e imprese piccole*, in *Riv. dir. comm.*, 2012, I, p. 423.

¹² MACARIO, *Finalità*, in *Composizione della crisi da sovraindebitamento*, cit., p. 18.

¹³ CORDOPATRI, *Presupposti di ammissibilità*, in *Composizione della crisi da sovraindebitamento*, cit., p. 25.

poco sopra citato. Se quindi «è indubbio che la qualità organizzativa dell'attività del soggetto consumatore, nei termini dei suoi rapporti giuridici, resta assai diversa, e scarsamente comparabile, rispetto a quella, ben più complessa ed orientata al rischio, del debitore imprenditore, ancorché sottosoglia riguardo all'art. 1, co. 2, l.f.», è altrettanto indubitabile come la soluzione legislativa, «in un compromesso tra aspirazione ad una regolazione ordinata di un'esecuzione universalistica e prospettiva di limitata esdebitazione (...), permetta di tenere insieme crisi d'impresa e crisi del consumatore, con il vantaggio di sottrarsi, per la semplicità di riscontro dei presupposti oggettivi, ad un altrimenti concreto rischio di *impasse*»¹⁴.

Questa caratteristica della l. n. 3 del 2012¹⁵ è stata oggetto di modifica da parte del legislatore successivo (d.l. 18 ottobre 2012, n. 179, convertito con modificazioni dalla l. 17 dicembre 2012, n. 221) che ha disegnato più di una procedura di gestione del sovraindebitamento e una propria dei consumatori, destrutturando così quell'unicità nel trattamento dei «soggetti non fallibili» dianzi predicata dal dettato normativo. Nell'entrare nel merito della normativa modificata, essa delinea tre procedimenti, simili fra loro ma pur diversi per qualche passaggio o per la specificità di chi può attivarli, vale a dire:

- a) un accordo di ristrutturazione dei debiti raggiunto con i creditori rappresentanti almeno il 60% dei crediti;
- b) un piano del consumatore per i suoi debiti;
- c) una procedura alternativa di liquidazione dei beni, della durata di quattro anni.

Prima di esaminare brevemente queste procedure, occorre dire che i soggetti destinatari sono individuati con una formulazione – redatta invero «in modo un po' grossolano»¹⁶ e che «non appare del tutto felice»¹⁷ – che si riferisce a quelle situazioni di sovraindebitamento «non soggette

¹⁴ FERRO, *L'insolvenza civile*, cit., p. 53-54.

«Il legislatore non fissa parametri, dimensioni, qualità né del soggetto, né della massa debitoria puntando sulla confezione di un "abito" che dovrebbe adattarsi a diverse misure e distinti ambiti» PACCHI, *Il sovraindebitamento. Il regime italiano*, in *Riv. dir. comm.*, 2012, I, p. 694.

¹⁵ Per un commento alla legge prima della modifica, oltre ai lavori già menzionati, si rinvia ai contributi raccolti nel numero monografico di *Fallimento*, n. 9/2012.

¹⁶ MACARIO, *Finalità*, cit., p. 18.

¹⁷ GUIOTTO, *La nuova procedura per l'insolvenza del soggetto non fallibile: osservazioni in itinere*, in *Il fallimento*, 2012, p. 22.

né assoggettabili a procedure concorsuali diverse da quelle regolate nel presente capo» (art. 6, comma 1): infatti, a essere sottoposti alla procedura non sono le situazioni ma quei debitori che non sono ammessi alle altre procedure concorsuali¹⁸. Ferma restando la critica sulla sciatteria definitoria, la versione attuale pone in evidenza come anche le procedure di cui alla legge in commento sono da considerarsi concorsuali, dal momento che esse coinvolgono tutti i creditori.

Quanto alla nozione di sovraindebitamento, essa è definita come «la situazione di perdurante squilibrio tra le obbligazioni assunte e il patrimonio prontamente liquidabile per farvi fronte, che determina la rilevante difficoltà di adempiere le proprie obbligazioni, ovvero la definitiva incapacità di adempierle regolarmente». Detta nozione «attraversa orizzontalmente l'intero arco della tutela civile dei diritti: l'area da "coprire", infatti, va dalla considerazione della capacità di indebitamento quale variabile da apprezzare preventivamente – ma oltre una valutazione meramente quantitativa e calibrata *hic et nunc* – sino alla fase più drammatica in cui il creditore o più creditori abbiano già azionato gli strumenti che sono loro concessi per la soddisfazione coattiva delle proprie pretese»¹⁹. Ancora: il sovraindebitamento travalica la distinzione fra insolvenza civile e insolvenza commerciale, poiché si coniuga sia per imprenditori, sia per soggetti che imprenditori non sono. La definizione fatta propria dal legislatore è «comprensibilmente basata su una visione "statica" delle condizioni economiche in cui versa il debitore, dovendo riguardare il debitore comune e comunque l'intera classe dei debitori, ad eccezione di quelli fallibili»²⁰ e sembra individuare la figura

¹⁸ «In realtà rimane, a mio avviso, la possibilità di un imprenditore fallibile in stato d'insolvenza sia escluso sia dalle procedure previste dalla legge fallimentare che dalla procedura di composizione della crisi ex l. 3/2012. Ciò avviene quando – ai sensi dell'art. 15, co. 9, l. fall. – "l'ammontare dei debiti scaduti e non pagati risultanti dagli atti dell'istruttoria prefallimentare è complessivamente inferiore a euro trentamila". In tal caso la legge prevede che, nonostante il tribunale abbia accertato la sussistenza dei presupposti oggettivo e soggettivo per dichiarare il fallimento, non si faccia luogo alla dichiarazione. Il soggetto rimane però fallibile e quindi rimane escluso dalla procedura di composizione della crisi»: PACCHI, *Il sovraindebitamento*, cit., p. 698.

¹⁹ MODICA, *Profili giuridici del sovraindebitamento*, Napoli, 2012, p. 136.

²⁰ MACARIO, *Finalità*, cit., p. 19.

È anche vero però che proprio l'unitarietà cui tende la nozione di sovraindebitamento risulta ostacolata dalla intrinseca diversità fra insolvenza civile (del consumatore) e insolvenza commerciale (del piccolo imprenditore): «mentre l'insolvenza civile manifesta un carattere essenzialmente patrimoniale, invece l'insolvenza commerciale tradisce una

«sia nello stato di insolvenza in senso proprio sia nel (semplice) deficit patrimoniale»²¹: facendo capo alla nozione di «squilibrio», si avvicina «alla valutazione di tipo finanziario dell'incapacità del debitore (di adempiere), mentre il legislatore – memore, probabilmente, di quanto già accaduto in materia di concordato preventivo nel 2005, ossia dopo il primo episodio della 'trilogia' della riforma della legge fallimentare, con l'esigenza di intervenire per chiarire il rapporto tra insolvenza e crisi in termini di equipollenza (ai fini dell'accesso alla procedura) – ritiene opportuno aggiungere comunque, ad evitare formalistiche disquisizioni sulla sussistenza dei requisiti preliminari di accesso, l'insolvenza come incapacità di adempiere con regolarità»²². Insomma, alla procedura *de qua* i soggetti ammessi possono aderire sia se in situazione di crisi, sia se in situazione di insolvenza, così ripetendo un copione già visto nella interpretazione, appunto, del termine «stato di crisi», evocato dagli accordi di ristrutturazione dei debiti²³.

cifra schiettamente finanziaria (ciò che si usa anche dire affermando la natura “statica” della responsabilità patrimoniale civile e la natura “dinamica” della responsabilità patrimoniale commerciale): DI MARZIO, *Sulla composizione negoziata delle crisi da sovraindebitamento (note a margine dell'AC n. 2364)*, in *Dir. fall.*, 2010, I, p. 662.

²¹ NIGRO, *Il nuovo procedimento di composizione delle crisi da sovraindebitamento*, in *Dir. banc.*, 2008, I, p. 5.

²² Così MACARIO, *Finalità*, cit., p. 20.

²³ Se questa sembra essere la conclusione più piana e accettabile, vale la pena osservare che l'interpretazione che qualifica la prima delle due situazioni di cui alla definizione legislativa come stato di crisi, trova un'obiezione nella circostanza che lo squilibrio patrimoniale debba essere «perdurante», aggettivo che potrebbe essere inteso come continuo, se non definitivo, tale cioè da non lasciare spazio alla temporaneità che è tipica di una situazione di crisi, per sé reversibile e, quindi, non perdurante ma valutabile come limitata in un arco temporale più o meno lungo. Non necessariamente quindi anche sotto questo aspetto l'interpretazione si appalesa come univoca, non essendo sicuro che alla procedura possono accedere sia i debitori in difficoltà temporanea sia i debitori insolventi, perché «nell'endiadi di cui alla disposizione gli aggettivi “perdurante” e “definitiva” si muovono secondo una parallela ed evidente intenzionalità delimitatrice ed entrambi assolvono ad un compito selettivo, onde evitare che, con un accesso indiscriminato alla procedura, ogni debitore giochi la carta della legge in commento impegnando risorse giudiziarie e procurandosi vantaggi di blocco delle iniziative dei creditori sulla base di un presupposto fittizio, cioè di gravità dello squilibrio o di crisi finanziaria non assoluti e conclamati» (FERRO, *L'insolvenza*, cit., p. 67-68).

Un'altra osservazione riguarda il patrimonio «prontamente liquidabile», nel senso che se, astrattamente, tutti i beni sono liquidabili, qui rilevano solo quelli agevolmente monetizzabili (MACARIO, *Finalità*, cit., p. 20), esclusi cioè i beni divisibili o le *res litigiosae*: «non è tuttavia del tutto da escludere una interpretazione che schiuda alla considerazione delle risorse del debitore comprensiva delle esigenze primarie: col che “patrimonio

Ciò posto circa la preferibile nozione di sovraindebitamento da accogliere, va anche rammentato che l'iniziativa per l'avvio delle procedure che di seguito si illustreranno è in capo al solo debitore e che non sono contemplate, nella legge, né prove né valutazioni delle stesse in ordine alla ricorrenza della situazione di sovraindebitato dell'istante²⁴. Pur prendendo atto di tutto ciò, non è mancato chi ha ritenuto come non si possa escludere «che una prima fase, snella e sommaria, possa esaurirsi in un diniego di avvio della procedura: per mancato soddisfacimento dei requisiti di cui agli artt. 7, [8] e 9, precisa l'art. 10, ma in realtà con estensione logica anche al sovraindebitamento, condizione oggettiva attinente allo stato in cui versa il debitore, inquadrata nell'art. 6»²⁵. In verità, una simile conclusione (fondata sul «non poter escludere») apparirebbe con più sicurezza asseverata laddove il legislatore avesse imposto un minimo di corredo probatorio al debitore istante (il che sarebbe stato coerente con la volontà legislativa di evitare che della procedura si faccia un uso improprio), che invece manca totalmente: ciò giustifica, anche in punto di diritto oltre che di fatto, l'argomento – concreto, ma dirimente – di chi considera assai improbabile che possa essere il giudice, unico astrattamente legittimato, a sollevare *in limine* l'eccezione dell'assenza del sovraindebitamento²⁶. Piuttosto, saranno «i creditori destinatari della proposta, chiamati a decidere se diventare o non parti dell'accordo proposto dal debitore “sovraindebitato”, gli unici a poter (e dover) esprimere la loro valutazione sulla meritevolezza della situazione del debitore, ai fini della conclusione del contratto che prelude all'attivazione della procedura; non si vede la ragione, pertanto, di pretendere che il Tribunale svolga un rigoroso controllo sulla sussistenza dei presupposti (...) rimanendo allo stesso comunque la decisione in sede di omologazione, alla luce degli altri elementi nel frattempo acquisiti»²⁷.

L'altra definizione recata dal comma 1 dell'art. 6, quella di consuma-

prontamente liquidabile” potrebbe intendersi quello al netto dei cespiti indispensabili al sostentamento, fino, per esempio, alla esenzione dal computo della casa di abitazione (e sembrerebbe deporre in tal senso l'allegazione dell'elenco delle spese proprie e dei propri familiari alla proposta di accordo)» (MODICA, *Profili*, cit., p. 351).

²⁴ FERRO, *L'insolvenza*, cit., p. 60-61.

²⁵ FERRO, *L'insolvenza*, cit., p. 58.

²⁶ MACARIO, *Finalità*, cit., p. 20; FABIANI, *La gestione del sovraindebitamento del debitore “non fallibile” (D.L. 212/2011)*, in *www.ilcaso.it*, sez. II, 2 gennaio 2012 (doc. n. 278/2012), p. 6.

²⁷ MACARIO, *Finalità*, cit., p. 20-21.

tore, è in linea con quella propria del codice del consumo (art. 3, comma 1, lett. a), anche se lessicalmente meno completa, poiché l'estraneità dell'obbligazione assunta è declinata come estranea all'attività imprenditoriale o professionale eventualmente svolta, e non anche all'attività commerciale e artigianale, come accade invece nel menzionato codice.

3. La disciplina delle due prime procedure è esposta in un unico contesto, mentre alla terza sono dedicati, “in esclusiva”, gli articoli dal 14-*ter* a- 14-*terdecies*. L'art. 7 stabilisce i presupposti di ammissibilità per avviare le procedure, il primo dei quali, al di là dello stato di sovraindebitamento, è la predisposizione, a iniziativa del debitore, come si è accennato, di un piano che – oltre ad assicurare il regolare pagamento dei crediti impignorabili ai sensi dell'art. 545 c.p.c. e il pagamento integrale, seppure dilazionato, dei tributi costituenti risorse proprie dell'Unione europea – preveda le scadenze e le modalità di pagamento dei creditori, che possono essere suddivisi in classi: «la mancata menzione dei cosiddetti creditori estranei induce a ritenere ragionevolmente che la procedura *de qua* abbia ormai assunto i connotati di una procedura concordataria. Si tratta ora di accordo comunque vincolante per tutti i creditori»²⁸. Aggiunge la norma che è possibile prevedere che i crediti muniti di privilegio, pegno o ipoteca possono non essere soddisfatti integralmente, purché ne venga assicurato il pagamento in misura non inferiore a quella realizzabile, in ragione della collocazione preferenziale sul ricavato in caso di liquidazione, avuto riguardo al valore di mercato attribuibile ai beni o ai diritti sui quali insiste la causa di prelazione, come attestato dagli organismi di composizione della crisi. Questa previsione – che riecheggia quella di cui all'art. 160, comma 2, l. fall., propria del concordato preventivo e degli accordi di ristrutturazione – rende ragione della possibilità del piano di segmentare i creditori in classi ed anche se la disposizione in commento nulla dice in proposito, è coerente con il sistema ritenere che dette classi debbano rispecchiare la natura giuridica e gli interessi economici omogenei dei creditori, come dispone ancora il richiamato art. 160, comma 1, lett. c). La decurtazione eventuale del credito privilegiato vale ai fini di considerare il relativo creditore come abilitato a votare in sede di approvazione del piano, ma «si tratta di una decurtazione parziale *ope legis*, da non equiparare alla rinuncia parziale convenzionale e, pertanto, si tratta di appurare se il regime

²⁸ CORDOPATRI, *Presupposti*, cit., p. 23.

della formazione della maggioranza sia assimilabile a quello proprio della rinuncia parziale volontaria o invece sia da ragguagliare al regime probatorio della riduzione coattiva della prelazione»²⁹.

Per contro, inammissibile è la proposta quando il debitore (impresa o consumatore che sia):

a) è soggetto a procedure concorsuali diverse da quelle regolate dalla legge: è evidente che manca il presupposto soggettivo;

b) ha fatto ricorso, nei precedenti cinque anni, ai procedimenti di cui alla legge³⁰;

c) ha subito, per cause a lui imputabili, uno dei provvedimenti di cui agli artt. 14 (impugnazione e risoluzione dell'accordo) e 14-*bis* (revoca e cessazione degli effetti dell'omologazione del piano del consumatore): qui l'inammissibilità diventa punitiva per immeritevolezza intrinseca del soggetto;

d) ha fornito documentazione che non consente di ricostruire compiutamente la sua situazione economica e patrimoniale e quindi di stabilire la situazione di sovraindebitamento, presupposto oggettivo delle procedure in esame.

Nella precedente versione della legge vi era una indicazione formale di ipotesi di inammissibilità ridotta rispetto a ora, venendo richiamata quella *sub a*) e quella *sub b*), relativa alla "recidività" del debitore, che diveniva rilevante però con tre anziché, come ora, con cinque anni. Quest'ultima condizione di inammissibilità – funzionale a «disincentivare comportamenti opportunistici (il c.d. "*moral hazard*") da parte di debitori che, mediante un accesso reiterato e patologico alla procedura, ricercino un'abusiva forma di liberazione da obbligazioni contratte disinvoltamente e senza adeguate valutazioni sulla propria capacità di rimborso»³¹ – ricorda quella che, in materia tutto sommato analoga, il legislatore ha posto per l'esdebitazione, che viene negata a chi «abbia

²⁹ CORDOPATRI, *Presupposti*, cit., p. 24.

³⁰ V'è peraltro osservato come il riferimento dovrebbe essere a tutte le procedure e strumenti di composizione della crisi e non solo a quelle di cui alla l. n. 3/2012: «In verità parrebbe strano poter ammettere un imprenditore che sia già stato sottoposto a un concordato preventivo o a un accordo *ex art.* 182-*bis* rispondendo in quel momento ai parametri di fallibilità di cui all'art. 1 l. fall. (che successivamente sono stati "perduti") ed escludere chi abbia utilizzato il procedimento per la composizione del sovraindebitamento» (PACCHI, *Il sovraindebitamento*, cit., p. 699).

³¹ GUIOTTO, *La nuova procedura per l'insolvenza del soggetto non fallibile*, in *Il fallimento*, 2012, p. 23.

beneficiario di altra esdebitazione nei dieci anni precedenti la richiesta» (art. 142, comma 1, n. 4, l. fall.). A quest'ultimo riguardo è stato segnalato che «sarebbe stato più opportuno delimitare il periodo di “buona condotta imprenditoriale” con riferimento alla data del nuovo fallimento e non a quella successiva della nuova richiesta di esdebitazione in quanto viene calcolata nel decennio anche la durata della procedura all'esito della quale il beneficio viene concesso»³². Sempre a questo proposito è stato osservato che il decennio risponde all'intento di limitare il pericolo di un abuso dell'istituto da parte di chi, ad esempio, «intenda eludere la garanzia di cui all'art. 2740 c.c. ricorrendo al tempestivo fallimento ed alla successiva esdebitazione, proprio al fine di sottrarre ai creditori beni che si sa di dover apprendere in futuro»³³.

Alla disciplina dell'esdebitazione e al confronto con quella qui in esame si sono rivolti i primi commentatori di quest'ultima, proprio osservando come il termine di cui alla versione originaria della l. n. 3 del 2012, ridotto a tre anni rispetto ai dieci per l'esdebitazione, induce il rischio di comportamenti opportunistici, volti a creare, anziché «esdebitati abituali»³⁴, «una vera e propria professione della procedura per sovraindebitamento»³⁵: per cui vi è chi, pur riconoscendo il rischio di recidiva più apparente che reale, auspica un innalzamento del triennio a cinque anni³⁶, auspicio, come si vede, accolto dal legislatore. In questo argomentare vi è l'eco della dialettica sorta in tema di esdebitazione, fra chi cioè vede in essa un valore da perseguire, seppur con cautela³⁷, e

³² ZANICHELLI, *La nuova disciplina*, cit., p. 384.

È indubbio infatti che il *dies ad quem* per legge è il giorno della presentazione della domanda al Tribunale e quello *a quo* è il giorno in cui la precedente esdebitazione è divenuta definitiva: cfr. PAJARDI, PALUCHOWSKI, *Manuale di diritto fallimentare*⁷, Milano, 2008, p. 731, nt. 13.

³³ GHIA, *L'esdebitazione*, in *Trattato delle procedure concorsuali*, diretto da Ghia, Piccininni, Severini, vol. IV: *Il superamento della crisi e la conclusione delle procedure*, Torino, 2011, p. 189.

³⁴ PAJARDI, PALUCHOWSKI, *Manuale*, cit., p. 731.

³⁵ CORDOPATRI, *Presupposti*, cit., p. 26.

³⁶ FABIANI, *La gestione*, cit., p. 5. È evidente che l'auspicato innalzamento andrebbe incontro, oltre che agli interessi del ceto creditorio, anche a quelli della collettività, se è vero che «gli usi spregiudicati della procedura potrebbero portare, fra non molto tempo, ad un innalzamento del costo del denaro»: CORDOPATRI, *Presupposti*, cit., p. 26.

³⁷ STANGHELLINI, *Fresh start: implicazioni di policy*, in *AGE*, 2004, 2, p. 445: «in altre parole, il *fresh start* è un bene parzialmente o totalmente *extra commercium*: non lo si può comprare sul mercato o negoziare con il creditore, ma lo si può solo ricevere dallo Stato come clausola integrativa del contratto di prestito».

chi, al contrario, la considera come un costo da sopportare solo a determinate condizioni e in presenza di adeguate contropartite³⁸.

Anche la questione della decorrenza (iniziale e finale) del termine ha attirato l'attenzione dei primi commentatori, dovendosi individuare la data di chiusura della precedente procedura e la data in cui si va ad aprire quella nuovamente invocata. Al riguardo, è sembrato corretto ritenere che la prima procedura possa considerarsi chiusa, in via di principio e salve le ipotesi di chiusura "anomale" di cui all'art. 14 e ss. della l. n. 3 del 2012, «dalla data in cui viene effettuato il soddisfacimento di tutte le obbligazioni così dei creditori che abbiano aderito all'accordo, così dei creditori che ne siano rimasti estranei» e che il termine *ad quem* possa individuarsi «nella data di presentazione del ricorso»³⁹.

Il piano può altresì prevedere l'affidamento del patrimonio del debitore a un gestore per la liquidazione, la custodia e la distribuzione del ricavato ai creditori, nominato dal giudice e individuato in un professionista che abbia i requisiti necessari per ricoprire l'incarico di curatore fallimentare. Il gestore, diversamente dal fiduciario contemplato dal testo previgente, ha la professionalità predeterminate ed è nominato dal giudice, circostanze entrambe che spingono ad apparentare la procedura *de qua* a quelle concorsuali. Al gestore è inibita ogni funzione dispositiva, essendogli attribuita quella di amministrare e conservare il patrimonio, attività che egli deve presumibilmente porre in essere di conserva con il giudice.

L'ultimo comma dell'art. 7, disponendo che anche l'imprenditore agricolo sovraindebitato può proporre un accordo di composizione della crisi, risolve una questione che si era agitata sotto il vigore della precedente versione della legge in esame, che non conteneva alcun riferimento alla figura di questo imprenditore. Infatti, la inclusione di costui fra i soggetti che possono utilizzare la procedura di sovraindebitamento doveva tener conto della circostanza che gli imprenditori agricoli – esonerati (seppure fra tante perplessità della dottrina) dal fallimento – sono

³⁸ NIGRO, *L'insolvenza delle famiglie nel diritto italiano*, in *Dir. banc.*, 2008, I, p. 198-199: l'esdebitazione «concreta un costo, individuale e collettivo: individuale, perché si traduce in una perdita "secca" per i creditori, e collettivo, perché, ponendo in crisi principi fondamentali in termini di responsabilità e di garanzia patrimoniale, genera spinte "correttive", in termini per esempio di aumento generalizzato del costo del credito. L'esdebitazione, quindi, non si autogiustifica: ma ha bisogno di essere sorretta da ragioni specifiche o, se si preferisce, di trovare delle contropartite».

³⁹ CORDOPATRI, *Presupposti*, cit., p. 26-27.

stati specificamente abilitati a utilizzare il procedimento si cui all'art. 182-*bis* l. fall. (cfr. il d.l. 6 luglio 2011, n. 98, convertito, con modificazioni, dalla legge 15 luglio 2011, n. 111). A motivo di ciò, «a una prima lettura si potrebbe affermare che la PCC [Procedimento per la Composizione delle Crisi da sovraindebitamento] non è attivabile dagli imprenditori agricoli in quanto per questi è prevista, con connotati di evidente specialità, la disposizione additiva di cui all'art. 182-*bis* l. fall. (che contiene anche l'estensione all'imprenditore agricolo della transazione fiscale). Tuttavia, prima di confermare questa impressione, è doveroso ricordare che la PCC e gli accordi di ristrutturazione presentano sì taluni profili di somiglianza ma anche non marginali profili di differenziazione»⁴⁰. Nonostante queste perplessità, l'a. ora citato conclude – unanimemente ai primi commentatori della disposizione⁴¹ – per ritenere compresi gli imprenditori agricoli fra i debitori che possono utilizzare la procedura di sovraindebitamento. L'ultimo comma del vigente art. 7, perciò, non fa che concludere le conclusioni cui era giunta la dottrina.

Sempre in ragione del suo carattere “introduttivo” l'art. 7, al comma 1-*bis*, dispone che, fermo il diritto di utilizzare l'accordo di cui sopra, «il consumatore in stato di sovraindebitamento può proporre, con l'ausilio degli organismi di composizione della crisi (...), un piano contenente le previsioni di cui al comma 1», cioè quelle proprie della procedura già esaminata. Al consumatore viene quindi offerta l'opzione fra due alternative, fra le quali la differenza più evidente è che la procedura di apprestamento del piano non richiede, a differenza dell'altra, l'accordo con i creditori: è il giudice a decidere se il consumatore merita di essere ammesso alla procedura. Per il resto, come si vedrà, le due procedure non presentano grandi differenze, tanto da far dubitare i primi commentatori sulla opportunità di una simile differenziazione.

4. Ancora con riferimento al contenuto dell'accordo o del piano, va detto che il comma 1 dell'art. 8 lascia ampi margini di libertà al debitore circa la via da percorrere per giungere alla proposta di accordo, purché requisiti indefettibili siano la ristrutturazione dei debiti e la soddisfazione dei crediti, perseguiti anche attraverso la cessione di crediti futuri: la scelta operata dalla novella di sostituire la dizione di “redditi futuri” con

⁴⁰ FABIANI, *La gestione*, cit., p. 4.

⁴¹ GUIOTTO, *La nuova procedura*, cit., p. 23; NIGRO, *Il nuovo procedimento*, cit., p. 4-5; MODICA, *Profili*, cit., p. 330.

quella più generica di “crediti futuri” evoca le controversie generatesi sul punto in tema di opponibilità della cessione⁴² e gli «orientamenti giurisprudenziali sviluppatasi in materia saranno di ausilio nelle procedure di composizione delle crisi da sovraindebitamento»⁴³.

Ove i beni del debitore non siano sufficienti a garantire la fattibilità dell'accordo o del piano, «la proposta deve essere sottoscritta da uno o più terzi che consentono il conferimento, anche in garanzia, di redditi o beni sufficienti per assicurarne le fattibilità» (comma 2). Il conferimento può avere effetto sia solutorio sia di garanzia e i terzi divengono così parti dell'accordo o del piano e a loro vincolo deve ritenersi apposta la condizione sospensiva costituita dalla relativa omologazione.

Nella proposta di accordo (e quindi non anche nel piano del consumatore) possono essere indicate «eventuali limitazioni all'accesso al mercato del credito al consumo, all'utilizzo degli strumenti di pagamento elettronico a credito e alla sottoscrizione di strumenti creditizi e finanziari»: «la *ratio* della disposizione deve rinvenirsi nella volontà di offrire ai creditori, chiamati a prestare il proprio consenso alla proposta, una rappresentazione il più possibile fedele della situazione patrimoniale del debitore. La norma, lungi dal perseguire un intento sanzionatorio, appare, dunque, coerente con le esigenze di tutela del ceto creditorio nonché di moralizzazione del credito nell'ottica della costruzione di un sistema di credito più responsabile, indispensabile in tempi di crisi economico-finanziaria»⁴⁴.

Completando quanto si è osservato al § 3 a proposito dei creditori forniti di causa di prelazione, v'è da aggiungere che nel piano del consumatore e nella proposta di accordo con continuazione dell'attività di impresa, si può «prevedere una moratoria fino ad un anno dall'omologazione per il pagamento dei creditori muniti di privilegio, pegno o ipoteca, salva che sia prevista la liquidazione dei beni o diritti sui quali sussiste la causa di prelazione».

Compilati la proposta o il piano, essi vengono depositati presso il

⁴² TRENTINI, *Revocabilità ed inefficacia della cessione di crediti futuri* (nota a Cass., 31 agosto 2005, n. 17590), in *Il fallimento*, 2006, p. 544; TUCCI, *L'efficacia della cessione di crediti futuri riguardo ai terzi: una decisione innovativa della corte di cassazione* (nota a Cass., 26 ottobre 2002, n. 15141), in *Giur. it.*, 2003, p. 636; MACARIO, *Trasferimento del credito futuro ed efficacia verso i terzi: lo «stato dell'arte» (di giudicare)*, in *Riv. dir. priv.*, 2000, p. 437; TROIANO, *La cessione di crediti futuri*, Padova, 1999.

⁴³ CORDOPATRI, *Presupposti*, cit., p. 28.

⁴⁴ CORDOPATRI, *Presupposti*, cit., p. 29.

tribunale con una serie di documenti⁴⁵, nell'un caso, del luogo di residenza o sede principale del debitore e, nell'altro, del luogo dove ha la residenza il consumatore. La procedura (di cui all'art. 9) vede il coinvolgimento attivo dell'organismo di composizione della crisi e la presentazione, insieme alla proposta e al piano, di una serie di documenti. In particolare, al piano deve accompagnarsi una relazione particolareggiata del predetto organismo che deve contenere:

- a) l'indicazione delle cause dell'indebitamento e della diligenza impiegata dal consumatore nell'assumere volontariamente le obbligazioni;
- b) l'esposizione delle ragioni dell'incapacità del debitore di adempiere le obbligazioni assunte;
- c) il resoconto sulla solvibilità del consumatore negli ultimi cinque anni;
- d) l'indicazione della eventuale esistenza di atti del debitore impugnati dai creditori;
- e) il giudizio sulla completezza e attendibilità della documentazione depositata dal consumatore a corredo della proposta, nonché sulla probabile convenienza del piano rispetto all'alternativa liquidatoria.

Per il piano del consumatore l'«attestazione sulla fattibilità» prevista per la proposta viene sostituita da una vera e propria relazione dell'organismo di composizione della crisi: anche a questo riguardo la procedura si rifa a quanto previsto per il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione *ex art. 182-bis*: «al pari di quanto dottrina e giurisprudenza hanno sottolineato con riferimento ai due istituti da ultimo richiamati, è innegabile che anche per la nuova procedura di composizione della crisi da sovraindebitamento la relazione sulla fattibilità dell'accordo o del piano, comprensiva anche dell'attestazione sulla veridicità dei dati, ha un'importanza cruciale per il buon esito della procedura, avendo lo scopo di fornire al ceto creditorio tutte le informazioni e tutti gli elementi necessari per la consapevole valutazione sulla convenienza della soluzione proposta per la composizione della crisi da sovraindebitamento»⁴⁶.

⁴⁵ «Tale documentazione risponde ad una duplice finalità: a) da un lato, dimostrare le risorse del debito e con le quali egli intende intraprendere il percorso di risanamento (in tal senso le dichiarazioni dei redditi degli ultimi tre anni); b) dall'altro lato, palesare i debiti che devono essere soddisfatti (in tal senso la documentazione relativa a somme dovute, beni del debitore ed atti di disposizione compiuti da questi negli ultimi cinque anni»: GIOVETTI, *Il procedimento di composizione della crisi da sovraindebitamento* (l. 27 gennaio 2012, n. 3), in *www.giustiziapiemonte.it*, 10.

⁴⁶ QUARTICELLI, *Il deposito*, cit., p. 32.

Il deposito della proposta o dell'accordo o del piano sospende, ai soli effetti del concorso, il corso degli interessi convenzionali o legali, a meno che i crediti non siano garantiti da ipoteca, da pegno o privilegio: «si tratta di un effetto *ex lege*, che prescinde dal vaglio e da un provvedimento del giudice»⁴⁷.

5. La procedura prosegue, dopo il deposito della proposta o del piano, con l'ammissione (art. 10), realizzata a seguito di apposito decreto del giudice, che, fra l'altro, contiene il divieto, sino al momento in cui il provvedimento di omologazione diviene definitivo e sotto pena di nullità, di iniziare o proseguire azioni esecutive individuali, di disporre sequestri conservativi, di acquistare diritti di prelazione sul patrimonio del debitore da parte di creditori aventi titolo o causa anteriore; la sospensione non opera nei confronti dei titolari di crediti impignorabili. Questa disposizione si ispira alla regola generale contenuta nell'art. 51 l. fall. e richiamata per il concordato preventivo nell'art. 168 l. fall.⁴⁸. A decorrere dalla data del provvedimento di ammissione e sino a quella del provvedimento di omologazione, gli atti eccedenti l'ordinaria amministrazione compiuti senza l'autorizzazione dal giudice sono inefficaci rispetto ai creditori anteriori al momento in cui è stata data pubblicità al decreto. Anche questa disposizione (comma 3-*bis* dell'art. 10) ha matrice concordataria, richiamando l'art. 167 l. fall., il cui comma 2 elenca gli atti tipici della straordinaria amministrazione. A mo' di conclusivo commento dell'art. 10, ma è osservazione che ben si attaglia anche ad altri articoli della procedura di sovraindebitamento, è stato affermato che le modifiche apportate a detto articolo dalla novella «confermano la natura di concordato dell'istituto dell'accordo sulla composizione della crisi da sovraindebitamento»⁴⁹.

Il raggiungimento dell'accordo (art. 11) per la proposta del debitore diverso dal consumatore si realizza attraverso i voti dei creditori, da far pervenire all'organismo di composizione della crisi: in mancanza del voto. «si ritiene che abbiano prestato consenso alla proposta nei termini in cui è stata loro comunicata». L'accordo, per consentire l'omologazione, deve essere raggiunto con i creditori rappresentanti almeno il 60% dei

⁴⁷ QUARTICELLI, *Il deposito*, cit., p. 33.

⁴⁸ IVONE, *L'ammissione alla procedura*, in *La "nuova" composizione della crisi di sovraindebitamento*, cit., p. 35.

⁴⁹ IVONE, *L'ammissione*, cit., p. 37.

crediti; ai fini della votazione, i creditori muniti di privilegio, pegno o ipoteca, dei quali la proposta preveda l'integrale pagamento, non sono computati per il raggiungimento della maggioranza e non hanno diritto a esprimersi sulla proposta, salvo che non rinuncino in tutto o in parte al diritto di prelazione⁵⁰: quest'ultima disposizione si lega alle considerazioni svolte in precedenza al § 3. Quel che emerge è che dell'accordo si usa qui solo la parola, perché, come si vedrà, la proposta omologata vincola anche i dissenzienti, sicché l'accordo è in realtà una mera deliberazione maggioritaria: di qui la conseguenza dell'applicazione della regola della *par condicio creditorum*, che si declina nell'obbligo per il debitore dell'eguale trattamento di tutti i creditori chirografari, fatta salva la formazione di classi, nonché nell'obbligo del pagamento integrale e in denaro dei crediti muniti di prelazione, ancorché nei limiti del valore del bene oggetto di garanzia (cfr. art. 11, comma 2). «Questa fondamentale conseguenza rende evidente l'importanza di inquadrare correttamente l'istituto in esame non tra i contratti ma tra le procedure concorsuali a deliberazione maggioritaria, evitando di cadere in errore a causa della terminologia utilizzata dal legislatore»⁵¹.

Il comma 3 dell'art. 11 stabilisce che l'accordo non pregiudica i diritti dei creditori nei confronti dei coobbligati, fideiussori del debitore e obbligati in via di regresso. La norma, rimasta immutata rispetto alla originaria formulazione, riproduce l'analoga disposizione prevista nelle procedure di concordato preventivo (art. 184, comma 2, l. fall.) e falli-

⁵⁰ Prosegue il co. 2 dell'art. 11 che non hanno diritto a esprimersi sulla proposta e non sono computati ai fini del raggiungimento della maggioranza il coniuge del debitore, i suoi parenti e affini fino al quarto grado, i cessionari o aggiudicatari dei loro crediti da meno di un anno prima della proposta.

⁵¹ IVONE, *L'accordo tra debitore e creditori*, in *La "nuova" composizione della crisi di sovraindebitamento*, cit., p. 39. Con la stessa chiarezza si è affermato che «la distinzione tra creditori garantiti e creditori chirografari nell'«accordo di ristrutturazione» del sovraindebitamento si piega agevolmente con il fatto che l'«accordo» approvato a maggioranza è efficace non soltanto rispetto ai creditori che lo hanno approvato, ma anche rispetto ai creditori in disaccordo (i quali possono contestare la convenienza di un «accordo» intercorso tra il debitore e altri creditori), creditori questi ultimi che non sono affatto parti dell'«accordo», ma che nondimeno ne restano vincolati. Il che è incompatibile con il concetto di contratto (che non produce di norma effetti nei confronti dei terzi se non quando è concluso a beneficio degli stessi: cfr. artt. 1372, 1411, c.c.) ed è invece tipico della deliberazione maggioritaria, la quale vale non solo per i creditori consenzienti ma anche per i creditori dissenzienti»: DI MARZIO, *Introduzione alle procedure concorsuali, il rimedio del sovraindebitamento*, in *La "nuova" composizione della crisi di sovraindebitamento*, cit., p. 12.

mentare (art. 135, comma 2, l. fall.) ed enuncia il più generale principio di sopravvivenza delle garanzie nell'ambito delle procedure concorsuali, per cui i coobbligati, i fideiussori del debitore e gli obbligati in via di regresso sono tenuti al pagamento dell'intero debito, ma hanno diritto di ripetere dal condebitore o debitore principale solo la percentuale concordataria. A commento di questa disposizione è stato correttamente e sinteticamente ricostruito lo stato della questione fino a giungere alle seguenti condivisibili conclusioni, riferite all'ipotesi più frequente, quella della garanzia fideiussoria: per regola generale, quest'ultima garanzia ha carattere accessorio rispetto all'obbligazione principale (art. 1941 c.c.); ne segue che l'estinzione dell'obbligazione principale determina l'estinzione in corrispondente misura dell'obbligazione di garanzia. «Nel caso del concordato tali regole sono derivate in ragione della causa essenziale determinativa del procedimento che culmina con la realizzazione dell'effetto estintivo. Tale causa è l'insolvenza del debitore, ossia la concretizzazione massima della insicurezza adempitiva a cui è tipicamente chiamata a porre rimedio la garanzia fideiussoria (che è infatti garanzia di adempimento). L'estinzione dell'obbligazione principale determinata dalla insolvenza del debitore non può determinare anche l'estinzione della garanzia senza vanificarne la funzione. Quest'ultima riposa nella ripartizione del rischio dell'inadempimento, e dunque dell'insolvenza del debitore, tra il creditore ed il garante. Proprio in ragione di tale criterio distributivo, ciascuno di essi rimane esposto in egual misura alle conseguenze dell'insolvenza del debitore. Infatti, come il creditore sarà soddisfatto soltanto nella percentuale concordataria potendo richiedere il resto al garante, così quest'ultimo, creditore in tale determinata misura, potrà soddisfarsi nei riguardi del debitore garantito nei limiti della stessa percentuale, concorrendo nel concordato per avere il suo credito natura concorsuale, ossia causa anteriore alla apertura della procedura concorsuale»⁵².

Se l'accordo è raggiunto, il giudice lo omologa e ne dispone l'immediata pubblicazione (art. 12); l'accordo omologato «è obbligatorio per tutti i creditori anteriori al momento in cui è stata eseguita la pubblicità di cui all'art. 10, comma 2. I creditori con causa o titolo posteriore non possono procedere esecutivamente sui beni oggetto del piano» (comma 3); «gli effetti di cui al comma 3 vengono meno in caso di risoluzione dell'accordo o di mancato pagamento dei crediti impignorabili, nonché

⁵² IVONE, *L'accordo*, cit., p. 41.

dei crediti di cui all'art. 7, comma 1, terzo periodo [crediti privilegiati]» (comma 4). Pertanto, il giudice omologa l'accordo dopo aver compiuto le seguenti valutazioni:

- a) verifica del raggiungimento dell'accordo con la percentuale prescritta;
- b) verifica dell'idoneità del piano ad assicurare il pagamento integrale dei crediti impignorabili, nonché dei crediti tributari;
- c) soluzione di ogni altra contestazione.

Le modifiche introdotte a questa fase del procedimento evidenziano ancora la volontà di ricondurla alle procedure concordatarie: si è introdotta una sorta di *cram down*, analogo a quello previsto per i concordati, laddove nel comma 2 dell'art. 10, al secondo periodo si dispone che, «quando uno dei creditori che non ha aderito o che risulta escluso o qualunque altro interessato contesta la convenienza dell'accordo, il giudice lo omologa se ritiene che il credito può essere soddisfatto dall'esecuzione dello stesso in misura non inferiore all'alternativa liquidatoria disciplinata dalla sezione seconda», cioè quella che disciplina la procedura di liquidazione del patrimonio. Questa previsione amplia i poteri devoluti al giudice in sede di omologa in ragione della esistenza di contestazioni da parte dei creditori, potendosi tali poteri esercitare sulla convenienza del piano, con ciò richiamandosi la giurisprudenza disponibile in tema di concordato. In applicazione di detta giurisprudenza⁵³, «può ritenersi che, in sede di omologazione dell'accordo per la composizione della crisi da sovraindebitamento, il giudice è chiamato a valutare l'idoneità del piano al soddisfacimento dei crediti, assicurando il pagamento integrale dei creditori per i quali non può essere previsto il pagamento parziale, sulla base degli interventi indicati nella proposta, avendo riguardo alle valutazioni esposte nell'attestazione (o meglio: nelle attestazioni) dell'organismo di composizione della crisi, le quali, dunque, dovranno presentare un livello adeguato di completezza e coerenza logica e argomentativa tale da rendere evidente che il consenso dei creditori sulla proposta si sia formato correttamente, sulla base di informazioni veritiere, complete e coerenti»⁵⁴.

⁵³ Cass., 14 febbraio 2011, n. 3586, in *Il fallimento*, 2011, 805; Cass., 16 settembre 2011, n. 18987, in *Foro it.*, 2012, I, 135; Cass., 25 ottobre 2010, n. 21860, in *Il fallimento*, 2011, 167.

⁵⁴ CARON, *L'omologazione dell'accordo e del piano*, in *La "nuova" composizione della crisi di sovraindebitamento*, cit., p. 47.

Si è riportato l'ultimo periodo del comma 3 dell'art. 12, secondo cui «i creditori con causa o titolo posteriore non possono procedere esecutivamente sui beni oggetto del piano»: «la disposizione risponde alla finalità di garantire l'esecuzione dell'accordo, con il soddisfacimento dei crediti secondo le modalità e alle condizioni indicate, evitando il pregiudizio che potrebbe conseguire a eventuali azioni esecutive individuali sui beni oggetto dell'accordo»⁵⁵.

Gli effetti di cui al comma 3 e sopra riportati vengono meno in caso di risoluzione dell'accordo (comma 4), così come risolve l'accordo la sentenza di fallimento pronunciata a carico del debitore (comma 5)⁵⁶.

Diverso il procedimento di omologa del piano dei consumatori, mutuato dalle procedure concordatarie, e specificamente dal modello «piano di risanamento». A questo riguardo, ai sensi dell'art. 12-*bis*, il giudice deve preliminarmente valutare se:

- a) sussistono i presupposti di ammissibilità del piano;
- b) il contenuto del piano sia conforme a quanto stabilito nell'art. 8;
- c) è formalmente regolare il deposito della proposta *ex* art. 9;
- d) non ricorrono fatti impeditivi, ossia atti in frode ai creditori.

In caso di verifica positiva, il giudice fissa immediatamente l'udienza per decidere sull'omologa e a questo fine valuta:

- a) la fattibilità del piano e l'idoneità dello stesso ad assicurare il pagamento integrale dei crediti impignorabili nonché dei crediti tributari;
- b) la soluzione di eventuali contestazioni, anche in ordine all'effettivo ammontare dei crediti;
- c) la meritevolezza del consumatore, nel senso di valutare che quest'ultimo non abbia assunto obbligazioni senza la ragionevole prospettiva di poterle adempiere ovvero che non abbia colposamente determinato il sovraindebitamento, anche per mezzo di un ricorso al credito non proporzionato alle proprie capacità patrimoniali.

6. Esaminato positivamente tutto ciò, il giudice omologa il piano (art. 12-*ter*), disponendo per il relativo provvedimento una idonea forma di pubblicità. Anche in questo caso, come per l'omologazione dell'accordo:

⁵⁵ CARON, *L'omologazione*, cit., p. 48.

⁵⁶ Prosegue il co. 5: «gli atti, i pagamenti e le garanzie posti in essere in esecuzione dell'accordo omologato non sono soggetti all'azione revocatoria di cui all'art. 67 l. fall. A seguito della sentenza che dichiara il fallimento, i crediti derivanti da finanziamenti effettuati in esecuzione o in funzione dell'accordo omologato sono prededucibili a norma dell'art. 111 l. fall.».

i creditori con causa o titolo anteriore non possono iniziare o proseguire azioni esecutive individuali (comma 1); il piano omologato è obbligatorio per tutti i creditori (comma 2); l'omologazione non pregiudica i diritti dei creditori nei confronti dei coobbligati, fideiussori del debitore e obbligati in via di regresso (comma 3); è previsto il meccanismo del *cram down* (comma 4).

L'esecuzione dell'accordo e del piano viene controllata dal giudice e dall'organismo di composizione della crisi; i crediti sorti in occasione o in funzione di uno dei tre procedimenti sono soddisfatti in prededuzione rispetto agli altri, «con esclusione di quanto ricavato dalla liquidazione dei beni oggetto di pegno ed ipoteca per la parte destinata ai creditori garantiti»: così, «le somme destinate alla prededuzione vengono a soffrire una sorta di eccezione a favore dei diritti dei creditori prelazionati. Si tratterebbe, così, di una prededuzione relativa o limitata, diversamente da quanto suole avvenire in diverse altre procedure concorsuali»⁵⁷. L'ultimo comma dell'art. 13 dispone che quando l'esecuzione dell'accordo o del piano è divenuta impossibile per ragioni non imputabili al debitore, quest'ultimo, con l'ausilio dell'organismo di composizione della crisi, può modificare la proposta. Se ci si muovesse nell'ambito contrattuale, l'impossibilità sopravvenuta della prestazione provocherebbe la risoluzione del contratto; si è già detto però di quanto sia fuorviante l'utilizzo del termine piano o accordo, sicché la questione sta nello stabilire se il debitore abbia il diritto di modificare unilateralmente la proposta (in un rapporto di diritto potestativo/soggezione con i creditori) o se invece abbia, più verosimilmente, la possibilità di iniziare nuovamente l'*iter* di composizione della crisi. «Secondo la lettura più plausibile e coerente con la *ratio* della norma, dovrebbe ritenersi che la modifica di cui all'art. 13, comma 4-ter, comporta la espunzione dall'accordo o dal piano delle clausole relative alla prestazione ormai divenuta impossibile, con la conseguenza che al debitore sarebbe preclusa la possibilità di addivenire unilateralmente alla novazione del contratto. Anche perché è il testo dell'art. 13, u.c., a richiedere espressamente che alla modifica il debitore pervenga con l'ausilio dell'organismo di composizione della crisi, costantemente coinvolto. Ciò che costituisce ulteriore conforto alle perplessità nutrite circa la natura negoziale degli istituti in discorso e, al contempo, al convincimento qui espresso che si tratterebbe di veri e

⁵⁷ CORDOPATRI, *L'esecuzione dell'accordo o del piano del consumatore*, in *La "nuova" composizione della crisi di sovraindebitamento*, cit., p. 57.

propri procedimenti»⁵⁸. La possibilità del debitore deve poi fare i conti con l'analoga possibilità del creditore di chiedere la risoluzione dell'accordo, prevista dall'art. 14, comma 2.

Al fine di ottenere l'annullamento o la risoluzione dell'accordo (art. 14), può agire ogni creditore, a cominciare ovviamente da quelli aderenti poiché gli estranei, essendo stati integralmente pagati, non dovrebbero avere concreto interesse in tal senso⁵⁹. Il presupposto per proporre azione di annullamento si realizza laddove sia stato dolosamente o con colpa grave aumentato o diminuito il passivo ovvero sottratta o dissimulata una parte rilevante dell'attivo ovvero dolosamente o con colpa grave simulate attività inesistenti. Si tratta di una disposizione che ricalca l'art. 138 l. fall. (concordato fallimentare) e l'art. 186 l. fall. (concordato preventivo). Il riferimento alle procedure concordatarie consente di rifarsi alla giurisprudenza per esse esistente, che ha affermato una posizione rigorosa, nel senso che l'annullamento del concordato può aversi solo in presenza di una dolosa esagerazione del passivo o di una dissimulazione di parte dell'attivo, tali da integrare una falsa rappresentazione della situazione patrimoniale dell'imprenditore in base al quale i creditori sono indotti ad approvare la proposta e il tribunale a omologarla⁶⁰.

Nella disposizione in commento anche la colpa grave e non soltanto il dolo nel compimento delle predette attività può condurre alla proposizione dell'azione di annullamento, «con la conseguenza che, sebbene appaia corretta la considerazione per la quale l'impugnativa dovrebbe essere accolta dal giudice soltanto nelle ipotesi più gravi e non anche in

⁵⁸ CORDOPATRI, *L'esecuzione*, cit., p. 58.

⁵⁹ Tuttavia, fatta questa osservazione di principio, va tenuto presente che, sebbene terzi all'accordo, «i creditori non aderenti potrebbero esserne gravemente pregiudicati, a prescindere dall'inadempimento del debitore nei propri confronti che consente di accedere all'azione ex art. 10, comma 4, laddove il proponente preveda nel piano una moratoria fino ad un anno per il pagamento dei creditori estranei, consentita dall'art. 8, comma 4, ove concorrano cumulativamente alcune condizioni, moratoria la possibilità della quale pone seri dubbi di legittimità costituzionale proprio perché riferita a soggetti estranei ex art. 1372 c.c. alla soluzione concordata della crisi»: GIORDANO, *L'impugnazione e la risoluzione dell'accordo*, in *La "nuova" composizione della crisi di sovraindebitamento*, cit., p. 60.

⁶⁰ Trib. Milano, 9 gennaio 1992, in *Il fallimento*, 1992, p. 643; Trib. Ascoli Piceno, 18 dicembre 2009, in *Giur. comm.*, 2011, II, 209, con nota di PERUGINI, *L'annullamento del concordato preventivo con cessione dei beni in caso di sottrazione o dissimulazione di una parte rilevante dell'attivo*; Cass., 19 gennaio 1987, n. 396, in *Giust. civ.*, 1987, I, 1739; Trib. Grosseto, 8 ottobre 1981, in *Dir. fall.*, 1982, II, 153.

presenza di condotte del debitore che, pur rientrando apparentemente tra quelle previste dalla disposizione normativa, siano in realtà irrilevanti ai fini del raggiungimento dell'accordo con i creditori o comunque inidonee a determinare pregiudizi apprezzabili, sotto il profilo dell'elemento soggettivo appare ormai chiarito che il dolo cui fa riferimento la norma non è il dolo c.d. contrattuale bensì il dolo "generico" che, unitamente alla colpa grave, costituisce presupposto dell'azione generale di risarcimento dei danni *ex art. 2043*⁶¹.

Ciascun creditore, in accordo con il comma 2 dell'art. 14, può altresì chiedere al Tribunale la risoluzione dell'accordo se il debitore non adempie regolarmente alle obbligazioni derivanti dall'accordo medesimo, se le garanzie promesse non vengono costituite o se l'esecuzione dell'accordo diviene impossibile per ragioni non imputabili al debitore. In ogni caso, effetto dell'annullamento ovvero della risoluzione dell'accordo è il venir meno con efficacia *erga omnes*, cioè rispetto a tutti i creditori, dell'accordo nella sua interezza, vale a dire che «saranno travolti gli effetti correlati, per il periodo di un anno, all'omologazione dell'accordo, effetti individuati dall'art. 10, comma 3, nell'impossibilità per i creditori anteriori, sotto pena di "nullità" (*rectius*, inefficacia nei confronti dei creditori), fatta eccezione per i titolari di crediti impignorabili, di iniziare o proseguire azioni esecutive individuali, disporre sequestri conservativi ed acquistare diritti di prelazione sul patrimonio del debitore che ha presentato la proposta di accordo»⁶².

L'art. 14-*bis* disciplina le modalità di revoca e cessazione degli effetti dell'omologazione del piano dei consumatori, ma esse sono sostanzialmente analoghe, salvo le differenze apicali delle due procedure, sicché non vale la pena in questa sede soffermarvisi.

Prima di procedere all'esame della terza procedura, è tempo di esprimere qualche valutazione d'insieme su quel che si è fin qui esposto e illustrato. Si sono tratteggiate la procedura per i debitori non fallibili (il c.d. "accordo") e quella specifica per i consumatori (il c.d. "piano"). Presumibilmente, l'inserimento della seconda si fondava sulla convinzione che quella già elaborata nell'originaria formulazione della l. n. 3 del 2012 fosse particolarmente complessa e quindi eccessivamente onerosa per quel particolare debitore che è il consumatore. Il risultato però è tutt'altro

⁶¹ GIORDANO, *L'impugnazione e la risoluzione dell'accordo*, in *La "nuova" composizione della crisi di sovraindebitamento*, cit., p. 61.

⁶² GIORDANO, *L'impugnazione*, cit., p. 63.

che positivo. Anzitutto perché fra le due procedure non corrono quelle differenze che forse taluno auspicava, sicché si ha piuttosto la trama di un unico procedimento con qualche modifica nell'ordito: le differenze infatti, a parte quella di vertice sulla necessità dell'accordo per la prima, non necessario per la seconda, «si attenuano fin quasi a scomparire. (...) Viene da chiedersi, pertanto, se fosse davvero indispensabile complicarsi la vita con due procedure diverse (sotto molti profili di dettaglio, ma rilevanti sotto il profilo operativo), quando gli interlocutori del debitore saranno, verosimilmente, sempre e comunque i soli creditori professionali, e cioè, in buona sostanza, le banche e i soggetti assimilati»⁶³. Si ha allora, esaminando le due procedure, la sensazione di una evidente riscrittura, con adattamenti non sempre felici, di disposizioni desunte dal concordato preventivo e dagli altri procedimenti di ristrutturazione del debito, che possono essere coerenti con la struttura dei soggetti fallibili, ma molto meno, in termini di speditezza ed economicità, con quella dei debitori civili o dei consumatori. «Nonostante le novità del decreto [d.l. n. 179 del 2012], resta sempre il dubbio sulla reale unità della disciplina del sovraindebitamento, frutto di un non felice compromesso tra la procedura di concordato preventivo e quella degli accordi di ristrutturazione dei debiti *ex art. 182-bis l. fall.* Sarebbe stato forse più utile consentire l'accesso a quest'ultima procedura a soggetti quali il debitore civile e/o il consumatore e/o il piccolo imprenditore nonché le imprese *start-up*»⁶⁴. Il tutto con una ulteriore aggravante, sulla quale ci si soffermerà fra breve

⁶³ TERRANOVA, *Presentazione*, in *La "nuova" composizione della crisi di sovraindebitamento*, cit., p. 8.

⁶⁴ Di Majo, *Il sovraindebitamento*, in *www.avvocato.it*, 2. Prosegue l'a.: «i procedimenti di sovraindebitamento, con le numerose regole procedurali ed autoritarie, non sembrano costituire una disciplina conveniente sia per i debitori, privi di adeguata organizzazione, sia per i creditori. A questi ultimi si fa infatti divieto, sino alla omologazione, di iniziare o proseguire azioni esecutive individuali o azioni cautelari, come anche il divieto sull'acquisto dei diritti di prelazione sul patrimonio del debitore. Creditori con causa di prelazione che possono anche essere falcidiati nel loro credito, con la previsione di una moratoria per il pagamento fino ad un anno dalla omologazione del piano».

Sembra più ottimista STANGHELLINI, *Una rivoluzione per l'indebitamento dei privati*, in *http://www.lavoce.info/una-rivoluzione-per-lindebitamento-dei-privati*, marzo 2013, p. 2, secondo il quale si tratta «di una disciplina che per il singolo debitore porta solo vantaggi, essendo la sua applicazione rimessa alla sua volontà. (...) Le procedure sono alquanto complesse e dense di tecnicismi, ma il disegno politico è chiaro: consentire a tutti (piccoli imprenditori, professionisti, consumatori), e non più solo alle imprese commerciali medio-grandi (alle quali continua ad applicarsi la legge fallimentare), una via d'uscita in caso di crisi».

ma che si è già avuto modo di segnalare: l'organismo di composizione della crisi, vale a dire un soggetto pubblico che si aggiunge al giudice, complicando la burocratizzazione dell'*iter* procedurale che dovrebbe essere snello ed efficiente per i debitori "minori". Se si voleva seguire la via francese, forse era miglior partito mettere la procedura sotto la tutela dell'autorità amministrativa (una volta chiaritine senza ambiguità i poteri) e sottrarla al giudice ovvero, mantenere il giudice con i poteri propri delle procedure concordatarie, ma fare a meno dell'organismo. Non pare quindi che le procedure di "accordo" e di "piano" si presentino con una prognosi di successo favorevole, anche se per ora non è possibile discutere di casi concreti. Infatti, a quanto consta, risulta disponibile una sola decisione con la quale però il Tribunale dichiara che la proposta non è accoglibile perché priva dei requisiti del regolare pagamento dei creditori estranei e delle adeguate garanzie di adempimento delle obbligazioni (necessarie per la insufficienza dei beni del debitore), nonché di una completa documentazione a corredo della domanda⁶⁵.

7. La procedura di liquidazione del patrimonio del debitore costituisce un'altra importante novità recata dalla l. n. 221 del 2012 e si caratterizza per avere riguardo a tutto il patrimonio del debitore e non solo ad alcuni beni di esso facenti parte (come accade per la liquidazione prevista nell'accordo *ex art. 7*). Essa si articola in quattro fasi: la fase di apertura, quella destinata all'accertamento del passivo, quella di liquidazione dell'attivo e quella, peraltro non espressamente regolata, di riparto dell'attivo liquidato. A ciò può seguire il procedimento di esdebitazione di cui all'art. 14-*terdecies*.

L'apertura della procedura può avvenire in due modi: il primo prevede la possibilità per il debitore di richiedere la liquidazione, in alternativa ad una delle procedure dianzi illustrate, in presenza di determinati presupposti; il secondo ricorre quando il debitore pone in essere comportamenti fraudolenti nei riguardi dei creditori durante la fase esecutiva dei due menzionati procedimenti. In quest'ultimo caso si realizza una liquidazione per conversione, in presenza delle ipotesi di cui all'art. 14-*quater*: «in questo caso, la liquidazione del patrimonio non si pone come soluzione alternativa a tali misure [l'accordo o il piano del consumatore], bensì in un rapporto di necessaria successione, nonché non

⁶⁵ Trib. Firenze, 27 agosto 2012, in *Il fallimento*, 2012, 1249.

solo su domanda del debitore, ma anche dei creditori»⁶⁶. Su istanza, quindi, il giudice emana il decreto di apertura della liquidazione, nel quale è contenuta la nomina del liquidatore, ove non sia già stato nominato ai sensi dell'art. 13, comma 1; tale può essere designato anche l'organismo di composizione della crisi (cfr. art. 15, comma 8). Spetta al liquidatore (art. 14-*sexies*) formare l'inventario dei beni da liquidare e avvertire i creditori delle possibilità che hanno; così avvertiti, i creditori possono avanzare con ricorso la domanda di partecipazione alla liquidazione (art. 14-*septies*); al medesimo liquidatore, esaminate le domande pervenute, spetta altresì la predisposizione di un progetto di stato passivo (art. 14-*octies*) da sottoporre agli interessati, che hanno quindici giorni per formulare eventuali osservazioni; entro trenta giorni dalla formazione dell'inventario, il liquidatore elabora un programma di liquidazione (art. 14-*novies*) che comunica al debitore e ai creditori e deposita in cancelleria; il medesimo liquidatore ha l'amministrazione dei beni che compongono il patrimonio in liquidazione e procede all'esecuzione del programma; il giudice, sentito il liquidatore, verifica la conformità degli atti al programma e autorizza lo svincolo delle somme risultato delle vendite; «accertata la completa esecuzione del programma di liquidazione e, comunque, non prima del decorrere del termine di quattro anni dal deposito della domanda, il giudice dispone, con decreto, la chiusura della procedura» (art. 14-*novies*, comma 5). Il liquidatore può esercitare ogni azione prevista dalla legge finalizzata a conseguire la disponibilità dei beni compresi nel patrimonio da liquidare (art. 14-*decies*). Ai sensi dell'art. 14-*undecies*, i beni sopravvenuti nei quattro anni successivi al deposito della domanda di liquidazione costituiscono oggetto della stessa, dedotte le passività incontrate per l'acquisto e la conservazione dei beni medesimi. Il patrimonio di un soggetto è composto anche dei beni futuri (art. 2740 c.c.) e la limitazione temporale del quadriennio sembra rispettosa della esigenza di concentrazione dei tempi di procedura; per chi ritenesse il contrario (quattro anni non sarebbe un periodo breve per la chiusura di una procedura liquidativa di "piccoli" debitori), si è osservato che il rispetto del «principio di ragionevole durata della procedura deve essere comunque temperato con le ragioni dei creditori da soddisfare che, all'evidenza, sono sensibili anche alla possibilità di

⁶⁶ DONZELLI, *Il procedimento di liquidazione del patrimonio, la fase di apertura e la fase di accertamento del passivo*, in *La "nuova" composizione della crisi di sovraindebitamento*, cit., p. 69.

incremento dell'attivo di liquidazione mediante l'acquisizione di beni sopravvenuti nel patrimonio del sovraindebitato»⁶⁷. Dalla pubblicazione del decreto di apertura della liquidazione vengono inibite ai creditori posteriori o anteriori procedure esecutive sui beni da liquidare, mentre i crediti sorti in occasione o in funzione della liquidazione sono soddisfatti a preferenza degli altri, con esclusione di quanto ricavato dalla liquidazione dei beni oggetto di pegno e ipoteca per la parte destinata ai creditori garantiti (art. 14-*duodecies*)⁶⁸.

La sintetica esposizione della procedura liquidativa è funzionale a rappresentare il presupposto necessario affinché il debitore assoggettato ad essa possa conseguire l'esdebitazione, situazione che prima dell'intervento normativo era limitata ai soggetti sottoposti alle procedure di cui alla legge fallimentare⁶⁹. La funzione della ripetuta procedura consiste, come nel fallimento, nel consentire al debitore di liberarsi dai debiti concorsuali non integralmente soddisfatti nell'ambito dell'esecuzione del programma di liquidazione e l'impulso per conseguire questo effetto sta nello stesso debitore che, entro l'anno successivo alla chiusura della liquidazione, può formulare apposita istanza sulla quale il giudice, previo riscontro dei requisiti richiesti, provvede con decreto (art. 14-*terdecies*). Ciò vuol dire che l'esdebitazione non è un effetto automatico della richiamata procedura, nel senso che ricorrere ad essa non assicura al debitore di accedere al regime premiale in parola. L'art. 14-*terdecies* si può scomporre in due parti: la prima, formata dai commi

⁶⁷ DI MARZIO, *L'estensione e la tutela del patrimonio oggetto di liquidazione nella novella legislativa*, in *La "nuova" composizione della crisi di sovraindebitamento*, cit., p. 81.

⁶⁸ Sugli ultimi due articoli cfr. il contributo di DI MARZIO, *L'estensione*, cit., p. 83-84.

⁶⁹ Con qualche enfasi, così è stata accolta questa novità dai fautori del *fresh start* del debitore: «la recente introduzione della normativa c.c. "sulla esdebitazione delle famiglie" ha finalmente introdotto anche in Italia un utile strumento di affrancamento dai debiti. Fino ad oggi, infatti, per le famiglie, o per i singoli cittadini, aver contratto dei debiti comportava nei fatti una sorta di "apartheid" sociale poiché o si riusciva a "risollevarsi" (impresa a dir poco impossibile nei tempi di crisi profonda da cui siamo investiti da alcuni anni) o altrimenti ci si portava a vita il marchio di "debitore" senza poter ragionare in termini di futuro. La recente normativa sul sovraindebitamento consente invece alle famiglie in difficoltà di trovare accordi con i propri creditori, guidate dal Tribunale, e una volta pagati in percentuale i propri debiti, ritornare a vivere liberamente. Attribuisco pertanto a tale normativa un forte impatto sociale, ed una valida speranza per quei tanti, troppi, che nel tentativo di affrancarsi dai propri debiti hanno contratto successivi debiti in maniera esponenziale, cadendo anche nella trappola dell'usura»: MELPIGNANO, MARIGIÒ, *La composizione delle crisi da sovraindebitamento: la cosiddetta "esdebitazione"*, in www.studiomelpignano.it, 2.

1-3, descrive gli aspetti sostanziali dell'istituto (presupposti di ammissione e di esclusione, casi di non operatività); la seconda (commi 4 e 5) riguarda temi strettamente processuali e afferma la natura non definitiva del provvedimento, essendo di esso possibile (a differenza di quel che accade nel fallimento) la revoca. Brevemente si ricorda che sono motivi di esclusione all'ammissione alla procedura: il ricorso al credito colposo e sproporzionato rispetto alle risorse patrimoniali del richiedente e una gestione delle risorse da cui traspaia la manifesta volontà di danneggiare i creditori concorsuali o di violarne la *par condicio* con il compimento di atti fraudolenti. Questi motivi di esclusione rispondono «ad una esigenza di responsabilizzazione del debitore che accede all'opzione liquidatoria, autonoma ed alternativa rispetto ai procedimenti di composizione della crisi caratterizzati dall'esercizio dell'autonomia negoziale»⁷⁰. Quanto alla menzionata novità della revoca del provvedimento *de quo*, essa è sempre possibile, su istanza dei creditori, se risulta che:

- a) è stato concesso pur in presenza dell'ipotesi in cui il debitore abbia ritardato o contribuito a ritardare lo svolgimento della procedura;
- b) è stato dolosamente o con colpa grave aumentato o diminuito il passivo, ovvero sottratta o dissimulata una parte rilevante dell'attivo ovvero simulate attività inesistenti.

L'obiettivo che vuol raggiungere la revocabilità è «di protezione del sistema normativo e delle relative finalità, nel bilanciamento della posizione del sovraindebitato e dei creditori, onde rimediare alla concessione di benefici immeritati»⁷¹.

Anche in relazione alla configurazione dell'istituto in esame non sono mancate le perplessità, come scrive chi pensa che «si sia perduta – ancora una volta – una buona occasione per rendere più immediato ed effettivo il sollievo di chi è oberato dai debiti: a mio avviso, infatti, non sarebbe stato uno scandalo se lo si fosse liberato fin dal momento in cui ha messo lealmente a disposizione dei crediti tutti i propri beni, presenti e (in parte anche) futuri. Francamente non credo, tuttavia, che l'atteggiamento dilatorio, con il quale si procede, nel nostro ordinamento, alla concessione del beneficio, possa essere imputato al legislatore. È lo spirito dei tempi, forse non ancora maturi, ad imporre questa scelta»⁷².

⁷⁰ SIRNA, *L'esdebitazione*, in *La "nuova" composizione della crisi di sovraindebitamento*, cit., p. 87.

⁷¹ SIRNA, *L'esdebitazione*, cit., p. 88.

⁷² TERRANOVA, *Presentazione*, cit., p. 8.

8. Resta infine da affrontare l'analisi degli organismi di composizione della crisi, la cui disciplina è contenuta nel lungo art. 15 e "disseminata" qua e là in molti altri articoli, il cui disposto talora è già contenuto nel menzionato art. 15. Partendo da quest'ultimo, gli organismi in parola possono essere promossi da enti pubblici dotati di requisiti di indipendenza e professionalità e iscritti in un apposito registro tenuto dal Ministero della giustizia. L'iscrizione è automaticamente conseguita (cioè su semplice domanda) se a costituirli sono le camere di commercio, gli ordini professionali degli avvocati, dei commercialisti ed esperti contabili e dei notai. Un regolamento emanato dal Ministero di giustizia entro novanta giorni dalla data di entrata in vigore della novella⁷³ stabilisce il contenuto dei predetti requisiti, le modalità di iscrizione e cancellazione nel registro, la determinazione dei compensi e dei rimborsi spese.

Ciò detto, si passa alla individuazione dei poteri, che sono così denotati:

- a) assumere ogni iniziativa funzionale alla predisposizione del piano di ristrutturazione e all'esecuzione dello stesso (comma 5);
- b) verificare la veridicità dei dati contenuti nella proposta e nei documenti allegati, attesta la fattibilità del piano (comma 6);
- c) eseguire la pubblicità ed effettuare le comunicazioni disposte dal giudice nell'ambito dei procedimenti previsti (comma 7);
- d) quando il giudice lo dispone, svolgere le funzioni di liquidatore stabilite dalla procedura liquidativa e quelle di gestore per la liquidazione nell'ipotesi della procedura di accordo (comma 8).

Talvolta replicando, talvolta assegnando nuovi compiti, la legge novellata prevede altresì che l'organismo:

- aiuta il debitore nella stesura dell'accordo (art. 7, comma 1);
- attesta che il valore attribuito nel piano al credito privilegiato, non pagato integralmente, non è inferiore a quello di mercato (art. 7, comma 1);
- aiuta il consumatore nella stesura del piano (art. 7, comma 1-*bis*);
- presenta il piano all'agente della riscossione e agli uffici fiscali (art. 9, comma 1);
- rilascia l'attestazione di fattibilità del piano depositata insieme alla proposta (art. 9, comma 2);

⁷³ I 90 giorni sono scaduti a fine maggio 2012, ma ancora non è stato emanato il provvedimento previsto dalla legge-

redige una relazione particolareggiata sulla proposta di piano del consumatore da depositarsi insieme al piano (art. 9, comma 3-*bis*);

trascrive il decreto del giudice che avvia il procedimento presso gli uffici competenti (art. 10, comma 2, lett. b);

raccoglie il consenso dei creditori alla proposta (art. 11, comma 1);

trasmette ai creditori, in caso di raggiungimento dell'accordo, una relazione sui consensi espressi e, appunto, sul raggiungimento della percentuale di approvazione richiesta; trasmette al giudice la relazione, allegando le contestazioni eventualmente ricevute e un'attestazione definitiva sulla fattibilità del piano, ai fini dell'omologazione (art. 12, comma 1);

per conto del giudice comunica ai creditori la proposta e il decreto che avvia il procedimento (art. 12-*bis*, comma 1);

cura la trascrizione del decreto di omologazione quando il piano prevede la cessione o l'affidamento a terzi di beni immobili o mobili registrati (art. 12-*bis*, comma 3);

propone al giudice la nomina di un liquidatore quando per la soddisfazione dei crediti sono utilizzati beni sottoposti a pignoramento o se è previsto nell'accordo o nel piano del consumatore (art. 13, comma 1);

risolve le eventuali difficoltà insorte nell'esecuzione dell'accordo e vigila sull'esatto adempimento del medesimo (art. 13, comma 2);

aiuta il debitore a modificare la proposta quando l'esecuzione dell'accordo o del piano divenga impossibile per ragioni a lui non imputabili (art. 13, comma 4-*ter*);

redige una relazione particolareggiata da allegare alla domanda di liquidazione dei beni (art. 14-*ter*, comma 2);

dà notizia all'agente della riscossione e agli uffici fiscali della relazione di cui al comma 2 (art. 14-*ter*, comma 4).

Acquisito che l'attribuzione dei poteri all'organismo avviene in modo un po' ripetitivo, non v'è dubbio che la loro natura sia assai diversificata: sembrano infatti emergere funzioni di aiuto del debitore, di certificazione di dati e scritture contabili, di ausiliare del giudice, di motore attivo per la conclusione delle procedure. È per questo che, se va condivisa la tesi per cui all'organismo spetta «un utile compito di facilitatore» dell'accordo⁷⁴, non può negarsi che fra le funzioni assegnategli vi è un latente conflitto di interessi: si pensi all'organismo chiamato a coadiuvare un consumatore a redigere il piano e poi ad attestarlo. Pare quindi non esat-

⁷⁴ PACCHI, *Il sovraindebitamento*, cit., p. 717.

tamente corrispondente a quel che può verosimilmente verificarsi nella prassi l'affermazione per cui gli organismi in esame «non potranno certo “prendere le parti” del debitore, piuttosto che dei creditori, utilizzando in tal senso le proprie competenze tecnico-professionali per fare in modo che l'accordo risulti più favorevole e conveniente, rispettivamente, per l'uno o per (alcuni de)gli altri. Al contrario, essi saranno tenuti ad operare mantenendo la giusta distanza da entrambe le parti della dialettica debitore-creditore, lavorando piuttosto in vista dell'obiettivo superiore di offrire un concreto ausilio teleologicamente preordinato al superamento delle situazioni di sovraindebitamento»⁷⁵. Ciò configurerebbe un preminente interesse pubblico negli organismi, «intrinsecamente connesso (tra l'altro) alla funzione di fidejacentia che detti soggetti sono chiamati a svolgere»⁷⁶, e giustificerebbe la circostanza che gli stessi possono essere promossi solo da enti pubblici, in grado di garantirne una posizione di necessaria terzietà rispetto al debitore e ai creditori. Insomma, se ad essi è assegnata la funzione di assumere qualunque iniziativa funzionale alla predisposizione e all'esecuzione del piano, di risolvere ogni difficoltà si frapponga al buon funzionamento dell'accordo, di coadiuvare il giudice secondo una collaborazione stretta e attiva, è sostenibile che a detti organismi sia attribuito «un potere non esclusivamente di matrice privatistica ma, in ragione dell'autoritatività con cui può essere esercitato, per certi versi riconducibile alla sfera pubblicistica»⁷⁷. Del resto, gli stessi aa. di cui si è qui riportato il pensiero, hanno fatto emergere il profilo conflittuale nelle funzioni assegnate all'organismo, sia pure in un contesto diverso ma, ad avviso di chi scrive, riconducibile a quello proprio degli organismi in esame. Ai sensi del comma 10 dell'art. 15, fino all'emanazione del decreto attuativo del Ministero della giustizia, le funzioni dell'organismo possono essere svolte anche da un professionista o da una società di professionisti dotati dei requisiti propri del curatore (cfr. art. 28 l. fall.) ovvero da un notaio, nominati dal presidente del tribunale o dal giudice da lui delegato⁷⁸. Una simile eventualità non sarebbe priva

⁷⁵ D'AQUINO DI CARAMANICO, PARINI, *Gli Organismi di composizione della crisi*, in *La “nuova” composizione della crisi di sovraindebitamento*, cit., p. 89.

⁷⁶ D'AQUINO DI CARAMANICO, PARINI, *Gli Organismi*, cit., *ibidem*.

⁷⁷ D'AQUINO DI CARAMANICO, PARINI, *Gli Organismi*, cit., p. 95.

⁷⁸ I compensi, fino all'entrata in vigore del decreto ministeriale, sono determinati secondo i parametri previsti per i commissari giudiziali nelle procedure di concordato preventivo, quanto alle prime due procedure, e per i curatori fallimentari, quanto alle attività della procedura liquidativa. I predetti compensi sono ridotti del quaranta per

di rischi: «ed invero, il notaio o il professionista sono chiamati a “verificare la veridicità dei dati” contenuti, a ben vedere, in atti che loro stessi predispongono autonomamente. Sono chiamati, cioè, a fornire una valutazione imparziale della fattibilità di un accordo che loro stessi hanno attivamente contribuito a predisporre, a modificare ed a concludere»⁷⁹. L'osservazione è condivisibile, ma non si vede perché non possa essere riproposta negli stessi termini a proposito degli organismi di vigilanza, che si troverebbero a svolgere (come il professionista “sostituto”) le medesime funzioni fra loro contraddittorie e segnaletiche di un ineliminabile e significativo conflitto di interessi.

Lucidamente consapevole di quanto qui osservato appare chi scrive che il legislatore, negli organismi in parola, ha «mescolato compiti di supporto al debitore, compiti di fidefacente verso i creditori, compiti di ausilio del giudice e di controllore nell'interesse dei creditori. È evidente che in tal modo si apre la strada al conflitto d'interessi. (...) Il conflitto d'interessi può trovare soluzione se le varie funzioni non sono svolte dai medesimi soggetti, anche se nell'ambito dello stesso organismo di composizione della crisi. Ha quindi senso suggerire che l'Organismo adotti un regolamento nel quale i diversi compiti vengano attribuiti a differenti professionisti, con una vera e propria delega di funzioni»⁸⁰. Si è d'accordo sul suggerimento, ma non si può non ricordare lo scarso successo arriso a soluzioni del genere adottate per superare conflitti di interessi nell'ambito dello stesso intermediario che svolge servizi di investimento.

Quanto alle sanzioni, mette conto per completezza ricordare che il componente dell'organismo, ovvero il professionista, che rende false attestazioni in ordine alla veridicità dei dati contenuti nella proposta o nei documenti a essa allegati, alla fattibilità del piano *ex art.* 9, comma 2, ovvero nella relazione di cui agli artt. 9, comma 3-*bis*, 12, comma 1 e 14-*ter*, comma 3, è punito con la reclusione da uno a tre anni e con la multa da 1.000 a 50.000 euro. Alla stessa pena soggiace il componente dell'organismo, ovvero il professionista, che cagiona danno ai creditori omettendo o rifiutando senza giustificato motivo un atto del suo ufficio.

Anche su questa figura occorre azzardare una pur sommaria valutazione; della complessità delle molte attribuzioni assegnate al medesi-

cento. Questa opportuna novella ha fatto sì che sia operativa la possibilità di sostituire gli organismi con dei professionisti.

⁷⁹ D'AQUINO DI CARAMANICO, A. PARINI, *Gli Organismi*, cit., p. 97.

⁸⁰ PANZANI, *La composizione della crisi da sovraindebitamento*, in www.treccani.it, 6.

mo organismo si è già detto, sicché la sua azione è complessa, «senza che tuttavia in questo rincorrersi, di relazioni e attestazioni, possa essere assicurata un'attività imparziale dell'Organismo e un'efficienza della soluzione»⁸¹. Difficile non condividere questa osservazione.

9. Il giudizio, almeno provvisorio, attesa l'assenza di elaborazioni dottrinarie definitive e di prassi applicative, sulla l. n. 3 del 2012 come risulta dalla recente novella non è particolarmente positivo per nessuna delle varie parti che la compongono: le due procedure di risanamento, la procedura di liquidazione, l'esdebitazione, l'organismo di composizione delle crisi (confuso collaboratore del giudice). Il tutto probabilmente deriva da una sorta di «peccato originale» acutamente colto: «l'incerta collocazione del procedimento introdotto dalla l. 3/2012 che appare a metà strada tra un accordo di ristrutturazione e un concordato preventivo non ha giovato al percorso seguito dal legislatore nel disegnare la struttura, mostrando di essere legato a modelli conosciuti dai quali ha pizzicato in qua e in là, riprendendo vocaboli (accordo di ristrutturazione, creditori estranei, risoluzione, annullamento, ecc.), rievocando scenari ma poi allontanandosene senza una meta»⁸².

FABRIZIO MAIMERI

⁸¹ PACCHI, *Il sovraindebitamento*, cit., p. 718.

⁸² PACCHI, *Il sovraindebitamento*, cit., p. 717.