L'OSSERVATORIO SULLE CRISI DI IMPRESA
E LA RIFORMA DELLA LEGGE 27 GENNAIO 2012, N. 3

Nei giorni 19 e 20 giugno 2015 si è svolto a Montecatini Terme (PT) il convegno "*Dialoghi sul sovraindebitamento*" dedicato alla legge 27 gennaio 2012, n. 3. Il convegno è stato organizzato dall'Osservatorio sulle Crisi di Impresa (O.C.I.), unitamente all'Ordine dei Dottori Commercialisti e degli Esperti Contabili di Pistoia e alla Scuola Superiore della Magistratura – Formazione decentrata della Corte d'Appello di Firenze, e ha visto un vivace ed approfondito confronto tra magistrati, professori universitari e professionisti che operano nel settore delle procedure concorsuali.

I magistrati dell'O.C.I. (Raffaele D'Amora, Silvia Governatori, Maria Novella Legnaioli, Luigi D'Orazio, Daniela Garufi e Raffaella Brogi), insieme a molti di coloro che hanno preso parte alle sessioni del convegno (la prof.ssa Stefania Pacchi, professore ordinario presso l'Università di Siena, il dott. Giuseppe Limitone, magistrato in Vicenza, il dott. Franco Michelotti, presidente dell'Ordine dei dottori commercialisti e degli esperti contabili di Pistoia, la dott.ssa Carla Siccardi, presidente dell'Ordine dei dottori commercialisti e degli esperti contabili di Lucca e il dott. Antonio Longo, presidente del Movimento difesa del cittadino), nella prospettiva di un'utile collaborazione con la Commissione ministeriale attualmente investita della riforma delle procedure concorsuali, hanno elaborato alcune proposte di modifica della disciplina del sovraindebitamento, finalizzate ad una più proficua applicazione della normativa, anche alla luce della rilevanza sociale che assumono i suoi contenuti in presenza di una situazione di crisi economica, come è quella che ormai da molti anni interessa il nostro Paese; proposte raccolte nel documento che segue.

1) Semplificazione delle procedure.

La semplificazione e la chiarezza delle procedure e dei soggetti coinvolti passa necessariamente attraverso la riduzione delle leggi in materia concorsuale, che possono essere ridotte essenzialmente a due:

a) una **legge fallimentare destinata all'imprenditore commerciale**, con i limiti dimensionali riconducibili all'attuale previsione dell'art. 1, co. 2, l.f.;

b) una **legge sul sovraindebitamento**, di carattere applicativo residuale rispetto alla prima, ma anch'essa di portata generale.

Entrambe le leggi dovrebbero prevedere – e ciò in armonia con la Raccomandazione della Commissione Europea del 12 marzo 2014 ("*Su un nuovo approccio al fallimento delle imprese e all'insolvenza*") che, nell'intento di indurre gli Stati dell'Unione verso «*una maggiore coerenza ed efficienza delle norme fallimentari nazionali*», postula per ogni categoria di debitori procedure precoci di ristrutturazione (considerando 15, 16; § 1, 6), relegando la procedura liquidativa ai casi non altrimenti risolvibili – **procedure negoziate di ristrutturazione e procedure di liquidazione**, rimuovendo le attuali situazioni di difformità di trattamento tra i vari soggetti.

Con specifico riferimento alle procedure di sovraindebitamento, nell'indicazione del presupposto soggettivo (che dovrebbe ricomprendere, pertanto, tutti gli imprenditori sottosoglia, nonché gli altri soggetti comunque non sottoposti alle procedure concorsuali) deve essere valutato attentamente se ripensare alla **nozione di consumatore**, attualmente ripresa dal codice del consumo, evidentemente in funzione di quel settore dell'ordinamento. Invero, si potrebbe individuare il consumatore in colui che presenta una massa debitoria, anche non scaduta, composta prevalentemente da debiti contratti al di fuori dell'esercizio dell'attività, professionale o imprenditoriale, che è stata svolta dallo stesso (ed ormai cessata). Peraltro, il rischio di discostarsi da una nozione "pura" di consumatore è quello di introdurre un criterio di prevalenza spesso foriero di equivoci interpretativi.

Ove si opti per il mantenimento di una nozione "pura" di consumatore potrebbe ipotizzarsi, come avviene in altri ordinamenti, un **ruolo per le associazioni dei consumatori**, anche solo nell'ambito degli stessi O.C.C.

Particolare attenzione va poi posta all'**impresa sociale** disciplinata dal d.lgs. 24 marzo 2006, n. 155, sottoposta, ai sensi dell'art. 15 del menzionato decreto, a liquidazione coatta amministrativa. Avuto conto della previsione di cui all'art. 7, co. 2, lett. a), l. n. 3 del 2012 a tale impresa è precluso il ricorso alle procedure di sovraindebitamento, con

particolare riguardo all'accordo di composizione della crisi disciplinato dagli artt. 7 ss. della l. n. 3 del 2012[1]. Peraltro, sarebbe utile che anche le imprese che svolgono un ruolo importante in ambito sociale possano beneficiare di procedure conservative, tali da consentire, attraverso la ristrutturazione del debito, la continuazione dell'attività ed il conseguimento dei fondamentali scopi sociali, tanto più ove gli stessi siano riconducibili al principio di sussidiarietà di cui all'art. 118, co. 4, Cost. («*Stato, Regioni, Città metropolitane, Province e Comuni favoriscono l'autonoma iniziativa dei cittadini, singoli e associati, per lo svolgimento di attività di interesse generale, sulla base del principio di sussidiarietà*»). E ciò è possibile consentendo l'accesso anche all'impresa sociale quanto meno alla procedura di accordo di composizione della crisi disciplinata dalla l. n. 3 del 2012[2], tenuto anche conto del fatto che nei settori tipici dell'impresa sociale possono operare anche le imprese *start-up innovative "a vocazione sociale",* sottratte al fallimento per quattro anni dalla loro costituzione e assoggettate alle procedure di cui alla l. n. 3 del 2012[3].

Analoghe considerazioni possono essere fatte per le **società cooperative non fallibili**.

2) <u>Il requisito di ammissibilità alle procedure di sovraindebitamento disciplinato dall'art. 7, co. 2, lett. b) legge n. 3 del 2012.</u>

L'art. 7, co. 2, lett. b), l. n. 3 del 2012 prevede quale **requisito ostativo** all'accesso alle procedure di sovraindebitamento l'aver fatto ricorso alle procedure disciplinate nella

---

[1] Si noti che l'art. 1 l.f. prevede che siano soggetti alle disposizioni sul fallimento e sul concordato preventivo «*gli imprenditori che esercitano una attività commerciale*». Dato il carattere necessariamente non commerciale dell'attività svolta dall'impresa sociale è evidente la difficoltà a livello ermeneutico del suo possibile accesso alla procedura di concordato preventivo. Né può essere considerato un approdo interpretativo sicuro quello fondato sulla disposizione dell'art. 214 l.f., che prevede una forma di concordato c.d. coattivo che presuppone (e quindi non previene) una situazione di insolvenza.

[2] A tal fine è interessante il richiamo ai dati che riguardano l'impresa sociale, posto che recentemente è stato rilevato che [MAZZULLO A., *Impresa sociale 3.0*, in *Enti no profit*, 2015, 35]: «*La stessa UE, d'altronde, attraverso il Single Market Act, individua nell'imprenditorialità sociale una delle dodici leve per uscire dalla crisi e per una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva, così come auspicato da Europa 2020. In tale prospettiva, la Commissione ha presentato nel 2011 la Social Business Initiative, con l'obiettivo di supportare l'innovazione sociale e creare un clima favorevole per fare emergere tutto il potenziale di questo importante settore che conta:*
• 14,5 milioni di addetti, ovvero il 7,4% della popolazione attiva in UE;
• 10% del PIL europeo».

[3] In questo senso, l'esclusione dell'impresa sociale da tali procedure potrebbe configurare una ingiustificata difformità di trattamento.

Con specifico riferimento alle *start-up* innovative, va incidentalmente osservato che le stesse non solo restano escluse dal fallimento, ma anche dalle procedure di concordato e di accordo di ristrutturazione dei debiti, essendo soltanto ammesse alle procedure di cui alla l. n. 3 del 2012, peraltro con divieto di recidiva. Se, dunque, da un lato il legislatore ha voluto favorire queste forme imprenditoriali, dall'altro le ha sicuramente penalizzate, con evidente contraddizione e possibile rilievo di costituzionalità.

legge sul sovraindebitamento nei cinque anni precedenti. Si tratta di un requisito non solo particolarmente severo, ma altresì caratterizzato da una formulazione generica («*ha fatto ricorso*»), tale da giustificare soluzioni interpretative restrittive, che impediscano di accedere alle procedure di sovraindebitamento in ragione della semplice presenza di una declaratoria di inammissibilità. Tanto più che soluzioni correttive di un dato letterale così generico risentirebbero comunque di divergenze interpretative e applicative tra i vari tribunali, tali da creare una situazione di incertezza giuridica.

In proposito sono state individuate almeno due ipotesi correttive.

a) La prima ipotesi è quella di **abrogare *sic et simpliciter* il requisito ostativo previsto dall'art. 7, co. 2, lett. b)**. Si tratta di una soluzione drastica che si pone senz'altro in un'ottica di facilitazione all'accesso alle procedure da sovraindebitamento e sanziona eventuali abusi con lo strumento processuale già conosciuto dell'abuso del processo.

b) La seconda ipotesi tende, invece, a **dare maggiore specificazione al requisito previsto dall'art. 7, co. 2, lett. b), l. n. 3 del 2012**, impedendo l'accesso alle procedure di sovraindebitamento non già a coloro che abbiano semplicemente fatto ricorso alle stesse nei cinque anni precedenti, ma a coloro che nei cinque anni precedenti vi abbiano fatto ricorso beneficiando degli effetti protettivi di cui agli artt. 10, co. 2, lett. c), e 12-*bis*, co. 2, della l. n. 3 del 2012, anche senza che la procedura si sia necessariamente conclusa con un provvedimento di omologazione[4].

3) La tutela della *par condicio creditorum* nella l. n. 3 del 2012.

La l. n. 3 del 2012 manca di una previsione corrispondente a quella contenuta nell'art. 168, co. ult., l.f. in base alla quale: «*Le ipoteche giudiziali iscritte nei novanta giorni che*

[4] L'opzione nasce dal confronto con la disciplina del concordato preventivo, la quale evidenzia un'accentuata differenziazione rispetto al debitore cd. fallibile, che si vede preclusa solo la possibilità di proporre, nell'arco di due anni, una domanda di concessione del termine ex art. 161, co. 6, l.f., ben potendo, tuttavia, presentare una domanda di concordato pieno. L'art. 161, co. 9, l.f. prevede, infatti, che: «*La domanda di cui al sesto comma è inammissibile quando il debitore, nei due anni precedenti, ha presentato altra domanda ai sensi del medesimo comma alla quale non abbia fatto seguito l'ammissione alla procedura di concordato preventivo o l'omologazione dell'accordo di ristrutturazione dei debiti*». A prescindere dalle questioni ermeneutiche che coinvolgono l'interpretazione della norma, è bene rilevare come la sua *ratio* sia da individuare nel fatto che il cd. effetto protettivo si produce per effetto della pubblicazione del ricorso sul registro delle imprese (art. 168 l.f.), anche in presenza di una domanda di cd. preconcordato. Ne consegue che il debitore può proporre una nuova domanda, solo se la stessa sia completa del piano, della proposta e della documentazione *ex* art. 161 l.f.

precedono la data della pubblicazione del ricorso nel registro delle imprese sono inefficaci rispetto ai creditori anteriori al concordato».

La norma, inserita nell'art. 168 l.f. ad opera dell'art. 33 del d.l. 22 giugno 2012, n. 83, convertito in legge con modificazione dalla l. 7 agosto 2012, n. 134, assume ad un ruolo fondamentale nella tutela della *par condicio creditorum*, impedendo che diritti di prelazione acquisiti nell'imminenza del deposito della domanda possano ostacolare non solo la predisposizione dei contenuti del piano e della proposta concordatari, ma anche la stessa parità di trattamento dei creditori.

Nella legge sul sovraindebitamento gli **effetti cd. protettivi** si realizzano solo a partire dal decreto di fissazione dell'udienza *ex* art. 10 l. n. 3 del 2012 per l'accordo di composizione della crisi, mentre per il piano del consumatore non è previsto, invece, un cd. *automatic stay*, ma solo la sospensione di singoli procedimenti esecutivi individuati espressamente da parte del giudice nel decreto di fissazione d'udienza *ex* art. 12-*bis*. Quest'ultima norma, inoltre, a differenza di quanto previsto dall'art. 10, co. 2, lett. c), non fa alcun riferimento ai diritti di prelazione, l'acquisizione dei quali è preclusa solo per effetto del decreto di omologazione *ex* art. 12-*ter*.

Tale essendo l'attuale quadro normativo di riferimento, sono emerse le seguenti proposte.

a) Valutare l'opportunità di **inserire nelle procedure disciplinate dalla l. n. 3 del 2012 una previsione corrispondente a quella dell'art. 168, co. ult., l.f.**; ciò risponde alle esigenze di assicurare la *par condicio credito rum* e di proteggere il debitore, quanto meno nella fase che va dall'apertura della procedura fino al provvedimento di omologazione.

b) **Valutare la possibilità di estendere l'*automatic stay* anche al piano del consumatore**. Attualmente non è previsto, infatti, un effetto protettivo generalizzato al pari di quello disciplinato dall'art. 10, co. 2, lett. c), per l'accordo di ristrutturazione. In proposito sono emerse in sede convegnistica due posizioni diversificate:

   a1) per alcuni tale scelta è ritenuta eccessivamente restrittiva e foriera di applicazioni diversificate, oltre che non conforme ad un principio di parità di trattamento dei creditori rispetto alle altre procedure (prima di tutto, l'accordo di

composizione della crisi, con il quale condivide i contenuti del piano disciplinati dall'art. 7 e dall'art. 8 della l. n. 3 del 2012);

a2) altri, invece, rilevano che nell'accordo di composizione della crisi l'*automatic stay* protegge anche (o forse solo) la possibilità di allestire una proposta convincente che, espropriati alcuni beni, potrebbe non ottenere più il consenso degli altri creditori. Questa ottica manca nel piano del consumatore, in cui, se la proposta (sia pure con i beni residui) è comunque conveniente, viene imposta ai creditori. In definitiva, dunque, la limitazione del blocco delle azioni esecutive al solo caso in cui esse potrebbero pregiudicare la procedura di composizione potrebbe anche rispondere alla richiesta di cautela che in materia è prevista dalla Raccomandazione del 12 marzo 2014.

4) Il decreto di fissazione dell'udienza *ex* art. 10 l. n. 3 del 2012.

Il **decreto di fissazione dell'udienza *ex* art. 10 della l. n. 3 del 2012**, non è espressamente definito non reclamabile, a differenza di quanto stabilito per il decreto di ammissione alla procedura di concordato preventivo dall'art. 163 l.f. Tale omissione potrebbe prestarsi ad impugnazioni dilatorie da parte dei creditori, con un appesantimento del procedimento e delle esigenze di una sua rapida definizione. Pertanto, va senz'altro prevista espressamente la **non reclamabilità** del menzionato decreto.

5) I termini che disciplinano la procedura di accordo di composizione della crisi e in particolare dell'art. 11 della l. n. 3 del 2012.

È stata evidenziata la **scarsa chiarezza della disciplina dei termini** decorrenti dal decreto di fissazione dell'udienza *ex* art. 10 della l. n. 3 del 2012, con conseguente rischio di intreccio dei vari adempimenti (voto dei creditori, relazione dell'O.C.C., contestazioni dei creditori) e obbligo del giudice di fissazione di una duplice udienza[5].

[5] Ciò proprio al fine di rendere possibile il contraddittorio a fronte di eventuali contestazioni dei creditori o dello stesso debitore in merito al contenuto della relazione dell'O.C.C. o alle modalità di votazione da parte dei creditori.

Com'è noto nella procedura di accordo di composizione della crisi manca l'adunanza dei creditori davanti al giudice prevista dall'art. 175 l.f. per la procedura di concordato preventivo.

L'art. 11, co. 1, della l. n. 3 del 2012 prevede attualmente che: «*I creditori fanno pervenire, anche per telegramma o per lettera raccomandata con avviso di ricevimento o per telefax o per posta elettronica certificata, all'organismo di composizione della crisi, dichiarazione sottoscritta del proprio consenso alla proposta, come eventualmente modificata almeno dieci giorni prima dell'udienza di cui all'articolo 10, comma 1. In mancanza, si ritiene che abbiano prestato consenso alla proposta nei termini in cui è stata loro comunicata*».

Una non corretta articolazione della punteggiatura nella norma richiamata, cioè la mancanza di una virgola dopo l'inciso «*come eventualmente modificata*», porta ad un'incertezza interpretativa circa la riferibilità del termine di dieci giorni alla modifica della proposta o al termine per le votazioni.

Da un lato, la formazione del meccanismo di silenzio-assenso sulla proposta porta a ritenere necessario un *dies ad quem* (così come avviene nella procedura di concordato preventivo ad opera dell'art. 178, co. ult., l.f.) entro il quale i creditori possano votare, con la conseguenza che il termine di dieci giorni dovrebbe ben essere riferito alla votazione dei creditori. Dall'altro lato, anche la modifica della proposta dovrebbe essere effettuata entro un termine.

Non si tratta tanto di verificare come i singoli tribunali abbiano ovviato, in sede di applicazione della norma, a tali inconvenienti ermeneutici, quanto della necessità che, l'occasione di un intervento di riforma venga usata per poter dare maggior certezza ai termini previsti tanto per la modifica della proposta (che dovrebbe scadere prima del termine fissato per la votazione da parte dei creditori) che per il momento in cui si forma il cd. silenzio-assenso. In mancanza, si ha un'incertezza applicativa che può portare alla formazione di prassi diverse tra i vari tribunali.

De iure condendo, occorre, dunque, valutare l'opportunità, fermo restando il termine complessivo di durata della procedura nell'arco di sei mesi, una fissazione dei termini in ordine cronologico che consentisse – attraverso anche un ampliamento del ter-

mine di sessanta giorni tra il deposito della domanda e quello dell'udienza – di articolare la sequenza cronologica delle seguenti scadenze in ordine successivo:

1) il termine entro il quale può essere modificata la proposta;
2) il termine entro il quale deve essere esercitato il voto (dal quale dipende la formazione del cd. silenzio-assenso sulla proposta);
3) il termine per la trasmissione della relazione da parte degli O.C.C. ai creditori;
4) il termine per le contestazioni.

La fissazione dell'udienza dopo la scadenza di quest'ultimo termine consentirebbe la completa instaurazione del contraddittorio su tutte le questioni rilevanti ai fini dell'eventuale omologazione dell'accordo, consentendo al giudice di andare immediatamente in riserva, senza la necessità di fissare un'ulteriore udienza.

6) Esdebitazione del socio illimitatamente responsabile nell'accordo di ristrutturazione della società di persone non fallibile.

Attualmente l'art. 11, co. 2, della l. n. 3 del 2012 prevede, con previsione analoga a quella dell'art. 184, co. 1, l.f., che: «*L'accordo non pregiudica i diritti dei creditori nei confronti dei coobbligati, fideiussori del debitore e obbligati in via di regresso*». Manca, invece, una previsione corrispondente a quella contenuta nell'art. 184, co. 2, l.f., in base alla quale: «*Salvo patto contrario, il concordato della società ha efficacia nei confronti dei soci illimitatamente responsabili*».

È necessario un intervento normativo che riduca la disparità di trattamento tra la società di persone fallibile, dove i soci illimitatamente responsabili possono beneficiare degli effetti esdebitatori, **e la società di persone non fallibile**, dove i soci non possono esdebitarsi, stante la preclusione di cui all'art. 11, co. 2, l. n. 3 del 2012. Non può essere dubitabile che il socio illimitatamente responsabile rientri nella nozione di "coobbligato". Difatti, la responsabilità illimitata dei soci e quella della società trova fonte nel medesimo fatto costitutivo. Ed il *beneficium excussionis* rileva in sede esecutiva, senza incidere sull'esistenza dell'obbligazione.

Ne consegue che, stante l'operatività della regola speciale contenuta nell'art. 184, co. 1, l.f. e nell'art. 11, co. 2, l. n. 3 del 2012, è solo un'espressa previsione derogatoria ri-

spetto all'eccezione a poter ripristinare l'operatività della regola generale. *De iure condito*, anche in considerazione della minor esposizione debitoria delle società non fallibili (prive dei requisiti dimensionali di cui all'art. 1, co. 2, l.f.) è evidente la violazione del principio di ragionevolezza dell'art. 11, co. 2, della l. n. 3 del 2012 in relazione al *tertium comparationis* costituito dall'art. 184, co. 2, l.f.

Occorre pertanto **valutare l'inserimento nell'art. 11 della l. n. 3 del 2012 di una previsione analoga a quella contenuta nell'art. 184, co. 2, l.f.**

7) <u>Il requisito di meritevolezza e l'omologazione del piano del consumatore.</u>

La questione va affrontata tenendo conto di una duplice tipologia di comportamenti: quelli del finanziatore e quelli del debitore sovraindebitato.

A) **Il comportamento del finanziatore**. Le situazioni di sovraindebitamento sono spesso riconducibili ad un'errata o superficiale valutazione del merito creditizio da parte dei finanziatori istituzionali. Sul punto il considerando n. 26 della Direttiva n. 48/2008 prevede che: «*In un mercato creditizio in espansione, in particolare, è importante che i creditori non concedano prestiti in modo irresponsabile o non emettano crediti senza preliminare valutazione del merito creditizio, e gli Stati membri dovrebbero effettuare la necessaria vigilanza per evitare tale comportamento e dovrebbero determinare i mezzi necessari per sanzionare i creditori qualora ciò si verificasse*». Di qui una serie di proposte *de iure condendo*.

a) Valutare il possibile inserimento all'interno dell'art. 12-*bis* della l. n. 3 del 2012 di un'**ipotesi di inammissibilità del reclamo ad opera del creditore, che attraverso un'errata valutazione del merito creditizio abbia cagionato la situazione di sovraindebitamento**. La finalità perseguita dalla normativa europea è, infatti, quella di prevenire le situazioni di sovraindebitamento, considerato che la dannosità sociale emerge sotto un duplice profilo: quello del debitore e quello degli altri creditori (soprattutto di coloro che hanno concesso per primi il credito, quando cioè il debitore non era tecnicamente in una situazione di sovraindebitamento). Se la situazione del debitore è quella che fa emergere una maggiore impellenza sociale, non deve essere neppure sottovalu-

tata l'enorme dilatazione dei crediti cd. in sofferenza nei bilanci di chi svolge attività creditizia. La prospettiva sanzionatoria assolve, quindi, ad un'efficacia deterrente quanto mai opportuna, nella misura in cui consente di abbinare la soluzione della situazione di sovraindebitamento con quella della sua prevenzione.

b) Sarebbe auspicabile che **la relazione dell'O.C.C.** (art. 9, co. 3-*bis*) **indicasse**, oltre alle cause dell'indebitamento ed alla diligenza impiegata dal consumatore nell'assumere volontariamente le obbligazioni, **il corretto adempimento o meno degli obblighi informativi da parte del finanziatore**. Invero, anche la violazione degli obblighi informativi indicati artt. 124 e 124-*bis* del TUB, può rilevare sotto un duplice profilo: da un lato, il tribunale, al momento della omologazione, deve tenerne conto per valutare la meritevolezza del debitore (onesto ma sfortunato), e, dall'altro, il finanziatore che ha violato il disposto degli artt. 124 e 124-*bis* del TUB, non può esercitare il controllo di convenienza in sede di omologazione (c.d. *cram down*).

c) Valutare di **consentire l'omologazione anche quando il consumatore abbia assunto obbligazioni irragionevoli e sproporzionate per la violazione da parte del finanziatore dell'obbligo di fornire le informazioni necessarie per la consapevole conclusione del contratto**[6].

B) **Il comportamento del debitore**. Il **requisito della meritevolezza**, per come attualmente configurato dal legislatore, appare troppo restrittivo, soprattutto con riferimento a quelle situazioni riconducibili ad uno **stato di necessità**. Ad esempio, nell'ipotesi in cui il consumatore sia costretto a fare un finanziamento, per far fronte ad una situazione impellente e improcrastinabile (il ricovero di un familiare per un'operazione che può essere eseguita solo in una particolare struttura, magari all'estero) è evidente la prevedibilità delle difficoltà a restituire l'importo ricevuto, ma è altrettanto evidente l'inesigibilità di una diversa condotta. Un'eventuale eccessiva dilatazione dell'ambito di applicazione dell'istituto in esame può ben essere evi-

[6] In questo senso viene proposta una modifica dell'art. 12-bis della l. n. 3 del 2012 del seguente tenore: «*L'omologazione è consentita anche quando il consumatore ha assunto obbligazioni irragionevoli e sproporzionate in presenza della violazione da parte del finanziatore, che valuta il merito creditizio, dell'obbligo di fornire le informazioni*».

tata, mediante l'imposizione di un requisito probatorio rigoroso in capo al debitore, attraverso anche l'eventuale prova documentale della destinazione delle somme ricevute a finalità indifferibili per la tutela della persona.

Inoltre, l'attuale formulazione normativa in ordine ai presupposti di accesso alla procedura pone l'**assenza di colpa** come un requisito nei fatti impediente, tale per cui, nei primi anni di applicazione della legge, si sono potuti contare pochissimi ricorsi accolti, per lo più in considerazione di eventi sopravvenuti e imprevedibili, quando, invece, la l. n. 3 del 2012 vorrebbe salvare tutte le situazioni di sovraindebitamento, anche, e soprattutto, quelle già esistenti al momento della sua emanazione (vale a dire coloro che hanno subito usura ed estorsione: vedi i primi cinque articoli della l. n. 3 del 2012), che certo non sono stati interessati da eventi esogeni successivi[7]. Le legislazioni estere non pongono eccessivi distinguo in ordine alla colpevolezza della condotta del sovraindebitato, ma hanno invece riguardo all'effetto dell'esdebitazione, che è dato, a livello generale, dalla possibile ripresa economica[8]. **Occorre dunque urgentemente sostituire un altro parametro al criterio della mancanza di colpa nell'essersi sovraindebitati**[9].

a) Tale parametro è stato individuato da qualcuno nel requisito della **buona fede**[10], o dello stato di necessità[11], o in un altro sufficientemente ampio, da consentire alla giurisprudenza di riempirlo di contenuti in relazione al caso concre-

[7] La legge non è per i furbi, ma neppure deve essere ostacolata dalla paura dei furbi. Non si tratta di fare del bene, come il Buon Samaritano, ma di provocare la ripresa economica attraverso la liberazione di risorse altrimenti inerti (i sovraindebitati), destinati allo stato attuale a costituire un fardello per la società (anziché una risorsa), a causa di debiti che non verranno mai restituiti. Se si accumulassero troppe situazioni di tal genere, come sta accadendo (vedi i dati Bankitalia: 190 mld di euro), tutta la Nazione ne risentirebbe in termini di una possibile bancarotta generale.

[8] I Paesi che utilizzano maggiormente l'istituto dell'esdebitazione (immediata negli USA, per il Chapter 7; in numero di 100.000 all'anno in Germania) sono anche quelli con le economie più forti. E non è un caso. Il perdono è dei forti, e qui si tratta di avere la forza di perdonare il debito di molti, troppi, cittadini, nell'interesse di tutti. I 100.000 esdebitati all'anno della Germania contribuiscono senz'altro alla crescita economica nazionale di quel Paese, mentre i nostri sono destinati ad essere per sempre un peso sociale, economico ed umano.

[9] La l. n. 3 del 2012 non ha attualmente raggiunto il suo scopo (il *fresh start*, la induzione alla ripresa economica), e non lo raggiungerà, è come una macchina nuova con le ruote sgonfie: non potrà mai andare avanti se non si pompa aria nelle gomme, se non si toglie il macigno della colpa dal suo cuore vitale.

[10] Nel codice civile vi sono vari esempi di buona fede non strettamente riconducibili all'ignoranza di ledere l'altrui diritto, in relazione ai quali è possibile dare un contenuto particolare attagliato al caso concreto. Si pensi all'art. 128 c.c., per il caso di matrimonio putativo, ove la buona fede va intesa come l'affidamento nella situazione apparente da parte dei coniugi, o all'art. 1909 c.c. per il contratto di assicurazione con premio non coerente con il valore della cosa assicurata, ove la buona fede va intesa come ignoranza del valore reale della cosa assicurata. Non sembra, pertanto improprio adoperare una clausola generale in chiave particolare, attagliata al caso di cui la norma si occupa.

[11] Il debitore è costretto al prestito dalla necessità di salvare sé, o un componente del proprio nucleo familiare convivente, dal pericolo attuale di un danno grave alla persona, pericolo non volontariamente causato, né altrimenti evitabile, sempre che il fatto sia proporzionato al pericolo.

to. In tal senso, si è parlato di buona fede fondante l'inesigibilità della prestazione (inadempimento di necessità)[12], a tutela del debitore inteso primariamente come persona, per ovviare a situazioni in cui risulta potenzialmente compromessa la dignità dell'uomo, laddove la situazione di sovraindebitamento è di per sé l'arretrato della povertà e, quindi, della inaccessibilità a beni e servizi primari, per cui adempiendo il debitore finirebbe per privarsi di beni di prima necessità.

b) È stato altresì proposto da altri, più radicalmente e sempre per finalità di maggiore accesso alla procedura, anche in connessione con le esigenze di esdebitazione, di **sopprimere il requisito della meritevolezza e sostituirlo con una migliore specificazione del requisito impeditivo degli atti di frode**, che ben possono ricomprendere i **comportamenti dolosi o disonesti del debitore**. In altri termini, secondo questa opzione ha diritto a ricorrere alle procedure di sovraindebitamento non già il debitore meritevole, ma il debitore che non sia incorso in comportamenti dolosi o disonesti.

Costituisce un ulteriore profilo di criticità dell'attuale normativa anche il richiamo contenuto nell'art. 12-*bis*, co. 3, della l. n. 3 del 2012 all'idoneità del piano ad assicurare il pagamento dei crediti di cui all'art. 7, co. 1, terzo periodo, in quanto, se il consumatore è colui che ha assunto obbligazioni esclusivamente per scopi estranei alla attività imprenditoriale o professionale eventualmente svolta, **diventa contraddittorio il riferimento all'IVA ed alle ritenute operate e non versate**, che non può riguardare il consumatore "puro", ma solo il consumatore che ha assunto obbligazioni anche per attività imprenditoriale o professionale esercitata sia pure in modo "marginale".

8) <u>La liquidazione del patrimonio.</u>

La liquidazione sembra costituire un'alternativa alla proposta di composizione (art. 14-*ter*, *incipit* del co. 1), ma non è nella disponibilità esclusiva del debitore, potendosi con-

[12] FORCELLINI, *Sovraindebitamento e statuto dell'obbligazione pecuniaria*, in *Europa e diritto privato*, n. 1/2015, pagg.150-153.

figurare una liquidazione in conversione (art. 14-*quater*), quale seconda mossa ad iniziativa del creditore dopo quella iniziale del debitore.

L'interpretazione letterale dell'art. 14-*ter* sembra ipotizzare una selezione iniziale e preventiva, non emendabile con una modifica della proposta del piano o dell'accordo in corso di procedura e cioè prima della fase dell'omologa. La rinuncia alla proposta con contestuale domanda di liquidazione del patrimonio, per altro, diverrebbe inammissibile ai sensi dell'art. 7, co. 2, lett b), della l. n. 3 del 2012 (divieto di recidiva infraquiquennale, rigorosamente interpretato). Ma se la liquidazione del patrimonio è conformata al brocardo "*electa una via non datur recursus ad alteram*", allora si evidenzia una asimmetria con il concordato preventivo sempre reiterabile (con il limite dell'abuso del diritto) e con la possibilità di richiesta di autofallimento che accompagna tutta la procedura concordataria senza preclusione alcuna. Ciò potrebbe fondare un possibile sospetto d'illegittimità costituzionale.

La seconda contraddizione si rinviene nell'istituto di cui all'art. 14-*quater*, che rappresenta tanto una libera opzione del sovraindebitato, quanto la seconda mossa del creditore cui si espone il debitore quando la prima, di sua esclusiva pertinenza, entri in fase patologica.

La conversione, per altro, costituisce istituto processualmente unitario, non potendosi ipotizzare che nella più blanda ipotesi di una patologia funzionale (contenuta nel secondo periodo) si proceda di ufficio (ove così volesse intendersi la locuzione «*è altresì disposta*»), mentre sia necessario l'impulso di parte per la più grave ipotesi di patologia genetica (dolosa alterazione dell'attivo o del passivo o simulazione di attività inesistenti *ex* richiamato art. 14-*bis*, co. 2, lett. a).

L'istituto della conversione è emblematico dell'interesse sotteso alla procedura e, dunque, alla sua causa. Essa costituisce l'alternativa della regolazione delle posizioni creditorie secondo i principi della concorsualità piuttosto che secondo quelli del diritto comune. In questo senso pare essere significativo, accanto a quello del debitore all'accesso ad una procedura più amichevole rispetto alla deriva delle esecuzioni singolari, l'interesse dei creditori – o anche di uno solo di essi che la impone agli altri (creditori forti) – inte-

resse al rispetto della *par condicio* in un contesto liquidatorio presidiato dal controllo giurisdizionale e da organi terzi.

L'articolazione complessa degli interessi in gioco può condurre alla soluzione della grave aporia sistematica contenuta nell'art. 14-*quater*.

Il secondo periodo dell'art. 14-*quater* prevede, infatti, la conversione per patologia funzionale della procedura di composizione in caso di mancato pagamento alle scadenze dei crediti della P.A. e degli Enti previdenziali e assistenziali (art. 11, co. 5: cessazione degli effetti dell'accordo; art. 14-*bis*, co. 1: cessazione degli effetti dell'omologazione del piano), in caso di risoluzione dell'accordo e di cessazione degli effetti dell'omologazione del piano (art. 14-*bis*, co. 2, lett. b) per inadempimento o impossibilità di esecuzione, ove determinati da cause imputabili al debitore.

Ne deriva che nel caso d'incolpevolezza/non imputabilità del debitore, questi è privato della alternativa liquidatoria in conversione. Se la cosa ha un senso sotto il profilo della sottrazione del debitore all'iniziativa del creditore, determina una aporia del sistema e un sospetto di illegittimità costituzionale la privazione del debitore incolpevole delle possibilità insite nella procedura liquidatoria con eventuale successiva esdebitazione.

Vengono altresì violati i principi di cui alla Raccomandazione della Comm. Europea del 12 marzo 2014.

Si noti che, per casi siffatti, l'art. 13-*ter*, co. 4, prevede solo la possibilità di modifica della proposta nell'ambito delle procedure di cui alla sezione I: nuova proposta di accordo o di piano, ma nella impossibilità di riformularla, manca la previsione della alternativa liquidatoria.

È quindi auspicabile rendere generale l'accesso alla procedura di liquidazione senza divieto di recidiva. **Prima dell'omologa il debitore potrebbe rinunciare alla procedura di composizione** (di cui preveda l'esito negativo, come in caso di ritenuta fondatezza di un proposto *cram down*) **e presentare domanda di liquidazione**. **Dopo l'omologa la conversione** (istituto che presuppone l'omologa) **resta possibile anche in ipotesi di inadempimento incolpevole o di impossibilità per cause non imputabili, ma solo ad iniziativa del debitore stesso** (non anche del creditore).

Ne risulterebbe eliminata la irrimediabilità dell'accordo o del piano quale strada unica e rischiosa per il debitore.

Un'ulteriore profilo oggetto di ripensamento riguarda gli **atti di frode**. L'art. 14-*quinquies* subordina il decreto di apertura della liquidazione alla verifica dell'assenza di atti di frode, ma sembra trattarsi di una formale conformazione ai modelli introduttivi delle procedure di composizione piuttosto che di un istituto operativo.

Anche a tacere della difficoltà di un rilievo officioso da parte del giudice nella fase preliminare posto che la normale emersione degli atti di frode avviene in una fase successiva (anche nel concordato la previsione è strettamente correlata alla presenza del commissario giudiziale), la particolarità della procedura di liquidazione è che essa non presenta una patologia idonea alla revoca del decreto di apertura o, comunque, al suo arresto. Ne deriva che non ha senso ipotizzare la operatività di un fatto preclusivo che, se accertato successivamente (come di norma avviene), è destinato a restare privo di effetto in relazione al regolare decorso della procedura.

Vi sono chiari indici normativi della totale irrilevanza degli atti di frode, antecedenti o successivi alla apertura della liquidazione.

La conversione *ex* art. 14-*quater*, anche se chiesta dal debitore, non passa attraverso il filtro degli atti di frode, che anzi costituiscono una delle possibili patologie – successive all'omologa di una procedura di composizione – legittimante la conversione stessa. L'art. 14-*quater* prevede la conversione con decreto del giudice avente il contenuto di cui all'art. 14-*quinquies*, co. 2, con esclusione del primo comma che, appunto, prevede l'assenza degli atti di frode.

Risolutivo appare poi l'art. 14-*terdecies*, co. 2, lett. b), che, in presenza di atti di frode posti in essere anche nel corso della liquidazione, si limita ad escludere il beneficio della esdebitazione, ma ne predica al tempo stesso la irrilevanza tanto per l'apertura che per la prosecuzione della liquidazione (altrimenti la questione della esdebitazione neppure si porrebbe).

Vi sono poi alcuni **refusi nella disciplina della liquidazione**, come ad esempio, il riferimento improprio all'omologazione contenuto nell'art. 14-*quinquies*, co. 2, lett. b) ed i limiti previsti dal co. 2, lett. f), con riferimento ad un inesistente co. 5, lett. b, dell'art. 14-

ter (*rectius*: co. 6, lett. b). Inoltre, il riferimento alla liquidazione di cui «alla seconda sezione» quale termine di comparazione nella contestazione di convenienza di cui agli artt. 12, co. 2, e 12-*bis*, co. 4, introduce una alternativa non concretamente praticabile e, dunque, esclude l'interesse del creditore alla contestazione.

Al creditore, infatti, è preclusa la promozione della liquidazione del patrimonio del debitore se non in conversione di altra di composizione, regolarmente omologata e poi entrata in fase patologica. **È parso, dunque, opportuno suggerire, al fine di dare significato all'istituto, una modifica delle citate norme che introducesse quale termine di comparazione quello previsto dall'art. 180, co. 4, l.f.**

9) <u>L'esdebitazione.</u>

Il percorso fra liquidazione ed esdebitazione, al contrario delle apparenze suggerite dalla contiguità delle disposizioni contenute nella medesima sezione, non appare per nulla scontato e, dunque, non ne costituisce il naturale risultato premiale.

Ciò per le per le seguenti ragioni:

1) non vi è coincidenza nel requisito soggettivo di accesso essendo molto più ristretta (persona fisica) la platea dei legittimati alla esdebitazione rispetto alla liquidazione;
2) in quanto tale, il consumatore sovraindebitato rischia di non avere in concreto accesso alla esdebitazione. L'esclusione per immeritevolezza di cui all'art. 14-*terdecies*, co. 2 (ricorso al credito colposo e sproporzionato), cui è correlata la relazione O.C.C. di cui all'art. 14-*ter*, co. 3, lett. a) e b), ove non operativa avrebbe consentito l'omologa del piano (senza necessità di ricorso alla esdebitazione). In altri termini, sotto questo profilo, se il consumatore è meritevole, ottiene l'omologa del piano, se l'omolga è esclusa non ravvisandosi meritevolezza, altrettanto avverrà in sede di esdebitazione (salvo il piccolo spiraglio lasciato aperto dal possibile diverso atteggiarsi dell'onere della prova);
3) si dovrà ottemperare, o dare la improbabile prova di averci provato, alla clausola vessatoria (estranea al parallelo istituto di cui all'art. 142 l.f.) prevista dall'art. 14-*terdecies*, co. 1, lett. e), che impone lo svolgimento di attività produttiva di reddito.

Sono state segnalate le singolari contraddizioni rispetto alla situazione di un debitore che svolge lavoro casalingo o che è pensionato. Per altro, gli eventuali abusi possono essere ricondotti all'obbligo di cooperazione di cui alla lett. a);

4) la revoca senza limiti temporali prevista dall'art. 14-*terdecies*, co. 5, crea una gravissima aporia sistematica in riferimento all'istituto di cui all'art. 142 l.f. Trattandosi poi di discriminazione in danno di un soggetto più debole il sospetto di illegittimità costituzionale è pesante.

Inoltre, una esdebitazione condizionata costituisce elemento di incertezza nei rapporti giuridici: chi mai negozierà con un soggetto che in qualunque momento potrebbe ritrovarsi gravato dal precedente fardello debitorio?

La raccomandazione della Commissione Europea del 12 marzo 2014 enuclea principi che gli Stati membri sono invitati ad applicare anche ai consumatori ed al loro "fallimento" (punto 15 delle considerazioni preliminari).

Per quanto qui interessa, questi i principi predicati dalla Raccomandazione in tema di "riabilitazione" intesa come liberazione integrale dai debiti (parte IV):

1) accesso generale all'istituto da non riservarsi necessariamente alla persona fisica (il debitore è da intendersi tanto come persona fisica che giuridica: parte II - "Definizioni"- punto 5);
2) la "seconda opportunità" deve essere concessa entro il termine massimo di 3 anni dalla data di apertura della procedura concorsuale liquidatoria (punto 30, lett. a) ovvero dalla data di inizio della attuazione del piano di ammortamento (punto 30, lett. a);
3) la riabilitazione, alle scadenze di cui sopra, deve essere automatica, senza necessità dell'intervento del giudice almeno in linea di principio (punto 31);
4) rilevanza preclusiva di comportamenti disonesti o in mala fede prima e dopo l'apertura della procedura concorsuale (punto 32, lett. a).

Quanto poco rassomigli al modello europeo l'istituto di cui all'art. 14-*terdecies* (ma invero anche quello di cui all'art. 142 l.f.) appare evidente.

Sarebbe quindi opportuno rendere simmetrico il requisito di accesso alla liquidazione e quello di accesso all'esdebitazione, oltre che rivedere, in senso meno penalizzante per il debitore, i criteri di selezioni previsti dall'art. 14-*terdecies*.

Sarebbe opportuna l'anticipazione del *dies a quo* rispetto a quello coincidente con la chiusura della liquidazione attualmente previsto dall'art. 14-*terdecies*, co. 4. Tale termine potrebbe anche essere correlato a quello quadriennale di cui all'art. 14-*undecies*, per altro richiamato dall'art. 14-*terdecies*, co. 1, lett. e). L'anno dalla chiusura della liquidazione potrebbe essere mantenuto quale *dies ad quem*.

Anche l'istituto della revoca previsto dall'art. 14-*terdecies*, co. 5, dovrebbe essere ripensato in funzione di una sua eventuale abrogazione.

10) <u>Le sanzioni penali</u>

L'art. 16 (sanzioni penali) appare connotato di genericità (in violazione del principio di tassatività) laddove prevede il reato per l'O.C.C. quando «*rende false attestazioni in ordine alla veridicità dei dati …. alla fattibilità del piano*». Appare di difficile comprensione una falsa attestazione di fattibilità, visto che, quest'ultima, rappresenta, invece, un giudizio, una prognosi postuma, ma non una attestazione. **La norma potrebbe presentare un maggior grado di determinatezza laddove la falsa informazione fosse riferita alla veridicità dei dati contenuti nella proposta o nei documenti ad essa allegati o ad elementi di fatto concernenti la fattibilità del piano.**

L'art. 16, co. 1, lett. f), nel prevedere che sia punito con la reclusione da sei mesi a due anni e con la multa da 1.000 a 50.000 euro il debitore che intenzionalmente non rispetti i contenuti dell'accordo o del piano del consumatore, contiene una previsione che, di fatto, **applica la sanzione penale ad un'ipotesi di inadempimento e** che **dovrebbe essere opportunamente abrogata**.

Montecatini Terme 20/06/2015