

**UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI MODENA E REGGIO EMILIA**  
**- FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA -**

Scuola di dottorato di ricerca in scienze giuridiche

*"La cultura giuridica europea dell'impresa e delle istituzioni"*

XXVII Ciclo di Studi

- Indirizzo Diritto Commerciale -

***“L’insolvenza “civile” si fa  
strada nel moderno diritto dell’economia”***

***Direttore Scuola di dottorato: Chiar.mo Prof. Aljs Vignudelli***

***Coordinatore organizzativo: Chiar.mo Prof. Alberto Tampieri***

***Relatore: Chiar.mo Prof. Avv. Sido Bonfatti***

***Candidato: Pier Francesco Marcucci***

ANNO ACCADEMICO 2015/2016

# INDICE

<b>CAPITOLO I: INSOLVENZA CIVILE E COMMERCIALE: UNA RICOSTRUZIONE STORICO – SISTEMATICA</b>	<b>1</b>
1.1 PREMESSA	1
1.2 IL TRATTAMENTO DELL’INSOLVENTE NELLA GRECIA ANTICA	1
1.3 I PRIMI MODELLI DI AZIONE ESECUTIVA E LA RESPONSABILITÀ PATRIMONIALE DEL DEBITORE: L’ESPERIENZA DEL DIRITTO ROMANO	2
1.4 GLI INFLUSSI GERMANICI SUI MODELLI DI TUTELA DEI CREDITORI	5
1.5 L’INSOLVENZA IN EPOCA COMUNALE	5
1.6 IL TRATTAMENTO DELL’INSOLVENZA NEI PRINCIPALI IMPERI EUROPEI	11
1.6.1 Il modello francese	11
1.6.2 Il modello dell’insolvenza nella mitteleuropa del ‘700	13
1.6.3 Il modello gestione dell’insolvenza in Spagna	14
1.7 L’OTTOCENTO E L’EPOCA DELLE CODIFICAZIONI FRANCESE ED ITALIANA	15
1.8 IL DIRITTO CONCURSUALE MODERNO	20
1.8.1 Il codice civile e la legge fallimentare del 1942	20
1.8.2 L’insolvenza nella legge fallimentare tra prassi applicativa e speculazioni dottrinali	22
1.8.3 la lunga strada dal diritto fallimentare al diritto dell’economia: dai modelli concorsuali - liquidatori a quelli negoziali per la prevenzione dell’insolvenza	27
1.8.4 2000-2005: tanti progetti per una riforma	33
1.8.5 la riforma della legge fallimentare e il nuovo diritto dell’insolvenza	38
1.8.6 Gli accordi di ristrutturazione dei debiti tra modelli concorsuali e soluzioni negoziali per la composizione delle crisi	41
1.8.7 L’insolvenza e lo stato di crisi	44
1.9 L’INSOLVENZA CIVILE AI GIORNI NOSTRI: LE RAGIONI E L’ITER (ACCIDENTATO) CHE HANNO PORTATO ALLA LEGGE FEBBRAIO 2012 N. 3	46
1.10 IL PROGETTO DELLA “COMMISSIONE RORDORF” E LE PROSPETTIVE DI RIFORMA	53
1.11 CONCLUSIONI	56
<b>CAPITOLO II: LA DISCIPLINA DEL SOVRAINDEBITAMENTO: PRESUPPOSTI, NATURA E CONTENUTO</b>	<b>57</b>
2.1 I PRESUPPOSTI SOGGETTIVI DI ACCESSO ALLE PROCEDURE DI COMPOSIZIONE DELLA CRISI DA SOVRAINDEBITAMENTO	58
2.1.1 Presupposti soggettivi: il dilemma tra assoggettabilità e soggezione	58
2.1.2 Presupposti soggettivi: il caso del socio illimitatamente responsabile	61
2.1.3 Presupposti soggettivi: l’assoggettabilità in concreto come parametro oggettivo	64
2.1.4 Presupposti soggettivi: altre ipotesi di non assoggettabilità	65
2.1.5 Presupposti soggettivi: le imprese agricole	66
	II

2.1.6 Presupposti soggettivi: i piccoli imprenditori o gli imprenditori piccoli?	67
2.1.7 Presupposti soggettivi: altri casi	70
2.2 PRESUPPOSTI OGGETTIVI PER L'ACCESSO ALLE PROCEDURE DI SOVRAINDEBITAMENTO	73
2.3 LE PROCEDURE DI COMPOSIZIONE DELLA CRISI DA SOVRAINDEBITAMENTO	78
2.3.1 la natura delle procedure di sovraindebitamento: l'accordo del debitore	78
2.3.2 la natura delle procedure di sovraindebitamento: il piano del consumatore	84
2.3.3 la natura delle procedure di sovraindebitamento: la procedura liquidatoria	86
2.4 IL CONTENUTO DELL'ACCORDO DEL DEBITORE E DEL PIANO DEL CONSUMATORE E LA SUDDIVISIONE IN CLASSI	87

## CAPITOLO III: LA STRUTTURA PROCESSUALE DELLE PROCEDURE DI COMPOSIZIONE DELLE CRISI DA SOVRAINDEBITAMENTO 96

3.1 L'ACCORDO DEL DEBITORE	96
3.1.1 La fase introduttiva	96
3.1.2 La fase di formazione dell'accordo	101
3.1.3 La fase dell'omologazione	104
3.1.4 i profili patologici dell'accordo	107
3.2 IL PIANO DEL CONSUMATORE	108
3.2.1 Struttura della procedura e principali differenze rispetto all'accordo del debitore	108
3.2.2 Effetti dell'omologa	110
3.2.3 Revoca ipso iure del piano del consumatore e cessazione e revoca degli effetti del piano	111
3.2.4 Fase esecutiva	111
3.3 LA PROCEDURA DI LIQUIDAZIONE DEL PATRIMONIO DEL DEBITORE	112
3.3.1 natura e finalità	112
3.3.2 l'esdebitazione del debitore come beneficio apparente	113
3.3.3 Gli organismi della procedura	115
3.3.4 la procedura	117
3.4 CONCLUSIONI	120

## CAPITOLO IV: SOVRAINDEBITAMENTO: TRA TEMATICHE OPERATIVE (VARIE) E PRASSI APPLICATIVE DIVERSE 122

4.1 I CONTRATTI PENDENTI	122
4.1.1 Concorsualità, crediti scaduti (e non) e contratti in corso di esecuzione	122
4.1.2 Breve digressione sui rapporti sinallagmatici nelle procedure concorsuali	123
4.1.3 principio di prosecuzione dei contratti e rimedi applicabili in caso di inadempimento: tra concordato preventivo e procedure di sovraindebitamento	126
4.1.4 Un "bizzarro" caso di trattamento del mutuo ipotecario nell'ambito del sovraindebitamento	130
4.1.5 Alcune considerazioni sul trattamento dei contratti c.d. di "liquidità" nel sovraindebitamento	132
4.2. GLI ORGANISMI DI COMPOSIZIONE DELLA CRISI	135
4.2.1 Gli Organismi di composizione della crisi: alcune osservazioni generali	135
4.2.2 Gli Organismi di composizione della crisi alla luce del D.M. 24 settembre 2014, n. 202: la struttura degli Organismi e le regole sulla terzietà e indipendenza	138
4.2.3 Gli Organismi di composizione della crisi alla luce del D.M. 24 settembre 2014, n. 202: il registro, le modalità di iscrizione e di registrazione	141

4.2.4 Gli Organismi di composizione della crisi alla luce del D.M. 24 settembre 2014, n. 202: i costi della procedura	142
4.3. PROCEDURE CONCURSUALI E STRUMENTI DI COMPOSIZIONE DELLE CRISI: LA CONVIVENZA TRA PROCEDURE PER SOCI E SOCIETÀ	143
4.3.1 Introduzione alla questione	143
4.3.2 l'utilizzo del surplus per il soddisfacimento dei creditori estranei al concorso e il rapporto di pregiudizialità	144
4.3.3 Il ruolo dei creditori "estranei" alla procedura di sovraindebitamento	145
4.3.4 Il socio - fideiussore	148
4.4 CONCLUSIONI	149
INDICE BIBLIOGRAFICO	161

*“Ut sementem feceris ita metes”*

Cicerone, De Oratore, 2, 65, 261

*A Leonardo e Federico*

## Introduzione all'elaborato

L'evoluzione del sistema di regole che disciplina il fenomeno dell'insolvenza ha subito, negli ultimi tre lustri, una decisa accelerazione, imposta dal legislatore domestico che, dopo decenni di quiescenza, pare non voler arrestare la propria opera riformatrice in ambito concorsuale, obbligato vieppiù dalle negative contingenze che affliggono il Paese<sup>1</sup> soprattutto a causa della crisi economica globale<sup>2</sup>.

Da un lato la necessità di rendere più flessibile e moderno l'ordinamento concorsuale rispetto alle mutate dinamiche economiche e sociali del ventunesimo secolo e, dall'altro, quella di estendere l'ambito soggettivo delle soluzioni concertate per la composizione delle crisi anche a soggetti tradizionalmente esclusi dal perimetro della fallibilità.

Tali esigenze hanno tuttavia prodotto un profluvio di norme e proposte di riforma che da inizio anni duemila ad oggi – in maniera non sempre coerente ed efficace - hanno letteralmente stravolto le modalità di gestione delle crisi imprenditoriali in Italia.

Oggetto di riforma non sono state solo le procedure concorsuali classiche quali fallimento e concordato preventivo, bensì il legislatore ha avuto riguardo di introdurre tutta una serie di strumenti di natura spiccatamente contrattuale, atti a far emergere ed agevolare la composizione della crisi già al manifestarsi dei primi segnali di stress finanziario dell'impresa. In altre parole il legislatore ha cercato di approntare una serie di istituti flessibili graduati secondo la gravità del dissesto e l'ampiezza della base creditoria coinvolta nell'ambito dell'operazione di ristrutturazione dell'indebitamento.

In questa opera riformatrice si riscontra una tendenza del legislatore ad emulare ordinamenti concorsuali stranieri, quali quello francese<sup>3</sup> e, soprattutto, quello nord americano<sup>4</sup>. Con il susseguirsi delle riforme si è infatti nitidamente ravvisato un cambio di approccio da parte del legislatore domestico che, da una logica fortemente punitiva e sanzionatoria, è passato ad una politica c.d. “*debtor friendly*” finalizzata a promuovere ed incentivare l'utilizzo di strumenti di composizione negoziale atti a prevenire o evitare il fallimento e le relative conseguenze sociali ed economiche prodotte dalla cessazione dell'attività aziendale e dalla liquidazione atomistica dei beni<sup>5</sup>.

---

<sup>1</sup> Per un esaustivo inquadramento sull'attuale situazione economica delle imprese e delle famiglie italiane si veda I.VISCO, *Relazione Annuale per il 2014 del Governatore della Banca d'Italia*, centoventunesima Assemblea Ordinaria della Banca d'Italia, Roma, 26 maggio 2015, pp. 48 ss., [www.bancaditalia.it](http://www.bancaditalia.it).

<sup>2</sup> Per una lucida analisi sulle cause della crisi economica globale si veda il saggio di N.ROUBINI – S.MIHM, *La crisi non è finita*, Feltrinelli, 2013; M.BAGELLA, *Profili di gestione delle crisi, il mercato le imprese, la società*, a cura di Patalano – Santini, Fondazione Gabriele Berionne, Padova, 2014, pp. 3 ss.

<sup>3</sup> Si veda E.BERTACCHINI, *Esigenze di armonizzazione e tendenze evolutive (o involutive?) nella composizione negoziale delle crisi: dal tramonto del dogma della “non fallibilità” alle prospettive de iure condendo*, in *Nuove leggi civili commentate*, n. 5/2012, pp. 877 ss.

<sup>4</sup> Per tutti si veda .D.GALLETTI, *Il nuovo diritto fallimentare*, diretto da Jorio – Fabiani, Bologna, 2010, pp. 2269 ss.

<sup>5</sup> Sul punto si segnala un interessante Working Paper della Banca d'Italia realizzato da G.RODANO – N.SERRA VELARDE – E.TARANTINO, *Bankruptcy law and bank financing*, Roma, giugno 2015, n. 1013, [www.bancaditalia.it](http://www.bancaditalia.it), dove si analizza l'impatto economico della riforma per gli operatori finanziari e si evidenzia come si sia prodotto “*un aumento del tasso di interesse sui prestiti bancari alle piccole e medie imprese pari a 12 punti base (con un aumento di circa il 3*

Gli strumenti offerti dall'ordinamento concorsuale (o para-concorsuale) sono connotati da una forte componente negoziale, sebbene non possano assurgere al rango di meri accordi tra privati<sup>6</sup>, poiché nell'*iter* di perfezionamento di questi “*contratti di gestione della crisi*” devono essere approvati dai creditori e vagliati ed omologati dall'autorità giurisdizionale.

Tuttavia, sino all'avvento della crisi globale, il legislatore non ha mai preso seriamente in considerazione le istanze di maggiore inclusività che da più parti venivano espresse già a far data dagli anni '70 – '80 del novecento. Anzi, la riforma del 2005 – 2006 si è rivelata, in tal senso, una vera e propria ‘occasione mancata’, avendo, al contrario, innalzato le soglie di non fallibilità, escludendo così da tale perimetro molte più imprese rispetto alla disciplina previgente<sup>7</sup>.

Solo nel 2012, dopo decenni di dibattiti e proposte volte ad eliminare questa lacuna nel nostro ordinamento, il legislatore della riforma ha introdotto una disciplina organica per la soluzione delle crisi da sovraindebitamento per il c.d. debitore civile.

La nuova disciplina del sovraindebitamento approdata in Italia nell'epoca della decretazione d'urgenza richiede alcune riflessioni preliminari circa il fenomeno dell'insolvenza civile e, più in generale la concorsualità *tout court*.

---

*per cento della loro spesa per interessi) e una riduzione del tasso di investimento di circa 0.13 punti percentuali. La riforma del 2006 ha invece indotto una riduzione del tasso di interesse di circa 7 punti base (con una riduzione di circa il 2 per cento della spesa per interessi), e un aumento di circa 0.8 punti percentuali del tasso di investimento”.*

<sup>6</sup> Tali strumenti sono stati correttamente definiti “*contratti per la gestione della crisi*”, ovvero figure contrattuali aventi ad oggetto la ristrutturazione del debito d'impresa che tuttavia trovano regolamentazione nell'ambito della Legge fallimentare; cfr. M.VIETTI - F.MAROTTA - F.DI MARZIO, *The Italian chance for restructuring*, Milano 2014, pp. 3 ss.

<sup>7</sup> Uno degli intenti precipui del legislatore era quello utilitaristico di ridurre il drammatico numero di procedure che ad inizio millennio gravava sui tribunali fallimentari, poiché, con il previgente art. 1 legge fallimentare, di fatto, anche le imprese di modestissime dimensioni potevano essere considerate fallibili. Infatti, tale disposizione dichiarava espressamente non fallibili solo le imprese non commerciali, i piccoli imprenditori e gli enti pubblici. A mente dell'art. 2135 c.c. il piccolo imprenditore è il coltivatore diretto, l'artigiano ed il piccolo commerciante, oltretutto chiunque eserciti un'attività professionale ed organizzata con la prevalenza del lavoro proprio o dei componenti della propria famiglia. L'art. 1 L.fall. previgente aveva introdotto alcuni parametri aggiuntivi per rendere più nitido il confine tra fallibilità ed esclusione dalle procedure concorsuali. In particolare si escludeva l'applicabilità della legge fallimentare solo per quei piccoli imprenditori sotto al minimo imponibile per quanto riguardava l'accertamento dell'imposta mobile ed, in ogni caso, quelli il cui capitale investito nell'azienda non superasse le Lire 900.000. Ebbene entrambi i parametri vennero meno, infatti nel 1974 con la riforma della fiscalità venne abrogata l'imposta mobile (a favore dell'IRPEF) ed una pronuncia della Consulta nel 1989 (22 dicembre 1989 n. 570) dichiarò incostituzionale la soglia di Lire 900.000 di capitale investito perché ormai non più attuale ed incapace di cogliere una reale diversità tra realtà fallibili e non fallibili. Di talché sino alle riforme degli anni 2000 l'unico criterio per decidere se un imprenditore fosse o meno piccolo venivano demandate al tribunale il quale in sede pre-fallimentare era soggetto al non semplice compito di accertare la mancanza del requisito della prevalenza dell'attività propria (o dei propri famigliari) per poter dichiarare il fallimento dell'impresa. L'art. 1 prev. L.fall. parlava esclusivamente di imprese commerciali tanto da escludere in radice alcun dubbio circa la non fallibilità delle imprese agricole, tale separazione è rimasta immutata anche agli esiti della riforma creando invero non poco disagio nell'interprete, poiché, prima le dinamiche economiche e successivamente le mutazioni giuridiche hanno mutato i concetti di commercialità e di agrarietà al punto da renderne impossibile una netta separazione concettuale. Quanto invece agli enti pubblici, nel corso della trattazione si vedrà durante come a tutt'oggi permangano seri dubbi ermeneutici in merito all'applicabilità della disciplina fallimentare, con particolare riferimento alle imprese commerciali in mano pubblica costituite in forma societaria (c.d. società in house). Per approfondimenti si veda. M.AMBROSIO, *Attività e impresa agricola*, in Quad. romani dir. comm., diretto da Ferro Luzzi – Libonati, Milano, 2008.

La Legge n. 3 del 27 gennaio 2012 rappresenta una delle innovazioni di maggior rilievo nel panorama di quello che oggi può essere definito *latu sensu* il diritto dell'economia.

La regolamentazione della crisi delle c.d. micro-imprese, delle imprese agricole, delle attività economiche tutte che non trovano soluzione nella legge fallimentare e financo quella del consumatore, è stata affidata ad un provvedimento legislativo il cui *iter* redazionale è stato, come si vedrà nel prosieguo, a dir poco convulso ed accidentato. Basti pensare che tale normativa, introdotta nel gennaio 2012, è stata integralmente stravolta nell'ottobre dello stesso anno con il decreto legge 19 ottobre 2012, n. 178 (convertito con modificazioni nella legge 17 dicembre 2012 n. 221), a causa dell'insuccesso che l'originaria formulazione aveva riscontrato nella prassi.

Peraltro, la necessità di proporre frettolosamente soluzioni concrete per risolvere le crisi dei soggetti c.d. "non fallibili" è stata dettata dall'insostenibile livello di drammaticità che la crisi economica globale ha raggiunto in Italia, soprattutto a far data dal 2011, nuocendo gravemente alla stabilità di imprese e famiglie<sup>8</sup>.

Accanto al complesso contesto sociale e normativo in cui la disciplina del sovraindebitamento si è sviluppata, è necessario segnalare come - in questo triennio di vigenza della legge n. 3/2012 - la giurisprudenza abbia potuto raramente contribuire a definire meglio questi strumenti ed a risolverne i numerosi dubbi ermeneutici.

Infatti, queste procedure risultano ancora scarsamente utilizzate, soprattutto a causa della complessità delle stesse, degli elevati costi e della scarsa confidenza degli operatori con questi strumenti.

È solo il caso di anticipare che le imprese, in particolare quelle di dimensioni più modeste, necessiterebbero di strumenti flessibili che, entro tempi contenuti, possano operare la ristrutturazione incidendo, il meno possibile sul *cash flow* delle stesse. Il rischio di affrontare procedure concorsuali lunghe, complesse ed i cui costi (ed esiti) risultino gravosi ed incerti, potrebbe recare più danni che benefici all'impresa, disattendendo – ed invero contrapponendosi al - l'obiettivo dichiarato di questi istituti, ovvero la prosecuzione dell'attività d'impresa e l'ottenimento del *frash start* (ancorché in forme e modi differenti).

Il presente elaborato cercherà di porre il proprio accento soprattutto sull'insolvenza di coloro che svolgono attività d'impresa e si soffermerà solo marginalmente sulla crisi del consumatore, fenomeno anch'esso disciplinato dalla legge 27 gennaio 2012, n. 3 (c.d. "legge per la composizione delle crisi da sovraindebitamento"<sup>9</sup>) e che ha suscitato grande interesse sin da subito<sup>10</sup>.

---

<sup>8</sup> Si segnalano i supplementi ai bollettini statistici della Banca d'Italia denominati "*I bilanci delle famiglie italiane nell'anno 2014*", n. 64, 3.12.2015 e "*Indagine sulle imprese industriali e dei servizi nell'anno 2014*", n. 34, 21.7.2015, [www.bancaditalia.it](http://www.bancaditalia.it).

<sup>9</sup> D'ora in poi anche L. Sov.

<sup>10</sup> A.DI MAJO, *I punti deboli del sovraindebitamento* "Il Sole 24 Ore", 13.1.2013, sez. norme e tributi, p. 32.

Con riguardo alla prospettiva metodologica adottata per il presente elaborato, preme segnalare come, pur essendovi una naturale affinità tra la disciplina per la composizione delle crisi da sovraindebitamento ed il *corpus* normativo inglobato nella legge fallimentare, alcune questioni critiche, piuttosto che vere e proprie lacune attinenti alle regole di funzionamento della prima, non possano trovare soluzione richiamando *sic et simpliciter* la seconda. È pur vero che alla legge fallimentare ed ai suoi principi il legislatore si è parzialmente ispirato per redigere questi nuovi strumenti, tuttavia non si può immaginare una applicazione analogica di regole rigidamente specialistiche che talvolta derogano – anche in maniera marcata - agli istituti del diritto comune.

Invero, il legislatore ha creato un corpo autonomo di regole applicabile esclusivamente ai soggetti non fallibili ed ha definito un peculiare sistema di concorso tra creditori e di ripartizione dei poteri tra gli organi concorsuali. Tale disciplina, denuncia tuttavia numerose lacune cui l'interprete dovrà cercare di fornire soluzioni concrete ma coerenti con i principi generali dell'ordinamento e con le sue norme fondamentali.

È d'altra parte fisiologico che nel corso della presente trattazione gli istituti della legge fallimentare - tra cui, in particolare, il fallimento il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti - e le soluzioni interpretative adottate in questa sede, assurgano a termine di paragone per inquadrare, anche in una dinamica operativa, la disciplina del sovraindebitamento.

Tuttavia bisogna cercare di evitare forme di semplice osmosi interpretativa, poiché entrambe le norme sono caratterizzate da un grado di specialità tale da non prestarsi a forme di applicazione della analogia *legis* da un lato e, dall'altro, parrebbe comunque complesso applicare del criterio dell'analogia *iuris* per risolvere le carenze del sovraindebitamento, anche in considerazione della particolare natura di talune disposizioni, quali i contratti in corso di esecuzione, l'azione revocatoria fallimentare e le norme sull'apertura del concorso nel fallimento.

Il presente lavoro si articolerà in quattro capitoli nei quali cercherà di proporre un'indagine sul fenomeno dell'insolvenza civile e sull'efficacia del trattamento concorsuale delle crisi dei soggetti non fallibili.

L'analisi principierà dai profili storico – sistematici dell'ordinamento concorsuale dall'antica Grecia ai giorni nostri e alle nuove prospettive di riforma. In questo *iter* evolutivo grande rilievo assumeranno i concetti fondamentali di insolvenza, crisi, sovraindebitamento e concorso. Sempre nel primo capitolo verranno presi in rassegna i tratti fondamentali della disciplina del sovraindebitamento e quella della composizione negoziale delle crisi aziendali di cui al Regio Decreto 16 marzo 1942, n. 267.

Nella seconda parte del lavoro si avrà riguardo della natura dei singoli istituti di composizione negoziale della crisi da sovraindebitamento, ai tratti che definiscono il concorso tra creditori nel sovraindebitamento ed ai presupposti soggettivi ed oggettivi di accesso alla procedura. Nel corso dell'analisi dei presupposti verranno in considerazione figure peculiari quali il socio

illimitatamente responsabile di società fallibile, l'imprenditore agricolo ed i rapporto tra stato di sovraindebitamento, stato di crisi ed insolvenza.

Nella terza parte l'analisi si soffermerà invece più nel dettaglio sulla struttura processuale e sulle problematiche applicative delle tre procedure di sovraindebitamento, anche in relazione ai provvedimenti dei (pochi) giudici di merito che si sono espressi in materia.

Con il quarto capitolo si forniranno alcuni spunti di riflessione sulle tematiche più interessanti offerte dalla prassi operativa circa la disciplina del sovraindebitamento. Dalla disciplina applicabile ai contratti in corso di esecuzione, alla possibilità di proporre contestualmente domanda di concordato preventivo e proposta di accordo del debitore, sino alla definizione delle funzioni e dei poteri attribuiti all'Organismo di composizione della crisi, anche alla luce del DM 24 settembre 2014 n. 202 (pubblicato nella GU del 27 gennaio 2015, n. 21).

Milano, lì 15 febbraio 2016

Pier Francesco Marcucci

# CAPITOLO I

## INSOLVENZA CIVILE E COMMERCIALE:

### UNA RICOSTRUZIONE STORICO – SISTEMATICA

#### 1.1 PREMESSA

Questo capitolo si propone di affrontare il fenomeno dell'insolvenza nel proprio processo di evoluzione storico – giuridica, attraverso diverse epoche e civiltà. A tal fine verranno presi in considerazione sei periodi storici di riferimento: (i) quello dell'antica Grecia; (ii) l'epoca romana; (iii) il periodo successivo alla disgregazione dell'impero romano, coincidente con le prime conquiste delle popolazioni germaniche in Italia; (iv) l'età intermedia; (v) il periodo dei grandi imperi europei; (vi) l'epoca delle codificazioni del XIX secolo fino ai giorni nostri.

Prima di iniziare questa analisi si rende tuttavia necessaria una premessa di fondo attinente al concetto di insolvenza. Nei primi paragrafi di questo capitolo si farà a-tecnicamente riferimento a tale concetto, volendo con esso ricomprendere ogni forma di inadempimento causata dall'incapacità di soddisfare con il proprio patrimonio i debiti contratti, ciò senza alcune distinzione tra soggetti (fallibili o meno) o tipi di obbligazione.

L'insolvenza venne infatti percepita come fenomeno unitario e magmatico sin dall'antichità, divenendo solo successivamente oggetto di più attente analisi e specificazioni anche di natura economica (cfr. infra § 1.7 e 1.8).

#### 1.2 IL TRATTAMENTO DELL'INSOLVENTE NELLA GRECIA ANTICA

Le prime risposte al manifestarsi dell'insolvenza, ovvero dell'inadempimento del debitore *tout court*, possono essere rinvenute nell'antica Grecia, dove chi non era più in grado di ripagare una somma ricevuta a prestito veniva punito personalmente e corporalmente.

Infatti le sanzioni per i c.d. “*ectemori*”<sup>11</sup> venivano graduate secondo la gravità dell'inadempimento e lo *status* economico del debitore. In particolare, nel caso degli agricoltori, questi potevano essere costretti a versare parte (1/6) del proprio raccolto al creditore assoggettandosi di fatto a questi. Il tipo di sanzione poteva arrivare sino alla schiavitù nell'ipotesi di incapacità definitiva di adempiere alle obbligazioni ed all'appartenenza ad un ceto economico inferiore rispetto a quello del creditore. Per i soggetti meno abbienti era prevista, tra l'altro, la possibilità di essere venduti dai creditori ai mercanti stranieri. Ovviamente con il passare del

---

<sup>11</sup> Gli *ectemori* rappresentavano una classe sociale diffusa soprattutto nella società ateniese cui appartenevano i ceti più poveri e che non potendo far fronte alle obbligazioni contratte soggiacevano ad una forma di schiavitù così come previsto dal primo codice di leggi (c.d. draconiano) stilato da Dracone verso il 620 a.c.; sul punto cfr. L.GHIA, *L'esdebitazione*, Collana diretta da Panzani, Milano, 2008, pp.17 ss.; cfr anche ARISTOTELE, *Gli ectemori nell'A.T.P.*, Riv. St. Ant., 1903, VII, fasc. IV; Cassola, *Solone, la terra e gli Ectemori*, P.d.P., 1964, pp. 19, 25 e 67.

tempo questa rigida linea politica non pagò avendo disincentivato fortemente il ricorso alla piccola proprietà terriera ed in generale all'assunzione di rischi economici da parte dei soggetti che non disponevano di mezzi economici e finanziari adeguati.

Pertanto in epoca successiva questa disciplina venne fortemente mitigata consentendo anche alle classi sociali più povere di poter assumere dei rischi economici e di poter esercitare le prime rudimentali forme di impresa agricola.

La tutela coattiva delle pretese creditorie trovò invero grande rilevanza nel diritto romano. A tal proposito preme sottolineare come l'evoluzione del pensiero giuridico in quest'epoca romana abbia consentito via via l'affermarsi di un concetto di obbligazione sempre più depurata da connotati morali o personali e sempre più affine a quei concetti di economicità e patrimonialità tipici del pensiero giuridico moderno<sup>12</sup>.

### **1.3 I PRIMI MODELLI DI AZIONE ESECUTIVA E LA RESPONSABILITÀ PATRIMONIALE DEL DEBITORE: L'ESPERIENZA DEL DIRITTO ROMANO**

La più antica forma di azione esecutiva<sup>13</sup>, c.d. *per manus iniectioem*, risale all'epoca romana ed è ricompresa nel novero delle c.d. *legis actiones*. Tale strumento era già utilizzato durante il periodo delle XII Tavole (450 a.C. circa) e rappresentava una forma di autotutela del creditore munito di titolo per ingiungere, intimidire ed affliggere moralmente e fisicamente il debitore.

Vi erano due forme di esecuzione personale che variavano rispetto al titolo del creditore; la prima, c.d. *manus iniectio iudicati*, si fondava su una sentenza di condanna emessa ad esito di un giudizio di cognizione, mentre la seconda, *manus iniectio pro iudicato*, si fondava su un credito privilegiato, dove la certezza della pretesa era rappresentata dalla garanzia che lo accompagnava.

Tale azione era attivabile qualora trascorsi trenta giorni dalla sentenza di condanna il debitore non avesse ottemperato alle proprie obbligazioni. In tal caso il creditore poteva “*metter le mani addosso*” al debitore e trascinarlo, anche con la forza, davanti al magistrato per pronunciare nei suoi confronti la formula “*poiché sei stato condannato a mio favore per la somma x e non hai pagato, io ti metto la mano addosso*”<sup>14</sup>.

Qualora non fosse intervenuto un garante (*vindex*) per pagare quanto dovuto o per contestare il diritto azionato, l'esecuzione otteneva pubblica legittimazione e consentiva l'imprigionamento del debitore per 60 giorni presso l'abitazione del creditore – il quale era tenuto a sfamarlo con una libbra di cereali o farina al giorno - e di portarlo (per tre giorni continui) al mercato del foro affinché venisse reso pubblico lo stato di insolvenza di questi. Se entro questi sessanta giorni il

---

<sup>12</sup> Per approfondimenti sul concetto di obbligazione e sulla sua evoluzione storica si veda A.TORRENTE – P.SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato*, XXII ed., Milano, 2015, pp. 383 ss.

<sup>13</sup> Eminente dottrina considerava questa azione, così come la *pignoris capio* alla stregua di mere azioni sulla volontà del debitore e negava il loro carattere esecutivo; cfr. R.PROVINCIALI, *Manuale di diritto fallimentare*, Milano V ed., 1969, Vol. I, p. 73.

<sup>14</sup> Cit. DALLA – LAMBERTINI, *Istituzioni di dir. romano*, Torino 2001, II ed., p. 151.

debitore o un terzo non avesse pagato quanto dovuto al creditore era consentito venderlo come schiavo o ucciderlo<sup>15</sup>.

Come detto, l'evoluzione del pensiero giuridico temperò progressivamente le (seppure durissime) conseguenze dell'insolvenza. Con l'introduzione della *lex Poetelia* (326 a.C.) infatti le conseguenze corporali per la persona del debitore diminuirono drasticamente, mentre maggiore rilievo assunsero gli effetti sul suo patrimonio. Venne rafforzata grandemente anche la figura del Magistrato al fine di limitare il carattere privato dell'esecuzione e consentirne progressivamente un approdo nella dimensione pubblicistica<sup>16</sup>.

Successivamente, con la *missio in possessionem*<sup>17</sup> e la *bonorum venditio*<sup>18</sup>, il diritto romano ampliò il novero delle azioni a tutela del diritto di credito includendo strumenti marcatamente coercitivi, preordinati ad assoggettare il solo patrimonio del debitore e non anche lui personalmente all'esecuzione.<sup>19</sup>

---

<sup>15</sup> Per approfondimenti si veda DALLA – LAMBERTINI, *Istituzioni di dir. romano*, cit., pp. 149 ss.; G.PUGLIESE, *Istituzioni di diritto romano*, Torino, 1991, pp. 75 ss.

<sup>16</sup> L.GHIA, *L'esdebitazione*, op. cit., p. 21, secondo cui la *Lex Poetelia*: “*In pratica fece cadere in disuso il nexum, istituto gravissimo ed antichissimo che prevedeva il pegno della propria persona o di persone della propria famiglia, soggetto alla manus iniectio iudicati [...] L'esecuzione, tuttavia, pur dopo la Legge Poetelia, che aveva mitigato i tratti più duri della procedura rivestiva ancora carattere personale, apparendo sempre intesa a coercire la volontà del debitore per costringerlo ad adempiere alle sue obbligazioni*”.

<sup>17</sup> Tale azione consisteva nell'immissione nel possesso dei beni del debitore da parte del creditore, a seguito di uno o più decreti emessi dal pretore. Tuttavia questo strumento subì numerose evoluzioni e divenne complementare e conseguente alle altre di nuova introduzione quali la *cessio bonorum* e la *bonorum venditio*. Dalla *missio* nacque di fatto il sistema di vendita dei beni per pubblici incanti (sistema *mutatis mutandis* tutt'ora vigente nell'ambito dell'espropriazione forzata, come disciplinata dal libro III del codice di procedura civile. Questo istituto prevedeva anche la realizzazione di forme di pubblicità (affissione) propedeutiche alla vendita pubblica e la redazione di un inventario dei beni del debitore da parte del *magister*, nominato da creditori a maggioranza. Peraltro – attesa la complementarietà con gli istituti della *bonorum venditio* e *bonorum distractio* – la vendita poteva essere posticipata (o bloccata) dal pretore qualora debitori fossero un minore non rappresentato od un soggetto assente per i servizi resi alla Repubblica. In tal caso veniva concessa solo la *missio*, a meri fini di custodia; cfr. RICCOBONO – BAVIERA, *Fontes iuris romani antejustiniani*, Firenze, 1941, I, pp. 138-140.

<sup>18</sup> Attribuita al Pretore Rutilio Rufo (anno 363 “*Ab urbe condita*”), l'accezione più risalente di *bonorum venditio* configurava una vera e propria finzione giuridica (*fictio iuris*) in quanto equiparava il debitore al *de cuius* ed il creditore al successore a titolo universale e cagionava al primo grave disonore ed un grave danno al proprio rango sociale (c.d. *capitis deminutio*). Questa procedura prevedeva l'intervento di un terzo, c.d. *bonorum emptor*, considerato successore a titolo universale il quale pagava i creditori in percentuale rispetto al valore dei beni del debitore spossessato. Tramite questa *fictio iuris* il debitore veniva considerato a tutti gli effetti socialmente defunto. L'aspetto certamente di maggior rilievo di questa procedura riguarda proprio il suo carattere universale e concorsuale e l'affermazione del ruolo della *par condicio creditorum* quale principio fondamentale dell'esecuzione. Cfr. G.ROTONDI *Bonorum venditio*, Enc. giur. it., Vol. II, parte I, Milano, 1911, pp. 1265 ss. Successivamente, al tempo di Giustiniano, questo istituto mutò notevolmente e passo da successione a titolo universale a possibilità di vendere singoli beni del debitore (c.d. *bonorum distractio*) nell'ambito delle esecuzioni concorsuali ed in caso di insolvenza del debitore. Cfr. G.E.LONGO, *Esecuzione forzata (diritto romano)*, Novissimo Dig. It., Torino 1960, pp. 719 ss.; L.GHIA, op. cit. p. 22.

<sup>19</sup> Nel periodo in cui governò Caio Giulio Cesare, vennero intraprese numerose misure per alleviare le conseguenze dell'inadempimento in capo al ceto debitore. Ciò perché questi aveva vissuto in prima persona il fenomeno dell'indebitamento e la ferocia dei creditori nelle loro pretese restitutorie. Infatti, solo i numerosi successi bellici del condottiero permisero a questi di ripagare i propri debiti (tra i creditori più illustri di Giulio Cesare deve citarsi il banchiere Marco Licinio Crasso), contratti allo scopo di ottenere il potere politico a Roma. Pertanto Giulio Cesare “*nella sua qualità di Console ed appoggiato da Gneo Pompeo Magno e dallo stesso Marco Licinio Crasso, memore del suo passato non dimenticò il ceto creditorio ed emanò la Lex Iulia Agraria in base alla quale i creditori potevano più esigere dai loro obbligati più dei due terzi dei loro beni a titolo di rimborso dei debiti, così permettendo loro di sopravvivere.*”; così L.GHIA, op. cit. p. 23

Tuttavia, per l'introduzione dei primi strumenti di esecuzione forzata collettiva<sup>20</sup>, fu necessario attendere l'epoca classica (dal 27 a.C. al 235 d.C. circa) con il *pactum ut minus solvatur*<sup>21</sup> che rappresentava una sorta di concordato stipulato tra il debitore e la maggioranza dei suoi creditori applicabile in caso di successione *mortis causa*. L'erede poteva pagare i creditori del *de cuius* nei limiti dell'attivo ereditato ed estingueva così l'indebitamento residuo non soddisfatto (rappresentava questa una prima forma di esdebitazione). Tale patto vincolava anche i creditori assenti o quelli dissenzienti.

L'istituto concorsuale che assunse maggior rilevanza nell'ambito del diritto romano fu in assoluto la *cessio bonorum*<sup>22</sup>, introdotta per evitare al debitore l'onta sociale ed economica del rigido istituto della *bonorum venditio*. Infatti in tale ipotesi il debitore non perdeva coattivamente la proprietà dei beni, bensì immetteva volontariamente i creditori nel possesso della massa e ne trasferiva loro la custodia e l'amministrazione sino alla totale liquidazione dell'attivo. Questo strumento normalmente veniva adoperato senza alcuna necessità di vaglio da parte del magistrato e serviva a preparare ed anticipare alcuni effetti della esecuzione sui propri beni.

I presupposti della *cessio bonorum* erano l'insolvenza del debitore da un lato e la messa a disposizione spontanea dei propri beni dall'altro. Come osservato dalla migliore dottrina *“l'istituto – come altri congeneri – ha importanza soprattutto per la storia dell'esecuzione in generale, rappresentando il momento di transito dall'esecuzione diretta al soddisfacimento specifico per opera del debitore all'esecuzione diretta al soddisfacimento per equivalente sul patrimoni [...]”*<sup>23</sup>.

Ovviamente, nel diritto romano non si potevano rintracciare né definizioni precise di insolvenza né partizioni concettuali tra questo fenomeno ed il mero inadempimento, così come non veniva operata una differenziazione soggettiva nel trattamento (coattivo) del debitore incapace di adempiere alle proprie obbligazioni.

A tali approdi concettuali si arriverà solo successivamente con l'affermazione della classe predominante dei mercanti nell'ambito delle società comunali. Tuttavia preme rimarcare come

---

<sup>20</sup> Come affermato da un eminente Maestro del diritto concorsuale *“L'esecuzione può essere singolare e collettiva. È singolare quando, promossa da un singolo creditore, tende ad assolvere al suo particolare interesse (realizzazione del suo particolare diritto di credito), ed incide su quei determinati beni del debitore [...omissis...]. Per aversi concorso di creditori, sia nell'esecuzione singolare sia nella collettiva, occorre la partecipazione al medesimo processo di una pluralità di creditori, allo scopo del realizzo del proprio credito insoddisfatto; il concorso è il mezzo per il quale si risolve il conflitto, attuale o potenziale, tra i singoli concorrenti, ciascuno dei quali avanza una pretesa che collide con le altre [...omissis...]. Il concorso dei creditori, peraltro, non basta ad attribuire carattere collettivo all'esecuzione. Questa è collettiva quando è universale: quando cioè riguarda la totalità dei creditori e dei beni del debitore. Dal lato soggettivo, essa tende alla realizzazione del diritto di tutti, nessuno escluso od eccettuato, i creditori dell'insolvente: anche se illiquidi, o condizionali o non scaduti, o contestati, o assenti, o ignoti. Dal lato oggettivo involge la apprensione e trasformazione della totalità dei beni dell'insolvente, nessuno escluso od eccettuato [...]”*. Cit. R.PROVINCIALI, *Manuale di diritto fallimentare*, op. cit., pp. 4-5-6.

<sup>21</sup> Per una ricostruzione dell'istituto anche in prospettiva storica si veda R.PROVINCIALI, *Trattato di diritto fallimentare*, Vol. IV, Milano, 1974, pp. 2760 ss.

<sup>22</sup> Introdotta nel *corpus* della *Lex Julia iudiciorum privatorum*, emanata da Augusto nell'anno 17 a. C.; cfr. anche L.GHIA, cit. p. 29

<sup>23</sup> Cit. R.PROVINCIALI, *ult. op. cit.*, pp. 76

istituti giuridici quali la *cessio bonorum* vennero fatti propri dal diritto fallimentare moderno e contemporaneo per giungere, *mutatis mutandis*, sino ai giorni nostri.

#### 1.4 GLI INFLUSSI GERMANICI SUI MODELLI DI TUTELA DEI CREDITORI

A seguito dello sgretolamento dell'Impero Romano di Occidente e delle incursioni barbariche in Italia – avvenute tra il III e l'VIII secolo dopo Cristo – si produsse una vera e propria commistione tra culture giuridiche. Ciò riguardò anche l'incapacità del debitore di adempiere alle proprie obbligazioni, infatti, accanto agli istituti tipici del diritto romano si affermò la figura della pignorazione pubblicistica. Essa rappresentava una forma di esecuzione personale cui veniva fornita pubblica rilevanza mediante la figura del magistrato (c.d. *iussu regis*) il quale disponeva che il debitore venisse spogliato da tutti i beni e che questi venissero affidati ad un *executor* che li amministrasse e li vendesse<sup>24</sup>.

Con gli influssi della cultura germanica, dunque, la funzione pubblicistica dell'esecuzione<sup>25</sup> trovò grande slancio<sup>26</sup>, anche al fine di garantire maggiore equilibrio nel trattamento del debitore, il quale, in ogni caso, non veniva trattato con minore durezza rispetto al passato. Infatti, il debitore inadempiente era avvertito come un soggetto socialmente pericoloso ed inaffidabile il cui agire rischiava di minare alla base le più elementari regole della civile convivenza; era dunque passibile di gravi sanzioni anche corporali (financo la morte) nel momento in cui non avesse adempiuto nemmeno all'ordine di pagamento imposto dal giudice. Ciò era testimoniato dal fatto che laddove questi non trovasse terzi disposti ad aiutarlo<sup>27</sup> incorreva nella c.d. 'morte civile', ovvero l'esclusione dalla comunità.

#### 1.5 L'INSOLVENZA IN EPOCA COMUNALE

La principale novità di carattere socio-economico dell'epoca comunale riguardò naturalmente l'affermazione del ceto mercantile. Infatti, senza alcuna pretesa di esaustività, è necessario

---

<sup>24</sup> Già con la *Lex Salica* (501 d.C.) l'ordine del giudice rappresentava una vera e propria condizione di procedibilità per esperire l'esecuzione; cfr. AA.VV., *Diritto Germanico*, voce *Lex Salica*, Diz. di storia antica e medioevale, 2007.

<sup>25</sup> Peraltro la progressiva pubblicizzazione e processualizzazione dei sistemi di tutela del diritto di credito risultarono fattori determinanti nel passaggio dalla responsabilità corporale a quella patrimoniale del debitore e, vieppiù, trovarono il proprio apice nel XIX secolo con la legislazione napoleonica ed il *Konkorsordnung*. Per approfondimenti si veda E.FRASCAROLI SANTI, *Crisi dell'impresa e soluzioni stragiudiziali*, in Galgano, Tratt. Dir. Comm. e Dir. Pubblico dell'Eco., Vol. XXXVII, Padova 2005, p.13.

<sup>26</sup> Con l'editto di Teodorico prima e la *Lex Visigotorum* (506 d.C.) poi veniva proibita ogni forma di esecuzione privata.

<sup>27</sup> Nella esaustiva ricostruzione di L.GHIA, cit. p. 27, si afferma che “Una presunzione d'inadempimento accompagnava il debitore, come tale citato in giudizio. In conseguenza il debitore doveva pronunciare promessa di pagamento. Se rifiutava di promettere aveva inizio una procedura esecutiva il cui fine era quello di esercitare pressioni sulla sua volontà per costringerlo ad eseguire l'ordine del Giudice. Il convenuto riotto veniva considerato contumace, messo al bando (in *bannum*) con l'esclusione dal consorzio civile e con il conseguente pubblico sequestro del patrimonio che, dopo un anno e un giorno, diventava proprietà dello Stato il quale, attraverso l'Ufficio all'uopo preposto, una volta pagati i debiti, tratteneva l'eventuale eccedenza. Se i beni del debitore erano invece insufficienti, si applicava la “più rigorosa servitù”, come precisato nella *lex Visigotorum*. In questo caso il ricorso al giudice, l'intimazione di pagamento, l'attività svolta anche sul piano sociale e psicologico, dai creditori specie in piccole comunità ove tutti si conoscevano e la reciproca interdipendenza era ineludibile, si rivelava di particolare intensità; il fallito veniva escluso dalla vita economica e sociale, considerato pericoloso poiché non appariva più in grado di osservare le regole più elementari del vivere civile. La condanna era senza appello poiché malgrado le possibilità che la comunità gli aveva offerto, non aveva saputo trovare nei membri della famiglia, della tribù, tra gli amici ed i conoscenti, le risorse necessarie per continuare a far parte della società civile di quell'epoca. Il creditore acquistava sul debitore diritto di vita o di morte, diritto che poi si ridusse alla schiavitù purché i debiti fossero rilevanti”.

sottolineare come dal XII secolo circa il fiorire dei commerci in tutta Europa ed in particolare il Italia portò all'affermazione di un nuovo ordine sociale, dove la predominanza dei mercanti in ambito economico e nella vita dei comuni costituì la premessa per l'affrancamento giuridico di questa classe rispetto alle regole del c.d. *ius commune*.

Le ragioni di tale scelta sono sostanzialmente sussumibili entro due ordini di considerazioni: (i) la forza politica che le rappresentanze dei mercanti assunsero via via in ambito comunale; (ii) l'esigenza di offrire risposte diverse ad un fenomeno economico estremamente dinamico ed in ascesa quale quello dei commerci. Non è questa la sede dove approfondire le tematiche legate all'origine ed all'affermazione del diritto commerciale (o *ius mercatorum*), alle sue cause storiche, economiche e sociali, tuttavia, ai fini che maggiormente che ivi interessano, non si può non dar conto della netta linea demarcazione che quest'epoca segnò e, per il fenomeno del commercio e, per le modalità di tutela dei creditori.

Di talché al medioevo si deve l'affermazione del 'diritto di categoria', la cui ambizione universalistica consisteva non solo nell'individuazione del commerciante come soggetto, nell'affermazione dei suoi privilegi e delle proprie tutele (definiti nell'ambito di appositi statuti), nella disciplina dei rapporti giuridici da esso intrattenuti, bensì anche nel regime sanzionatorio applicabile a coloro che, tra questi, fossero risultati incapaci di adempiere alle proprie obbligazioni, nelle modalità di tutela dei creditori di questi ultimi e, talvolta, nella giurisdizione ad essi applicabile.

Ebbene, la nota frammentazione geo-politica dell'Italia in quell'epoca non consente ricostruzioni unitarie, tuttavia, non si può fare a meno di notare come la portata universalistica dello "*ius mercatorum*" consentì l'affermazione di regole spesso affini, già nei primi secoli successivi all'anno mille, nell'ambito dei diversi ordinamenti comunali. Tali regole erano volte a sanzionare l'incapacità qualificata di un soggetto di soddisfare le obbligazioni a proprio carico in maniera differenziata rispetto a quella che colpiva il debitore civile.

Anche se è bene precisare che entrambe queste forme di tutela essenzialmente rispondevano a tre comuni necessità: i) quella conservativa, preordinata al mantenimento del bene o dei beni dell'insolvente; ii) quella esecutiva, dettata dalla necessità di soddisfare il creditore o i creditori; iii) quella pubblicistica, atta ad espellere dalla comunità il soggetto insolvente, considerato un individuo sociale pericoloso e passibile di sanzioni anche corporali.

Quanto ai primi due aspetti è necessario avere riguardo delle menzionate radici germanico – romanistiche che portarono all'affermazione di un modello collettivo di gestione dell'insolvenza<sup>28</sup> basato sulla consecuzione tra pignoramento (qualificabile come ordine del giudice al debitore di pagare una certa somma) e sequestro, teso a contemperare l'esigenza cautelare di limitazione dell'agire del debitore sui beni posti a garanzia dei crediti, per evitare

---

<sup>28</sup> Da qui in avanti il termine insolvenza potrà essere utilizzato secondo due diverse accezioni; da un lato per esprimere la presenza del fenomeno economico finanziario che rende incapace il debitore di adempiere e dall'altro come presupposto oggettivo per l'accesso agli istituti concorsuali.

anche il pericolo di fuga del debitore o di dispersione degli stessi, con quella di spossare il debitore del proprio patrimonio, affinché i beni venissero assegnati ai creditori<sup>29</sup>.

Con riferimento al concetto di insolvenza sono necessarie alcune riflessioni supplementari. Almeno da un punto di vista economico, infatti, l'insolvenza veniva avvertita come un fenomeno unitario, ovvero l'incapacità del patrimonio del debitore a soddisfare tutti i creditori. Semmai il diverso trattamento della fase patologica di questo rapporto obbligatorio fondante il diritto di credito veniva giustificato unicamente sulla base della natura speciale dell'attività mercantile<sup>30</sup>. Di talché si può affermare come nel pensiero giuridico medievale non potevano riscontrarsi due diversi tipi di insolvenza, bensì, semplicemente, due diverse modalità di gestione del medesimo fenomeno economico.

Peraltro, è necessario rimarcare che la tutela dei creditori per entrambe le ipotesi avveniva su base paritaria, sia nel caso dell'esecuzione individuale che nel caso delle procedure concorsuali, proprio in attuazione del principio della *par condicio creditorum*<sup>31</sup>. Ovviamente la differenza principale risiedeva (come tutt'oggi risiede) nella diversa declinazione di tale regola. Infatti la *par condicio* agiva in maniera più penetrante nell'ambito delle procedure concorsuali, aderendo a canoni universalistici ed inclusivi che risultavano (ed invero risultano tutt'oggi) molto più sfumati nelle procedure esecutive individuali nei confronti dei debitori civili.

Attenta dottrina riteneva la regola della *par condicio creditorum* applicabile all'incapacità del commerciante di fare fronte alle proprie obbligazioni, mentre all'insolvenza civile dovesse applicarsi il principio *prior in tempore potior in iure*<sup>32</sup>. In altre parole la tutela dei creditori di quest'ultimo si basava principalmente sul fattore temporale, favorendo proprio chi prima agiva nei confronti del debitore civile<sup>33</sup>.

Il fatto che un fenomeno quale l'insolvenza commerciale necessitasse di un trattamento paritario di tutti i creditori, con ovvio riguardo per le cause legittime di prelazione, mentre tutti gli altri (dai debitori civili agli agricoltori) invece potessero basarsi sulla regola della tempestività dei creditori, era dovuto proprio alla diversa sensibilità rispetto al mondo commerciale ed alla rilevanza che man mano il ceto mercantile andava assumendo.

In effetti, i commerci ormai generavano numerose transazioni, ovvero una congerie di rapporti economico – finanziari, nonché di una stretta interrelazione tra mercanti. Insomma già all'epoca

---

<sup>29</sup> Il pericolo di fuga è un elemento essenziale, fondamentale non solo a giustificare l'istituto del sequestro, bensì anche quello del fallimento ed in definitiva dell'insolvenza. Cfr. U.SANTARELLI *Per la storia del fallimento nelle legislazioni italiane dell'età intermedia*, Padova, 1964, pp. 21 ss.

<sup>30</sup> Così E.FRASCAROLI SANTI, *ult.op.cit.*, p. 48; R. PROVINCIALI *Trattato di diritto fallimentare*, op. cit., pp. 16 ss; in senso difforme si veda C.PECORELLA – U.GUALAZZINI, *Fallimento (storia)*, Enc. del Dir., Milano, 1967, p. 220.

<sup>31</sup> La *par condicio creditorum* si sostanzia nel dover trattare paritariamente tutti i creditori intervenuti nell'esecuzione in ragione delle proprie legittime cause di preferenza. Si veda sul tema, E.FRASCAROLI SANTI, *ult.op.cit.*, p. 55 ss.; R. PROVINCIALI, *Trattato di diritto fallimentare*, op. cit., pp. 35 ss.; F.GALGANO, *Lex mercatoria*, Bologna, 2010, pp. 15 ss.

<sup>32</sup> Questa regola descriveva una sorta di prelazione giudiziale (o pegno giudiziale) attribuito al creditore che primo agiva nei confronti di un singolo bene del debitore e che per questo veniva preferito nell'ambito del riparto rispetto ai successivi creditori accedenti all'espropriazione del bene.

<sup>33</sup> Per tutti si veda P.G.JAEGER, «*Par condicio creditorum*», *Fall.*, 1984, pp. 56 ss., il quale ritiene applicabile anche al diritto contemporaneo tale bipartizione nel trattamento dei creditori.

si avvertiva come la capacità del commerciante di assumere obbligazioni fosse ben più ampia rispetto a quello del debitore civile<sup>34</sup>. Da ciò derivava il diverso allarme sociale avvertito dai terzi rispetto all'insolvenza del commerciante e, dunque, la necessità che l'ordinamento rispondesse in maniera differente a questo fenomeno.

Tuttavia, appare maggiormente convincente la tesi secondo cui l'insolvenza già in epoca comunale rappresentava un fenomeno unitario, laddove mutavano esclusivamente le modalità repressive ed il tipo di tutela offerta ai creditori (ma non anche i presupposti del fatto scatenante). Anche su quest'ultimo punto parrebbe azzardato affermare la presenza di una netta bipartizione tra regola della *par condicio* da un lato e principio del privilegio temporale dall'altro<sup>35</sup>. Invero, se la concorsualità aveva (ed ha) quale oggetto preminente il trattamento paritario dei creditori, ebbene questo principio, in caso di insolvenza, veniva applicato unitariamente, seppure con modalità attuative differenti<sup>36</sup>. Ciò era testimoniato anche da alcuni esempi dell'epoca, quali le regole sul fallimento emanate dalla Repubblica veneziana che venivano applicate dai magistrati della Serenissima a tutti, senza variazioni nell'applicazione del canone della *par condicio*<sup>37</sup>.

Inoltre, per molti autori<sup>38</sup> il fenomeno della concorsualizzazione (o dell'inclusione) dell'esecuzione individuale non rappresentava un'innovazione dell'epoca delle codificazioni napoleoniche, bensì un principio già affermato – seppure con le dovute differenze – in epoca romana ed in alcuni Statuti comunali.

Quanto al momento in cui è sorta la partizione soggettiva dell'insolvenza, non vi era accordo tra storici del diritto e gius-commercialisti. Infatti, per i primi la tradizionale divisione tra insolvenza civile e commerciale è da ricercarsi già in epoca comunale, mentre per eminenti studiosi del diritto fallimentare questa netta separazione è frutto delle codificazioni napoleoniche di inizio ottocento, che recepirono (male) proprio le regole statutarie dell'epoca comunale in Italia<sup>39</sup>.

Tant'è che ordinamenti quali il Costituto di Siena del 1262, lo Statuto dei mercanti di Bologna del 1550, lo Statuto di Milano del 1341, quello del Capitano del Popolo fiorentino del 1322 e le legislazioni in materia commerciale della Serenissima di Venezia, del Ducato Estense di Modena

---

<sup>34</sup> Cfr. G.FERRI, *Diritto Commerciale*, Enc. del Dir., XII, Milano 1964, secondo cui l'affermazione di questa corporazione e di uno statuto ad hoc per le arti e per i mestieri è frutto dell'evoluzione della civiltà economica fino ad allora essenzialmente agraria ad una società fondata sulla ricchezza mobiliare e sulla libera iniziativa.

<sup>35</sup> In altre parole, già nel diritto intermedio la regola del pegno giudiziale cedeva il passo a quella del concorso tra creditori anche nell'ambito delle esecuzioni individuali, qualora i beni del debitore non risultassero sufficienti a pagare tutti i creditori.

<sup>36</sup> Sul punto si veda V.COLESANTI, *Mito e realtà della «par condicio»*, Fall., 1984, pp. 39 ss.

<sup>37</sup> Cfr. B.CASSANDRO, *Le rappresaglie e il fallimento a Venezia nei secoli XIII-XVI con documenti inediti*, Torino, 1938, pp. 113 ss.

<sup>38</sup> O.CARNACINI, *Espropriazione individuale e pluralità dei creditori*, Bologna, 1941, p. 20 ss.; P.PAJARDI, *Il fallimento nel mondo*, Padova, 1988, p. 223; E.FRASCAROLI SANTI, *Crisi dell'impresa e soluzioni stragiudiziali*, op. cit., pp. 55 ss.; contra GARBAGNATI, *Il concorso dei creditori nell'espropriazione singolare*, Milano, 1938, p. 51, A.ROCCO, *Il fallimento*, Milano, 1962, p. 82 ss.; G.MENESTRINA, *L'accessione nell'esecuzione*, Milano, 1962, p. 30.

<sup>39</sup> P.SPADA, *Il Code de commerce 1807 e la costituzione economica*, in AA. VV., *Le matrici del diritto commerciale tra storia e tendenze evolutive*, atti del convegno di Como, 18-19 ottobre 2007, a cura di S.Rossi, C.Storti, Insubria University Press, Varese, 2009, 33 ss. Sulle *Ordonnance du commerce* di Colbert v. H.MARIAGE, *Évolution historique de la législation commerciale. De l'Ordonnance de Colbert à nos jours 1673-1949*, Pedone, Paris, 1951; J.HILAIRE, *Introduction historique au droit commercial*, PUF, Paris, 1986.

e Ferrara e di quello di Parma, Piacenza e Guastalla – sebbene queste ultime elaborate anche in epoche successive - ritenevano applicabile la disciplina del fallimento anche ai soggetti diversi dai commercianti.<sup>40</sup>

Un ulteriore aspetto di interesse attiene all'affermazione della funzione pubblicistica tanto dell'esecuzione individuale quanto quella concorsuale che, in prima battuta, erano orientate a tutelare interessi super individuali di ordine collettivo e, solo in subordine, quelli privatistici riferibili ai singoli diritti dei creditori.<sup>41</sup>

In conclusione si possono riscontrare tre caratteri peculiari nella gestione dell'insolvenza in epoca comunale: (i) l'elaborazione di uno strumento, il fallimento; (ii) la partizione soggettiva delle modalità di tutela dall'inadempimento del debitore (seppure con le citate eccezioni); (iii) il rafforzamento del ruolo del giudice (come rappresentante del potere pubblico) che in alcuni ordinamenti aveva anche la facoltà di aprire d'ufficio la procedura fallimentare (es. Venezia 1244 e Siena 1262).

Insomma, tale epoca risultò fondamentale per l'affermazione e l'elaborazione del diritto fallimentare, poiché, sulla scorta delle citate esperienze romanistiche e dopo gli influssi di matrice germanica, venne proposto un modello collettivo di gestione dell'insolvenza, dove tutti i creditori dell'insolvente venivano coinvolti paritariamente.

Alcuni cenni in più merita proprio l'istituto del fallimento che nacque dall'esperienza del sequestro germanico, come forma di logica consecuzione rispetto ad esso. Infatti alla pignorazione seguiva il sequestro e dal sequestro il fallimento. Elemento comune al sequestro e al fallimento era la fuga del debitore, tuttavia il primo agiva solo in relazione a determinati beni del debitore, mentre il fallimento consentiva lo spossessamento dell'universalità dei beni facenti capo al debitore latitante. Ovviamente il presupposto necessario era che vi fosse più di un creditore da soddisfare, ed in tale ipotesi la custodia, la vendita ed il realizzo dei beni veniva approntata nell'interesse preminente di questi, a cura di un soggetto terzo definito *curator*<sup>42</sup>.

---

<sup>40</sup> Sul punto, come accennato si creò in dottrina un vivace dibattito tra gius-commercialisti e storici del diritto. Infatti per alcuni (cfr. Provinciali, Lattes, Santarelli, Rocco, Del Giudice, Arcangeli) in origine, il procedimento fallimentare non veniva concepito come strumento potenzialmente applicabile ad ogni debitore e non solo ai commercianti, mentre per altri commentatori (Pecorella e Gualazzini) il fallimento, sin dalla sua origine, era preposto esclusivamente a regolare l'esecuzione in favore dei commercianti. Per tutti si vedano R. PROVINCIALI, *ult. op. cit.*, pp. 85 ss.; A.LATTES, *Il diritto commerciale nella legislazione statutaria delle città italiane*, Milano, 1884, p. 310; A.ARCANGELI, *Gli istituti del diritto commerciale nel costituito senese del 1310*, in *Scritti di diritto commerciale e agrario*, I, Padova, 1935, p. 233; A.ROCCO, *Il fallimento*, op. cit., p. 195; U.SANTARELLI, *Per la storia del fallimento nelle legislazioni italiane dell'età intermedia*, Padova, 1964, pp. 28 ss.; *contra* si veda C.PECORELLA – U.GUALAZZINI *Fallimento (storia)*, op. cit., pp. 220 ss.

<sup>41</sup> Si pensi al ruolo del giudice delegato nel fallimento, che, seppur mitigato dalla riforma del 2005-2006, rimane sempre estremamente penetrante (nonostante l'abrogazione dell'istituto del fallimento d'ufficio ed all'accrescimento del ruolo del curatore, si pensi ai poteri autorizzativi che permangono in capo al giudice in ogni fase del procedimento, poteri di cognizione piena ad es. per l'accertamento dello stato passivo). Cfr. E. FRASCAROLI SANTI *ult. op. cit.*, p. 14; ALLORIO, *"Sulla dottrina della giurisdizione del giudicato"*, II Vol., Milano, 1957, p. 248.

<sup>42</sup> Il procedimento fallimentare aveva i tratti comuni con la *datio in solutum* e la *missio in possessionem* romanistica. Infatti il modello di fallimento maggiormente diffuso poteva essere così sommariamente sintetizzato: all'avverarsi del presupposto della fuga o della latitanza del debitore il giudice provvedeva con un primo decreto (ex primo decreto) a trasferire al (primo) creditore procedente (senza necessità che costui provasse il proprio credito) il possesso e la custodia di tutti i beni del debitore, altresì veniva fissato un termine entro il quale poteva pagare i creditori e riprendersi i beni. Il fatto che vi fossero più creditori conferiva ad ognuno eguali poteri gestori e prerogative sulla massa. Nel caso in cui il

Questo procedimento doveva essere interamente governato sotto l'egida del pubblico potere giurisdizionale.

Questa prima rappresentazione, senza alcuna ambizione di sistematicità, costituisce una base per l'individuazione degli elementi comuni della struttura del fallimento che venne sussunto in momenti diversi e con specificità diverse nell'ambito dei vari Comuni Italiani. Tale modello concorsuale peraltro ha permeato (ed invero, per alcuni aspetti ancora permea) le moderne procedure liquidatorie.

Gli strumenti maggiormente utilizzati anche nel medioevo per addivenire al soddisfacimento del ceto creditorio erano quelli (già noti nei loro tratti fondamentali) della *datio in solutum* e della *cessio bonorum*.

Una particolare menzione merita l'istituto della *datio in solutum* che poteva essere spontanea (il debitore prestava il giuramento circa la consegna di alcuni o tutti dei propri beni al creditore) o giudiziale (*datio in solutum ope iudicis*) qualora i beni fossero coercitivamente sottratti al debitore dall'autorità giudiziale e consegnati ai creditori.

Questa procedura aveva una duplice finalità, quella di soddisfare il creditore mediante un adempimento per equivalente e quella di imporre un vincolo coercitivo alla volontà del debitore. Normalmente, sebbene con diverse varianti tra comuni, la *datio in solutum* era divisa in due fasi, una provvisoria, dove il debitore poteva sempre pagare in maniera tardiva il creditore (facendosi carico anche delle spese sostenute per l'esecuzione e poteva recuperare i beni) ed una definitiva dove i beni venivano assegnati ai creditori a titolo di soddisfacimento per equivalente i quali dovevano essere autorizzati dal giudice a procedere alla *venditio*.

L'insolvenza del commerciante normalmente veniva dichiarata al ricorrere di alcuni elementi obiettivi quali la fuga o il nascondimento ed era sostanzialmente fondata su criteri presuntivi di frodolenza nell'agire del commerciante. Di talché questi veniva colpito dall'onta del disonore sociale, anche in virtù delle gravi forme di pubblicità imposte dai diversi statuti, oltre che dalle pesanti sanzioni personali e corporali cui poteva soggiacere e che sfociavano in forme di tortura, nell'imprigionamento e, financo, nella perdita della vita.

Invero, nel medioevo, la forte carica simbolica<sup>43</sup> del regime sanzionatorio connesso all'insolvenza nel medioevo portò all'introduzione di istituti quali la bancarotta (*i.e. bancus*

---

termine fissato nell'ambito del primo decreto non venisse rispettato i creditori potevano domandare al giudice l'emissione del secondo decreto. Il giudice all'uopo istruiva un procedimento di cognizione piena con cui i creditori dovevano provare il proprio credito e, successivamente, assegnava a questi i beni in natura o disponeva che venissero venduti affinché ogni creditore venisse soddisfatto pro quota. Successivamente veniva citato il debitore davanti al giudice e venivano chiamati gli altri creditori od aventi diritto ed, infine, veniva nominato il *curator bonorum* affinché provvedesse all'inventario, all'amministrazione, all'assegnazione ed alla vendita dei beni del debitore. Cfr. A. ROCCO, *ult. op. cit.*, p. 196; R. PROVINCIALI *ult. op. cit.*, pp. 80 ss.; U. SANTARELLI, *Mercanti e società fra mercanti*, Torino, 1998, pp. 19 ss.

<sup>43</sup> Si pensi ad esempio, all'origine dello stesso termine fallimento che deriva dal verbo latino *fallere*, ovvero ingannare. Inoltre alcuni statuti prevedevano l'esposizione di effigi del fallito su appositi spazi pubblici, nei quali esso veniva ritratto in veste caricaturale; questa non solo rappresentava una forma primordiale di pubblicità legata al fallimento, bensì una modalità di esposizione al pubblico ludibrio dell'insolvente. Altro marchio di infamia portato dal fallimento era

*ruptus*) che, nello Statuto dei mercanti genovesi, altro non era se non il rito della rottura del banco del commerciante insolvente e che raffigurava la morte sociale di questi e l'uscita di questi dalla vita economica della *societas*. Famosa divenne anche la presunzione (ormai divenuto brocardo nell'immaginario collettivo) *decoctor ergo fraudator* (ogni fallito è sospetto di frode) che ha continuato ad aleggiare nel nostro ordinamento almeno sino alle riforme degli anni 2000<sup>44</sup>.

Infine, sempre con riferimento a questo fondamentale periodo storico non si può fare a meno di sottolineare come ivi trovarono sede alcune forme di composizione dell'insolvenza alternative al fallimento, che consentivano al commerciante di riabilitarsi socialmente o comunque di evitare l'onta e le conseguenze economiche ad esso connesse. Tali istituti concordatari miravano velocizzare e massimizzare il soddisfacimento dei creditori, da un lato, ed a sospendere le sanzioni personali in capo al *decoctor*. Normalmente potevano essere concessi solo su istanza del debitore e richiedevano maggioranze assai elevate<sup>45</sup>; erano spesso legati ad un salvacondotto che consentiva al debitore fuggiasco di rientrare nel comune di appartenenza e di ivi poter circolare liberamente per trattare con i creditori la propria liberazione dai debiti (questa autorizzazione giudiziale aveva comunque una durata limitata al tempo necessario per svolgere le trattative). Erano ammesse anche soluzioni amichevoli (veri e propri accordi stragiudiziali), concordati preventivamente rispetto al fallimento e concordati fallimentari.

Questa breve digressione sull'insolvenza in epoca comunale, seppure scevra da qualsiasi pretesa di sistematicità, dimostra come quest'epoca abbia contribuito in maniera determinante a plasmare il moderno diritto fallimentare cui si sono ispirati tutti i principali Stati europei affermatesi nei secoli successivi.

## **1.6 IL TRATTAMENTO DELL'INSOLVENZA NEI PRINCIPALI IMPERI EUROPEI**

L'affermazione degli Imperi europei tra il XV ed il XVIII diede ulteriore impulso all'elaborazione di nuovi modelli per il trattamento dell'insolvenza, soprattutto per quegli Stati interessati dal commercio marittimo, quali Francia, Austria e Spagna.

### **1.6.1 Il modello francese**

L'ordinamento transalpino era sostanzialmente ancorato all'istituto della *déconfiture*, introdotta con l'*Ordonnance du commerce* del 1673<sup>46</sup> che non distingueva, di fatto, tra insolvenza

---

rappresentato dell'obbligo per il fallito di indossare un berretto bianco e verde simbolo della sua pericolosità sociale (da qui il termine, tutt'oggi attuale, "sono al verde"). In alcuni statuti (es. quello padovano) il fallito veniva spogliato non solo dei beni, ma anche degli abiti e condotto "in braghe di tela" (mutandoni dell'epoca) sulla "pietra del vituperio" per essere visibile da tutta la comunità. A completare queste primordiali forme di pubblicità ci fu l'istituzione in moltissimi ordinamenti comunali del c.d. "registro dei falliti", sopravvissuto in Italia per molti secoli e definitivamente soppresso solo nel 2006. Per approfondimenti sulle radici storiche dell'insolvenza si veda G.TERRANOVA, *Insolvenza, Stato di crisi, Sovraindebitamento*, Torino, 2013, pp. 29 ss.; U.SANTARELLI, *ult. op. cit.*, pp. 19 ss.

<sup>44</sup> Per approfondimenti si veda .TERRANOVA, *Insolvenza, Stato di crisi, Sovraindebitamento*, cit. pp. 35 ss.

anche G.BONELLI, *Del Fallimento*, Milano 1938, p. 14

<sup>45</sup> Per l'approvazione di questi accordi erano richieste maggioranze dei 7/8 del credito totale (Genova), dei 3/4 (Padova), dei 2/3 (Bologna e Firenze).

<sup>46</sup> La redazione di questo importante provvedimento è riconducibile a due eminenti personaggi dell'epoca, ovvero il mercante parigino Jacques Savary e l'economista Jean Baptiste Colbert. Per approfondimenti si veda il saggio di P.SPADA, *Negozianti e imprenditori. 200 anni dal Code de commerce*, Milano, 2008.

commerciale e civile prevedendo per entrambe un modello di soluzione incentrato sull'uguaglianza nel trattamento dei creditori.

La *déconfiture* prevedeva un meccanismo espropriativo per quel debitore incapiente che non fosse più in grado di pagare i propri debiti di qualsiasi natura essi fossero. Veniva affermata la regola della *par condicio* come criterio per regolare qualsiasi genere di insolvenza, escludendo in radice la possibilità di preconstituersi un titolo di prelazione rispetto agli altri creditori per il solo fatto di essersi attivati prima in ambito esecutivo (regola del *prior in tempore potior in iure*)<sup>47</sup>.

Invero, è stato sottolineato come le norme sul fallimento che pure erano previste nell'*Ordonnance* fossero poche, imprecise e piuttosto grossolane<sup>48</sup>. Infatti, pur essendo potenzialmente applicabile sia al debitore commerciale che a quello civile, queste disposizioni vennero di fatto applicate solo al primo; ciò poiché gli elementi presuntivi dai quali poteva emergere il fallimento (senza bisogno che fosse dichiarato o accertato dal giudice) erano la fuga e l'apposizione dei sigilli sui beni del debitore. Ebbene tali elementi potevano concretamente venire in essere solo nell'ipotesi in cui si svolgesse un'attività commerciale<sup>49</sup>.

Solo con la Regia dichiarazione del 10 giugno 1715 la competenza in materia fallimentare venne attribuita ad una giurisdizione speciale, ovvero quella consolare, sancendo così l'esclusiva applicazione dell'*Ordonnance du commerce* ai soli debitori commerciali (ed anticipando l'opera di codificazione di inizio '800).

Pertanto da un lato, per l'insolvenza commerciale si poteva ricorrere al fallimento come declinato nell'ordinanza del 1673, sulla base di un procedimento che trattava paritariamente i creditori in analogia con quanto previsto nella *déconfiture*; tale procedimento tuttavia si apriva al ricorrere di elementi obiettivi di carattere presuntivo quali la fuga e l'apposizione dei sigilli sui beni del debitore. D'altra parte all'insolvenza del debitore civile si continuava ad applicare il modello della *déconfiture* tradizionale, che prevedeva comunque il trattamento su base paritaria dei creditori nel caso in cui i beni del debitore non fossero sufficienti soddisfarli. Tuttavia, al fine di pervenire alla liquidazione totale dei beni dell'insolvente civile ed al soddisfacimento in percentuale dei suoi creditori era necessario che questi ultimi - per essere coinvolti nella liquidazione - facessero opposizione al pignoramento del creditore precedente. Infatti il modello di gestione dell'insolvenza civile era pur sempre basato su di una procedura individuale che come tale tendeva ad escludere ogni altro soggetto che non si attivasse per prendervi parte (a differenza del fallimento dove il coinvolgimento di tutto il ceto creditorio era - ed è rimasto - sostanzialmente inclusivo)<sup>50</sup>. Ebbene tale sistema sopravvisse sino al 1807, anno nel quale la

---

<sup>47</sup> Tale regola, utilizzata grandemente in epoca medioevale, sopravvisse, nelle regioni meridionali della Francia, anche all'affermazione del c.d. *droit coutumier*.

<sup>48</sup> Cfr. E.FRASCAROLI SANTI, *op. cit.*, p. 70.

<sup>49</sup> Cfr. GRANCHET, *La notion de cessation dei payment dans la faillite et le Règlement judiciaire*, Parigi, 1962, pp. 20 ss.; DUPOUY, *Le droit des fallites en France avant le Code de commerce*, Parigi, 1960, pp.83 ss.; PLANOIL – RIPERT, *Traité élémentaire de droit civil*, Libraire générale, Parigi, 1949, p. 495.

<sup>50</sup> Per approfondimenti si vedano anche O.CARNACINI, *Espropriazione individuale e pluralità dei creditori*, Bologna 1941, pp. 91 ss.; E.FRASCAROLI SANTI, *ult. op. cit.*, pp. 69 ss.

disciplina dell'insolvenza in Francia subì profondi mutamenti dovuti all'entrata in vigore del *Code de Commerce* Napoleonico.

### ***1.6.2 Il modello dell'insolvenza nella mitteleuropa del '700***

Un passo importante nell'evoluzione del pensiero giuridico sull'insolvenza venne marcato senza alcun dubbio esperienza austriaca, culminata nel Regolamento di commercio e dei falliti emanato per volontà dell'imperatrice Maria Teresa d'Asburgo nel 1758.

Tale opera normativa traeva spunto dalle migliori esperienze statutarie dei comuni italiani e da quella francese, pur tuttavia introducendo tratti di marcata peculiarità ed innovatività.

Invero, quello che più positivamente colpisce di questa riforma è il grado evolutivo cui erano approdate le riflessioni economiche sottese al fenomeno dell'insolvenza. Infatti già in questa fase si avvertiva l'importanza del credito in ambito commerciale, quale bene pubblico da tutelare e tale da giustificare l'introduzione di una serie di disposizioni afferenti *'l'onorabilità e l'onestà'* di cui il commerciante doveva godere sin dall'inizio dell'esercizio della propria attività. Su tale assunto venne incardinato un sistema basato sulla forte specializzazione dell'organo giurisdizionale e sulla precisa individuazione dei soggetti che potessero accedere alle norme sul commercio ed a quelle sull'insolvenza.

Da un lato, la competenza in merito all'apertura di un'attività sulla gestione dell'insolvenza e di ogni controversia insorta in ambito commerciale spettava ai Tribunali mercantili e, dall'altro, i destinatari di tale disciplina erano coloro che esercitavano attività mercantili nelle zone litoranee, ovvero coloro che operavano in Borsa. Pertanto, anche il nucleo di regole sull'insolvenza si applicavano solo a questi soggetti.

In altre parole, il sistema di regole asburgico sulle attività commerciali prendeva in considerazione due momenti fondamentali: quello costitutivo, con una serie di requisiti prodromici allo svolgimento dell'impresa e quello patologico con l'applicazione di regole severe atte a scoraggiare i truffatori dall'esercizio del commercio e per far sì che vi si dedicassero, invece, coloro nei quali *«risplenda l'onestà e candidezza nelle loro operazioni»*<sup>51</sup>.

Altro aspetto di rilievo atteneva al sistema processuale piuttosto snello ed orientato ad una gestione giudiziale dell'insolvenza per un limitato arco di tempo. Venivano previsti infatti diversi tipi di fallimenti, modulati in base alle cause dell'insolvenza. Nell'ipotesi del "fallimento accidentale", al debitore sfortunato e in buona fede veniva consentito di cedere i beni ai creditori, o di accedere a forme di concordato, ottenendo così una moratoria sui pagamenti senza subire l'onta infamante della decozione.

Mentre i fallimenti cagionati con colpa o dolo erano procedure severissime che, oltre a sancire la morte sociale del commerciante, prevedevano pene estremamente severe che potevano financo portare alla condanna a morte del fallito nei casi più gravi.

---

<sup>51</sup> Così E.FRASCAROLI SANTI, *ult. op. cit.*, p. 39

Quanto al presupposto oggettivo invece, l'insolvenza veniva ricondotta al concetto di illiquidità ed incapacienza propri di chi non fosse più in grado di adempiere alle proprie obbligazioni. Tale parametro non riguardava solo il debitore commerciale, bensì anche quello civile; tuttavia solo al primo erano applicabili le disposizioni del Regolamento in tema di fallimento ed in generale le regole del concorso. Al debitore civile invece potevano applicarsi strumenti tradizionali quali la *cessio bonorum*, attuabile avanti al giudice ordinario attraverso strumenti di esecuzione su base individuale.

Competente per l'insolvenza dei commercianti non erano sia i Tribunali mercantili che quelli ordinari i quali potevano rilevare anche d'ufficio l'insolvenza, aprendo così il “*proceso cridiario*” che sarebbe poi proseguito avanti al giudice speciale.

### **1.6.3 Il modello gestione dell'insolvenza in Spagna**

Anche nell'ordinamento spagnolo<sup>52</sup>, con l'affermazione del commercio marittimo nel mediterraneo, venne introdotto un diritto proprio del ceto mercantile con l'istituzione dei c.d. “*Consolati del Mare*”, enti costituiti presso le principali città marittime di Spagna (Valencia, Barcellona, Mallorca, Sevilla ecc.) che svolgevano sia funzione legislativa che giurisdizionale<sup>53</sup>.

L'insieme delle regole e delle ordinanze redatte da questi organi venne poi impiegata nel codice di commercio spagnolo emanato nel 1829.

Il presupposto soggettivo per soggiacere a questa speciale giurisdizione era l'ottenimento della qualifica di mercante, quello oggettivo – seppur declinato in maniera diversa nei diversi consolati – era invece riconducibile all'impossibilità definitiva di adempiere alle proprie obbligazioni<sup>54</sup>.

Il processo mercantile (rimasto in vigore fino al 1868) inoltre si distingueva da quello ordinario per marcata rapidità ed oralità; in altre parole si trattava di un procedimento sommario che atteneva sia alla fase di accertamento dell'insolvenza (e delle sue cause) che a quello della liquidazione dei beni. Tale processo si è progressivamente burocratizzato trasformando a sua

---

<sup>52</sup> Per approfondimenti si veda J.PULGAR EZQUERRA, *La declaración del concurso de acreedores*, La ley, 2006, pp. 62 ss. L'autrice tra i diversi sistemi concorsuali che disciplinavano la *quiebra* (fallimento) in Spagna, segnala quello catalano e quello castigliano. Infatti il primo – anche a causa dei commerci con i comuni italiani – era stato maggiormente influenzato e prevedeva già nel XIII secolo una disciplina del fallimento. Mentre nel diritto concorsuale castigliano fu necessario aspettare sino al XV-XVI secolo prima dell'introduzione di una procedura propriamente fallimentare che si affiancasse agli strumenti concordatari o alla *cessio bonorum* preesistenti.

<sup>53</sup> J.PULGAR EZQUERRA, *La declaración del concurso de acreedores*, op. cit., p. 77: “*La autonomía normativa de la que se dota a los Consulados se manifiesta en la promulgación de ordenanzas en materia mercantil reguladoras del comercio y de aspectos relacionados con la jurisdicción, no regulando, sin embargo, la mayoría de ellas la quiebra, constituyendo una excepción la Ordenanzas de Bilbao del 1737, así como las del Consulado de Málaga, fechadas en 1824. Las Ordenanzas de Bilbao regulan la quiebra por primera vez a nivel legal, de manera completa y sistemática, distinguiendo distintos regímenes jurídicos de tratamiento de las crisis económicas en razón de la condición de comerciante del deudor. En su Capítulo XVII, bajo el título “De los atrasados, fallidos, quebrados o alzados; sus clases y modo de proceder en sus quiebras”, parecen mantener estas ordenanzas en materia de delimitación del supuesto objetivo de apertura de la quiebra, una línea de continuidad con el Código de Las Siete Partidas, empleándose una técnica que combina la situación económica de fondo con el establecimiento de sus manifestaciones externas”.*

<sup>54</sup> J.PULGAR EZQUERRA, *ult. op. cit.*, pp. 65 ss., laddove si segnala che al fine di utilizzare figure alternative al fallimento in alcuni ordinamenti veniva distinto il concetto di insolvenza da quello di solvenza e cessazione dei pagamenti che tuttavia possa essere risolta mediante cessione dei beni (capacità del patrimonio).

volta in sub-procedimento ogni singola fase, passando tuttavia da (sub) processi sommari per la gestione delle singole fasi a veri e propri (sub) processi di cognizione, soprattutto con riferimento alle fasi di liquidazione dell'attivo e a quelle del riparto.

Si può affermare che l'esperienza spagnola ha sostanzialmente accentuato i fenomeni della processualizzazione e della pubblicizzazione dell'insolvenza<sup>55</sup>, invero già presente in numerose legislazioni dell'età intermedia. Ciò rappresenta un ulteriore fattore che ha grandemente influenzato le successive opere di codificazione italiana e francese laddove si riscontrava una forte connessione tra la concezione pubblicistica delle procedure concorsuali (non vissute come meri processi civili atti a tutelare interessi privati) e la loro struttura processuale, come testimoniato, tra l'altro, dall'officiosità che ne caratterizzava la disciplina e da ruolo centrale affidato all'autorità giudiziaria<sup>56</sup>.

### **1.7 L'OTTOCENTO E L'EPOCA DELLE CODIFICAZIONI FRANCESE ED ITALIANA**

Gli elementi finora rintracciati in questo breve *excursus* storico sulle procedure concorsuali portano all'emersione di alcuni fattori peculiari che possono essere così sintetizzati: (i) l'insolvenza era, in sostanza, già configurabile dall'età intermedia come la definitiva incapacità del debitore (sia civile che commerciale) di adempiere alle proprie obbligazioni; (ii) la disciplina concorsuale, ed il fallimento in particolare, era applicabile, in genere, solo all'insolvenza dei mercanti e non anche a quella dei debitori civili, visto il differente allarme sociale provocato da questi fenomeni; (iii) le procedure concorsuali venivano pensate ed elaborate come meccanismi processuali preordinati sostanzialmente a finalità cautelari ed esecutive; (iv) le procedure concorsuali erano demarcate da un elevato grado di burocratizzazione ed officiosità; (v) erano previsti parametri morali di onestà e probità sia ai fini dell'esercizio dell'attività commerciale, anche connessi all'acquisizione stessa dello *status* di mercante; (vi) già dal medioevo erano state introdotte modalità concordatarie per evitare l'onta dell'insolvenza e favorire il debitore 'buono e sfortunato' nella liberazione dai propri debiti tramite strumenti quali la *cessio bonorum* e la *datio in solutum*; (vii) i debitori civili venivano assoggettati ad una forma di esecuzione di carattere individuale atta ad aggredire i singoli beni che ogni creditore poteva avviare (od alla quale poteva partecipare) su base volontaria.

Come detto, molti dei concetti elaborati in epoca comunale e nei secoli immediatamente successivi rappresentano la base del moderno diritto fallimentare moderno (non solo italiano) e sono stati capaci di resistere a stravolgimenti sociali, politici ed economici.

Nel percorso evolutivo dell'insolvenza assume certamente grande rilievo il XIX secolo in cui è stato avviato il processo di codificazione e razionalizzazione delle regole di alcuni tra i principali

---

<sup>55</sup> Per approfondimenti si veda J.MONTERO AROCA, *I principi politici del nuovo processo civile spagnolo*, ESI, 2002, pp. 34 ss.; sulla divisione tra debitore commerciale e debitore civile nell'ordinamento spagnolo si veda J.PULGAR EZQUERRA – R.GARCIA VILLAVERDE – A.ALONSO UREBA, *Derecho concorsual*, Dilex 2003, pp. 29 ss.; E.FRASCAROLI SANTI, *ult. op. cit.*, p. 38.

<sup>56</sup> Cfr. E.FRASCAROLI SANTI, *ult. op. cit.*, p. 19; A.BONSIGNORI, *Processi concorsuali minori*, in Galgano Tratt. Dir. Comm. e Pubblico dell'Eco., XXIII, Padova, 1997, pp. 8 ss.

ordinamenti giuridici europei. Tra questi non può non farsi cenno all'elaborazione dei codici civile (1804) e commerciale (1807) nella Francia napoleonica.

Durante questo periodo storico infatti venne definitivamente sancita la netta demarcazione soggettiva che l'ordinamento voleva imprimere all'agire del commerciante rispetto a chiunque altro. Peraltro, come accennato in precedenza (cfr. infra § 1.6.1), tale scelta era stata di fatto già sancita con l'*Ordonnance de commerce* del 1673 e la Regia Dichiarazione del 1715<sup>57</sup>.

L'esperienza del codice di commercio (tutt'ora vigente) è sorta invero dall'esigenza di sistematizzare ed unificare<sup>58</sup> l'ordinamento anche in virtù della dimensione universale propria del fenomeno del commercio. L'idea di definire un soggetto che – operando sotto tale veste – potesse contrarre obbligazioni diverse da quelle applicabili al debitore civile, avesse differenti obblighi e fosse – appunto – trattato in maniera del tutto peculiare in caso di inadempimento, guidò così la ‘mano’ del legislatore d'oltralpe.

In altre parole, la codificazione portò in generale alla statalizzazione del diritto privato con conseguente abrogazione formale dell'impianto legislativo previgente e alla precisa individuazione di due ambiti distinti, ovvero quello inserito nel perimetro del codice civile e quello commerciale ed, in particolare e per quanto qui maggiormente interessa, alla introduzione di due distinti meccanismi di tutela del diritto di credito.

Come anticipato, poi, un elemento che favorì ulteriormente questa polarizzazione dell'ordinamento è rinvenibile anche nello sdoppiamento della funzione giurisdizionale per l'ordinamento civile e per quello commerciale. Questo secondo, i c.d. *tribunal de commerce* rappresentavano a tutti gli effetti un organo giurisdizionale, fortemente specializzato e composto per lo più da commercianti, esperti della materia e pochi giudici ‘togati’.

Anzitutto per accedere agli strumenti di tutela del credito venne introdotto il concetto di “cessazione dei pagamenti” nel *code de commerce*, talché l'istituto della *déconfiture* non poté più applicarsi al debitore commerciale in considerazione del fatto che il presupposto di accesso a questa fosse l'insufficienza dei beni riscontrabile con l'opposizione da parte dei debitori<sup>59</sup>.

Peraltro la *déconfiture* scomparve anche dai meccanismi di tutela nei confronti del debitore civile, atteso che il legislatore del 1804 decise di non prevedere alcuna regolazione concorsuale dell'insolvenza del debitore civile. Infatti, tale termine – nel *code civil* – assunse un significato nuovo e diverso, definendo non più una procedura per la liquidazione dei beni del debitore

---

<sup>57</sup> P.SPADA, *Negozianti e imprenditori. 200 anni dal Code de commerce*, op. cit., pp. 25 ss.

<sup>58</sup> Infatti la compresenza delle norme dell'*Ordonnance* (che formalmente non erano applicabili ai soli mercanti e non erano le sole applicabili ai mercanti in caso di insolvenza), unitamente all'istituto della *déconfiture* ha prodotto un quadro di gestione dell'insolvenza piuttosto disomogeneo nelle diverse regioni francesi. Cfr. E. FRASCAROLI SANTI, *op. cit.*, p. 73; PLANIOL – RIPERT, *Traité élémentaire de Droit civil*, op. cit., pp. 495 ss.

<sup>59</sup> Venne così posto termine al dibattito circa l'applicabilità della *déconfiture* al debitore commerciale che era sorto dopo l'introduzione dell'*Ordonnance de commerce* del 1673, acuitosi con la Regia dichiarazione del 10 giugno 1715 che istituiva la giurisdizione speciale per i commercianti; per approfondimenti sui tratti fondamentali di tale dibattito si veda E.FRASCAROLI SANTI, *ult. op. cit.*, pp. 73 ss. e P.SPADA, *ult. op. cit.*, pp. 32 ss.

insolvente su base paritaria, bensì la decadenza dal beneficio del termine del debitore civile (art. 1188 cod. civ. 1804).

Di talché il meccanismo per la tutela dei creditori dei commercianti e per la repressione dell'insolvenza di questi non partiva più dal presupposto della loro insolvibilità (ovvero l'incapacità, anche prospettica di pagare le proprie obbligazioni con i beni presenti nel patrimonio), bensì dalla rilevazione di un dato empirico, ovvero la cessazione dei pagamenti<sup>60</sup>. Venne così definito un sistema più rigido per regolare i rapporti commerciali basato tuttavia, ugualmente, sul principio della *par condicio* e sull'inclusività dei creditori.

Ciò che apparve da subito mancante era una disciplina che garantisse la gestione dell'insolvibilità del debitore civile ed, invero, una puntuale tutela dei creditori di questi che invece potevano utilizzare solo lo strumento processuale della *saisie* (esecuzione individuale disposta dal codice di procedura civile francese), che, invero non offriva una piena tutela concorsuale a questi.

In altre parole, ciò che avvenne in Francia nell'epoca delle codificazioni fu un fatto di grande momento, ovvero si affermò definitivamente l'applicazione di un differente regime di tutela del credito tra debitori commerciali e civili.

Infatti, se il sistema concorsuale all'epoca dei comuni era piuttosto frammentato e si divideva tra ordinamenti in cui l'inclusione paritaria dei creditori riguardava tutti i soggetti debitori, indipendentemente dalla loro natura, ed altri in cui vi era una netta separazione tra il trattamento dell'insolvenza civile e quella commerciale, nella Francia di inizio '800 si scelse chiaramente la seconda opzione. Tale scelta venne dettata dal fatto che l'insolvenza non veniva più avvertita alla stregua di un fenomeno marcatamente patrimoniale<sup>61</sup>, bensì venne in evidenza con forza (ed invero assunse un ruolo predominante) la sua componente finanziaria.

Con l'evoluzione dei commerci, la prospettiva mutò sensibilmente già nel corso del XVIII secolo (cfr. infra § 1.6.2), laddove un ruolo centrale per il debitore commerciale veniva assunto non dai propri beni, bensì dalla capacità di questi di attrarre fonti di finanziamento per la propria attività<sup>62</sup>.

---

<sup>60</sup> E.FRASCAROLI SANTI, *ult. op. cit.*, p. 76, “[...] l'esigenza di individuare un presupposto adattabile ai commercianti per l'apertura di un procedimento concorsuale fu pienamente avvertita, stante il mutare delle condizioni socio-economiche. Ciò accadde allorché assunse rilevanza tutta peculiare più che lo stato patrimoniale del debitore, il poter usufruire da parte sua del credito, inteso tecnicamente come immediata possibilità per il commerciante di procurarsi denaro con operazioni normali e consentite dalle leggi al riguardo. Avere credito fu inteso, infatti, come possibilità attuale di disporre di mezzi liquidi per pagare e ciò sia che si attingesse alla cassa, sia che si richiedesse il danaro alla banca”; cfr. LAURENT, *Principes de droit par Laurent*, Bruxelles – Paris, 1893, Tome XVII, pp. 207 ss.

<sup>61</sup> Ovvero l'incapacità di pagare i propri debiti con i beni nella disponibilità del debitore (laddove per i commercianti poteva essere associata ad elementi presuntivi quali la fuga, il nascondimento o la chiusura del negozio).

<sup>62</sup> Numerosi tentativi di assimilazione del concetto di insolvibilità (del *code civil*) con quello di cessazione dei pagamenti (del *code de commerce*) vennero operati dalla dottrina d'oltralpe, tuttavia prevalse sempre l'impostazione per la quale l'ordinamento avesse introdotto due tipi di insolvenza cui erano collegati diversi effetti. Peraltro, tale differenza rimase anche con riguardo al fenomeno della sospensione dei pagamenti che parte degli interpreti voleva ricondurre all'istituto dell'insolvibilità civilistica, piuttosto che alle conseguenze dell'insolvenza commerciale (*i.e.* cessazione dei pagamenti e fallimento). Sul punto l'interpretazione piuttosto rigida di numerosi commentatori e della giurisprudenza portò ad

Pertanto assunse sempre maggior rilievo il rispetto delle scadenze dei pagamenti da parte di questi, divenendo così elemento specializzante nel percorso evolutivo dell'insolvenza in ambito commerciale, tale da produrre la definitiva partizione dall'insolvenza civile tradizionalmente legata a fattori di incapacienza patrimoniale<sup>63</sup>.

Inoltre, l'abrogazione dell'istituto della *déconfiture* (intesa come mezzo processuale di liquidazione dell'attivo del debitore) portò all'eliminazione dall'ordinamento di qualsiasi mezzo concorsuale per regolare l'insolvenza civile. Di talché il concetto stesso di insolvenza civile si nebulizzò nell'ambito del *code civil* dando così vita ad istituti quali la decadenza dal beneficio del termine per il debitore civile inadempiente e gli stessi mezzi di tutela del credito vennero rigidamente separati rispetto alla qualità assunta dal soggetto debitore.

Una ricostruzione del tutto affine può essere proposta anche con riguardo all'evoluzione dell'insolvenza in Italia, la cui opera di codificazione trasse grande spunto dall'esperienza d'oltralpe. Già in epoca immediatamente pre-unitaria, invero, furono numerosi gli Stati ad aderire al modello francese di bipartizione dell'insolvenza.

Infatti con il codice di commercio del 1882 venne cristallizzato il principio secondo cui il fallimento fosse applicabile ai soli commercianti che cessavano di effettuare i propri pagamenti.

Senza alcuna volontà di approfondire in questa sede la questione, è utile segnalare come la netta demarcazione tra debitore commerciale e debitore civile testimoniassero chiaramente l'ispirazione tratta dal modello francese con l'introduzione del codice civile del 1865 ed, appunto, di quello commerciale del 1882<sup>64</sup>.

Nei codici venivano definite due tipologie di obbligazioni assai differenti per natura e struttura<sup>65</sup>. Anche in Italia venne introdotta una giurisdizione speciale per i commercianti, ovvero i tribunali di commercio, i quali tuttavia sopravvissero solo pochi decenni.

Si posero, al pari dell'esperienza francese, anche rilevanti problemi ermeneutici sull'interpretazione delle norme sull'insolvenza in ambito civile ed in ambito commerciale. Un grande Maestro, quale il Bonelli<sup>66</sup>, offrì una ricostruzione invero assai convincente, sostenendo

---

affermare un'applicazione dell'insolvenza commerciale anche alla sospensione dei pagamenti, poiché il legislatore non aveva provveduto a fornire alcun tipo di differenziazione qualitativa del concetto di cessazione. Cfr. LAURENT, *Principes de droit par Laurent*, Bruxelles – Paris, 1893, Tome XVII, pp. 207 ss. ; LOCRIÉ, *Esprit du Code de Commerce*, Paris, 1811 – 1813, T. VI e VII, pp. 316 ss.; GRANCHET, *La notion de cessation des paiements dans le fallite et le Règlement judiciaire*, Paris, 1962, pp. 130 ss.; E.FRASCAROLI SANTI, *ult. op. cit.*, pp. 83 ss.

<sup>63</sup> Per una ricostruzione dell'insolvenza in termini economici si veda D.CAVALLIERI, *Teoria economica – un'introduzione critica*, 1978, pp. 45 ss.

<sup>64</sup> Per un'ampia analisi sulla disciplina dell'insolvenza nell'ambito del Codice di Commercio del 1882 si veda C.VIVANTE, *Trattato teorico pratico di diritto commerciale*, Vol. IV, Milano, 1902, pp. 208 ss.

<sup>65</sup> Ad esempio il principio della solidarietà nell'obbligazione passiva riguardava solo quelle commerciali, mentre per le obbligazioni civili vigeva il principio della parziarietà, erano altresì previste diverse forme di responsabilità per i debitori e tipi contrattuali peculiari per i commercianti. Cfr. sempre P.SPADA, *ult. op. cit.*, pp. 19 ss.

<sup>66</sup> Cfr. G.BONELLI, *Del fallimento*, Commentario al cod. com., I, III ed., Milano, 1938, pp. 8 ss.; Un altro "padre" del moderno diritto fallimentare, quale il Bolaffio, invece contrappose a questa tesi quella secondo cui il presupposto per la dichiarazione di fallimento fosse semplicemente il fatto esteriore della cessazione dei pagamenti senza alcuna necessità di indagare se tale stato fosse cagionato da una temporanea crisi di liquidità, ovvero da un'incapacità definitiva. Il Bolaffio,

che le forme ed i presupposti dell'insolvenza non fossero poi così diversi per i debitori commerciali rispetto ai debitori civili, ciò che mutava erano semmai gli effetti.

In altre parole per il Bonelli lo stato di fatto da cui principiava – in ogni caso - l'insolvenza era l'impotenza del patrimonio del debitore a soddisfare integralmente i creditori. Ciò che mutava tra debitore civile e commerciale erano i fatti rivelatori; da un lato emergeva la puntualità del debitore nei pagamenti e, dall'altro, l'incapacità obiettiva del patrimonio a ripagare i debiti contratti<sup>67</sup>.

La chiara definizione di tale rapporto non rappresentava un mero esercizio teorico-esegetico, bensì rilevava con riguardo agli effetti prodotti dall'applicazione dell'una o dell'altra forma di insolvenza. Infatti, si dibatté molto anche con riguardo alla possibilità di applicare l'insolvenza civile al commerciante che non fosse in stato di cessazione dei pagamenti bensì di semplice incapienza patrimoniale<sup>68</sup> (tale opzione avrebbe reso applicabili al commerciante effetti quali la decadenza dal beneficio del termine<sup>69</sup> e l'esecuzione individuale).

Da ultimo, l'epoca delle codificazioni e l'introduzione del concetto di cessazione dei pagamenti quale presupposto dell'insolvenza commerciale, produsse un acceso dibattito – tanto in Italia, quanto in Francia - circa la necessità di ripartire l'insolvenza lieve (*i.e.* sospensione dei pagamenti per momentanea difficoltà) da quella grave (*i.e.* definitiva cessazione) e di differenziare gli effetti (*i.e.* l'applicazione o meno del fallimento).

Sull'onda di tale dibattito venne dapprima introdotto in Italia l'istituto della moratoria per regolare le situazioni di momentanea difficoltà del commerciante e, successivamente, con la Legge Bolaffio del 1903, l'istituto del concordato preventivo. Entrambi questi strumenti – seppure differenti nei presupposti e nelle finalità - erano preordinati a graduare le risposte dell'ordinamento al tipo (ed alla gravità) dell'insolvenza del commerciante.

Si può pertanto concludere, con la necessaria cautela che deve essere riservata ad un tentativo di generalizzazione di un fenomeno storico-giuridico di tale portata e complessità, che la definitiva separazione tra insolvenza civile e commerciale in Italia trovo affermazione con la codificazione di fine ottocento, poiché sino a quell'epoca non erano stati rari gli esempi (anche in epoca

---

in altre parole, non accettò l'idea che per dichiarare il fallimento di un commerciante fosse necessario combinare assieme il fatto esteriore dell'incapacità attuale di pagare con l'elemento dell'insolvibilità del patrimonio; cfr. L.BOLAFFIO, *Fallimento*, II, n. 85, pp. 196 ss. Tra coloro che seguirono la tesi del Bonelli: CUZZERI – CICU, *Fallimento* n. 9, pp. 14 ss.; A.ROCCO, *ult. op. cit.*, pp. 5 ss.; BRUNETTI, *Diritto Concorsuale*, Padova, 1944, p.31; DE SEMO, *Diritto fallimentare*, Firenze, 1948, p. 111; PAZZAGLIA, *In tema di insolvenza*, Dir. Fall., 1949, II, p. 359; ANDRIOLI, (voce) *Fallimento*, n. 17 (dir. priv.), Enc. del Dir., XVI, Milano, 1967, p. 314; N.JAEGER, *Il fallimento e le altre forme di tutela giurisdizionale*, Tratt. dir. civ., Grosso – Santoro Passarelli, Milano, 1964, pp. 84 ss.

<sup>67</sup> Cfr. M.BIONE, *Stato di insolvenza e dichiarazione di fallimento – legge fallimentare*, in Comm. Scialoja Branca, a cura di Bricola, Galgano, Santini, Bologna – Roma, 1974, p. 192.

<sup>68</sup> Per approfondimenti si vedano PROVINCIALI, *Stato di Insolvenza*, in Studi in onore di A. Cicu, Milano, 1951, II, p. 127; PAZZAGLIA, *In tema di insolvenza*, Dir. Fall., 1949, II, p. 359; G.FERRARA, *Sulla natura dell'amministrazione controllata*, Riv. Dir. Comm., 1952, I, p. 423; T.AULETTA, *Recensione a Provinciali, Lo Stato di Insolvenza*, Studi in Onore di Cicu, Riv. Trim. Dir. e Proc. Civ., 1954, p. 1057.

<sup>69</sup> Per il Bonelli, la decadenza dal beneficio del termine, così come disciplinata dal previgente art. 1176 cod. civ. 1865, era del tutto equiparabile al concetto di *déconfiture* del *code civil*.

comunale) di trattamento comune dell'insolvenza per tutti i debitori indipendentemente dalla qualità assunta da questi.

Questa soluzione poggiava sulla necessità di fornire una risposta maggiormente repressiva (e garantista per i creditori) nei confronti di coloro che nel proprio agire avevano maggiore accesso al credito e che, con la loro insolvenza (*i.e.* cessazione dei pagamenti), avrebbero potuto nuocere maggiormente sui terzi e sulla società.

Ciò che non appariva invece condivisibile era la assoluta rinuncia del legislatore ad accordare mezzi di tutela concorsuale nei confronti dell'insolvenza di quell'ampia categoria di soggetti diversi dai commercianti. Infatti, l'eliminazione della *déconfiture* in Francia e l'assenza di una espressa definizione di insolvenza civile ha creato un divaricazione acuitasi col tempo – anche in termini di tutela dei creditori – tra obbligazioni commerciali ed obbligazioni civili, sancendo una volta per tutte la separazione tra questi fenomeni.<sup>70</sup>

## 1.8 IL DIRITTO CONCORSUALE MODERNO

### 1.8.1 Il codice civile e la legge fallimentare del 1942

Il grande dibattito suscitato in Italia dall'esperienza della doppia codificazione e la volontà di riunire la funzione giurisdizionale davanti al solo giudice ordinario, orientò l'attività del legislatore fascista che tra gli anni trenta e quaranta elaborò un *corpus* unitario di regole applicabili tanto al debitore civile, quanto a quello commerciale.

Così nel 1942 venne definita una disciplina universale delle obbligazioni (che assunsero per larga parte i principi propri delle obbligazioni commerciali del codice di commercio), dei contratti e della responsabilità patrimoniale per il debitore, inserita nel (più ampio) ambito del vigente codice civile<sup>71</sup>.

Questo processo unificatore coinvolse solo parzialmente il fenomeno dell'insolvenza (né quella civile, né quella commerciale) che più volte venne citato nelle disposizioni codicistiche<sup>72</sup>, senza tuttavia essere mai trovare definizione. Il codice civile infatti non si occupò di declinare né l'insolvenza civile (mai nemmeno menzionata), né l'insolvenza commerciale (menzionata invece nell'ambito dell'art. 2221 c.c.).

---

<sup>70</sup> Per non incorrere in equivoci è necessario rimarcare come, pur essendo i meccanismi processuali dell'esecuzione individuale più caotici di quelli concorsuali e pur non garantendo in concreto la piena tutela della *par condicio creditorum*, è pur vero che questi strumenti esecutivi si ispiravano (e si ispirano) comunque a canoni di inclusività e di rispetto (almeno formale) della parità tra creditori secondo le cause legittime di prelazione, scongiurando così qualsiasi rischio di applicazione del risalente postulato del *prior in tempore potior in iure*. Infatti, l'esecuzione singolare si differenzia da quella concorsuale in quanto carente dei tratti universalistici della seconda e poiché propone un diverso grado di penetrazione nel patrimonio del debitore, anche qualora concorrano più creditori. Ciò, ovviamente, non significa che l'esecuzione individuale non fosse (e tutt'ora non sia) comunque una diversa modalità attuativa del principio della *par condicio*.

<sup>71</sup> Per approfondimenti cfr. A. BONSIGNORI, *Il fallimento*, Padova, 1986, pp. 35 ss.

<sup>72</sup> Artt. 384, 562, 755, 759, 1186, 1274, 1299, 1313, 1626, 1715, 1764, 1833, 1868, 1910, 1943, 1948, 1953, 1954, 2221 c.c.

Per quanto qui più interessa, particolare rilevanza assunse l'art. 1186 c.c. che impose la decadenza dal beneficio del termine per le obbligazioni in caso di insolvenza. Lasciando da parte il dibattito sulla portata applicativa di questa norma e le speculazioni della giurisprudenza in merito, che non attengono al presente studio, ciò che non si può non cogliere è l'importanza sistematica di questa disposizione, poiché, da un lato, sanziona colui che risulta insolvente privandolo del beneficio cronologico legato all'adempimento delle proprie obbligazioni e, dall'altro, lega indissolubilmente il momento dell'accertamento dell'insolvenza alla scadenza di tutte le obbligazioni del debitore fallibile, diventando così un principio fondamentale per la realizzazione della *par condicio creditorum* (anche in applicazione dell'art. 55, comma II, L.fall.). Anche gli artt. 2740 e 2741 c.c. rivestono una funzione fondamentale nell'ambito dell'ordinamento concorsuale ed hanno contribuito in maniera determinante a plasmare i tratti dell'insolvenza in Italia.

L'art. 2740 c.c. affermando la responsabilità patrimoniale del debitore per le obbligazioni contratte è espressione del principio di universalità oggettiva dell'insolvenza, mentre l'art. 2741 relativo al concorso dei creditori ed alle cause di prelazione sui beni del debitore ha introdotto il principio dell'universalità soggettiva dell'insolvenza<sup>73</sup>.

Ciò nonostante, la riunificazione dei codici e delle obbligazioni non ha scalfito il diverso trattamento riservato all'insolvenza dei debitori commerciali rispetto a quelli civili<sup>74</sup>.

Infatti con il Regio decreto n. 267 del 16 marzo 1942, venne emanato un corpo di norme autonomo e finalizzato ad offrire soluzioni concorsuali per la tutela dei creditori dell'imprenditore commerciale, atte a reprimere il fenomeno dell'insolvenza ed a mondare il mercato dei commerci da quei soggetti non affidabili o comunque pericolosi per i terzi.

In questo nuovo quadro normativo vennero inseriti istituti processuali previgenti, quali il fallimento ed il concordato preventivo e venne modificato il concetto di insolvenza. Infatti il

---

<sup>73</sup> Sul principio di "universalità soggettiva" si veda, tra gli altri, P.F.CENSONI, *Lineamenti di diritto fallimentare*, in Bonfatti – Censoni, Padova, 2013, pp. 8 ss. laddove l'autore afferma che "*come sul piano oggettivo il di fallimento coinvolge tutto il patrimonio del fallito [...] sul piano soggettivo la medesima procedura coinvolge tutti i suoi creditori[...] in questo coinvolgimento consiste l'universalità soggettiva o generalità o concorsualità. E come l'universalità oggettiva ha il suo fondamento nel principio di carattere generale enunciato nell'art. 2740 c.c. [...] così l'universalità soggettiva ha il suo fondamento nel principio di carattere generale enunciato nell'art. 2741 c.c.*".

<sup>74</sup> Il legislatore della riforma accolse la tesi di due grandi maestri quali il Bonelli ed il Mortara i quali manifestarono la propria contrarietà all'unificazione in una medesima procedura concorsuale della risposta fornita dall'ordinamento all'insolvenza civile e commerciale. Il Mortara sostenne in particolare che l'insolvenza dovesse differenziarsi per la diversa posizione assunta dal debitore civile rispetto al credito. Secondo questo autore infatti "*la garanzia delle obbligazioni di un commerciante è principalmente nel credito persona ledi cui gode [...] mentre il credito del non commerciante è misurato dalla potenzialità di garanzie che offre il patrimonio*", cit. V.MORTARA, *Disposizioni generali sull'esecuzione forzata*, Comm. del codice e delle legge di procedura civile, vol. V, Milano, pp. 10 ss.; analogamente G.BONELLI, *Progetto di una legge sul fallimento*, Riv. Dir. Comm., 1921, I, p. 522, che pur ritenendo che l'insolvenza civile e quella commerciale avessero un ceppo comune, affermava che differenti dovevano essere le reazioni dell'ordinamento ed in particolare, l'apertura del concorso dovesse riguardare solo casi in cui vi fosse una reale esigenza collettiva di tutela. Entrambi gli autori tuttavia, già all'epoca, ritenevano essenziale una riforma organica ed una modernizzazione delle procedure di esecuzione individuale che rappresentavano la sola risposta dell'ordinamento al fenomeno dell'insolvenza civile.

presupposto di accesso alla procedura mutò forma rispetto al più stringente concetto di cessazione dei pagamenti del codice di commercio.

L'art. 5 della legge fallimentare (tutt'ora in vigore) trae spunto proprio dalla citata tesi del Bonelli, tenendo distinta l'incapacità patrimoniale e la cessazione dei pagamenti, dalla temporanea difficoltà ad adempiere alle proprie obbligazioni.

Tale definizione mirava a tutelare in maniera più efficace il credito ed ebbe il merito di sopravvivere anche in epoca repubblicana poiché ritenuta rispettosa dei canoni costituzionali quali la libera iniziativa economica di cui all'articolo 41 Costituzione.

In particolare, la norma ha contemperato in maniera costituzionalmente corretta l'esigenza di tutela del risparmio (*i.e.* diritto di credito<sup>75</sup>) con quello della libera iniziativa economica.

Di guisa, si ricava la funzione fondamentale del momento nel quale è necessario che l'organo giurisdizionale intervenga per limitare la libertà dell'imprenditore e privare (o limitare la gestione di) questi dei propri beni.

### ***1.8.2 L'insolvenza nella legge fallimentare tra prassi applicativa e speculazioni dottrinali***

Finora si è fatto cenno ad alcuni concetti quali l'insolvenza, l'inadempimento, l'incapacità di adempiere e la cessazione dei pagamenti. Ebbene, introducendo il concetto di insolvenza elaborato con la riforma dell'ordinamento concorsuale del 1942 si avrà l'occasione di approfondirne il contenuto e stabilire quale sia – attualmente - il rapporto tra essi sussistente.

In questa sede, è necessario soffermare l'analisi sul presupposto oggettivo di accesso alle procedure concorsuali, ovvero l'istituto dell'insolvenza disciplinato dall'art. 5 L.fall. che, nonostante la continua evoluzione dell'ordinamento concorsuale negli oltre settanta anni di vigenza della legge fallimentare, è rimasto sostanzialmente immutato.

Anzitutto si può apprezzare come il legislatore abbia voluto chiarire che l'inadempimento di per sé offra al creditore esclusivamente strumenti esecutivi ordinari per tutelare le proprie ragioni e sia indipendente dalla situazione economica del debitore. Mentre nell'ambito dell'indagine sull'insolvenza esso assume valore se – per la sua portata o per il collegamento con altri inadempimenti – risulta sintomatico dell'incapacità dell'impresa di soddisfare regolarmente le proprie obbligazioni.

Di converso, come attentamente osservato da eminente dottrina *“lo stato generale della impresa viene in rilievo non di per sé, ma in quanto intacchi o minacci di intaccare le sfere degli altri soggetti ”* ed ancora *“[la] idoneità dello stato dell'impresa ad aggredire in via potenziale o*

---

<sup>75</sup> L.STANGHELLINI, *La crisi d'impresa tra diritto ed economia*, Bologna, 2007, pp. 117 – 118 ss.; come affermato da questo autore *“il valore costituzionale garantito dalle procedure concorsuali è quello della tutela del credito, senza la quale il sistema economico inevitabilmente regredisce a livelli primitivi. Questa tutela si specifica in due distinte proposizioni: a) perché una procedura concorsuale possa aprirsi deve sussistere una situazione di pericolo per tutti i creditori così fondata da giustificare l'estromissione dell'imprenditore, o comunque da giustificare una penetrante limitazione dei suoi poteri; b) quando tale situazione di pericolo sussista, il rimedio che l'ordinamento appresta va a beneficio/tutela di tutti i creditori, e non soltanto di coloro che vedono già inadempiti i loro crediti.”*

*attuale le sfere giuridiche dei terzi deve più precisamente tradursi sul piano obbligazionale: deve potersi dire che l'impresa non è più in grado di soddisfare le proprie obbligazioni*"<sup>76</sup>.

Tale presupposto oggettivo ha assunto maggiore complessità rispetto al passato, cercando di combinare fattori patrimoniali (afferenti all'inciso "non è più in grado di") ed economico-finanziari (i.e. "adempiere regolarmente") per evitare (o limitare il più possibile) l'assoggettamento alle procedure concorsuali dei soggetti che non siano meramente in crisi di liquidità transitoria<sup>77</sup>.

Tra le speculazioni sull'insolvenza meritano particolare attenzione le teorie c.d. patrimonialistiche<sup>78</sup>, volte ad inquadrare questo fenomeno alla stregua della definitiva incapacità del debitore di far fronte regolarmente alle obbligazioni contratte. In particolare la tesi c.d. quantitativa ha riscosso ampio successo in dottrina e nella prassi giurisprudenziale inquadrando l'insolvenza nell'alveo dell'illiquidità, ovvero nell'impossibilità di pagare regolarmente i propri debiti con le proprie disponibilità liquide.

Infatti, lo squilibrio tra attivo e passivo di per sé non è sufficiente ad accertare l'insolvenza poiché è necessario che vi sia stato un pregiudizio al patrimonio dei terzi (perpetuato mediante inadempimenti) e che vi sia il concreto rischio (o la ragionevole certezza) che tale forma di aggressione venga perpetrata anche in futuro. Infatti è ben possibile che un soggetto con patrimonio netto negativo poiché fortemente indebitato riesca mediante la propria capacità di approvvigionamento finanziario ovvero mediante risorse personali a far fronte a soddisfare regolarmente i propri creditori. D'altra parte può accadere che un imprenditore con patrimonio netto positivo che ha investito la maggior parte del proprio attivo in *asset* difficilmente smobilizzabili nel breve sia insolvente. Certamente, ai fini delle dichiarazioni di insolvenza, nella prassi questa circostanza ricorre con grande frequenza.

---

<sup>76</sup> Cit. P.PAJARDI, *Manuale di diritto fallimentare*, IV ed., Milano, 1993, p. 93.

<sup>77</sup> Tale modifica fu invero necessaria anche perché con l'unificazione delle obbligazioni non poteva più esistere una definizione di insolvenza legata al mancato pagamento di obbligazioni (pecuniarie) di carattere squisitamente commerciale, così come disposto dall'art. 683 cod. comm.; per approfondimenti si veda P.F.CENSONI, in Tratt. Panzani, *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, I, Torino, 2012, pp. 90 ss.

<sup>78</sup> Tali teorie, sorte in epoca immediatamente successiva all'entrata in vigore della legge fallimentare, partono dall'assunto pacifico che via sia insolvenza quando il debitore non possa, con il proprio patrimonio, soddisfare le obbligazioni contratte. Tuttavia, su tale definizione, apparentemente ripetitiva rispetto a quanto affermato nell'art. 5 L.fall., la dottrina e la giurisprudenza si sono largamente confrontate. Una lettura interpretativa che merita di essere segnalata si è focalizzata sul fatto che l'insolvenza debba essere valutata prendendo in esame tutte le componenti patrimoniali dell'impresa e che le componenti del patrimonio del debitore vadano considerate unitariamente (con ciò fornendo un'interpretazione rispettosa del precetto di cui all'art. 2082 c.c. che mira ad individuare nell'elemento dell'unitarietà finalisticamente organizzata il valore fondante dell'impresa). In tale ottica, ai fini dell'individuazione dell'insolvenza, l'unitarietà del patrimonio si giustifica anche per la valutazione di componenti immateriali del patrimonio dell'imprenditore anche afferenti alla capacità di credito, all'avviamento ed altre componenti immateriali. Dunque ai fini dell'accertamento dell'insolvenza non si può avere riguardo solamente di alcuni *asset*, così come è necessario che vengano presi in considerazione tutti i debiti dell'imprenditore, poiché è errato ritenere "che ciò che conta è la solvibilità dell'impresa piuttosto che quella del soggetto imprenditore"; cit. P.F.CENSONI, *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, op. cit., p. 97; sul tema, *inter alia*, si vedano M.BIONE, *Stato di insolvenza e dichiarazione di fallimento – Legge fallimentare – (art. 1 -22)*, op. cit., p. 202, N.JAEGER, *Il fallimento e le altre forme di tutela giurisdizionale*, Tratt. Dir. Civ., Grosso – Santoro Passarelli, Milano, 1964, pp. 164 ss.; F.FERRARA JR., *Il Fallimento*, a cura di Borgioli, Milano, 1989, pp. 132 ss.; P.PAJARDI, *Manuale di diritto fallimentare*, op. cit., pp. 89 ss.

Proprio nell'elemento dell'incapienza si può riscontrare la differenza principale con il concetto di insolvenza di cui all'art. 1186 c.c. Tale norma - che consente ai creditori (soprattutto in forza di rapporti obbligatori a medio lungo termine) di esigere prima del termine pattuito il proprio credito - non può essere presa a riferimento ai fini dell'indagine sull'insolvenza commerciale poiché esaurisce la propria portata nell'elemento della capacità patrimoniale del debitore ponendosi dunque alla stregua di un rapporto tra attivo e passivo<sup>79</sup>. Sebbene parte della dottrina abbia criticato questa impostazione<sup>80</sup>, non si può negare come in effetti il "nocciolo" dell'insolvenza commerciale riguardi proprio l'illiquidità, mentre l'insolvenza civilistica di cui all'art. 1186 c.c., risulta essere ad essa indifferente. Infatti quest'ultima venendo in rilievo anche solo nel momento in cui il patrimonio del debitore non offra più ai creditori (in maniera apprezzabile) la garanzia (anche) in ragione della quale era stato concesso un termine per il soddisfacimento dell'obbligazione.

Tuttavia, è necessario considerare che nel contesto dell'insolvenza commerciale, ai fini della corretta individuazione del concetto di illiquidità, non si possa fare pieno affidamento sulla nozione civilistica di regolare adempimento di cui all'art. 1176 c.c. Infatti *"l'osservazione della vita reale mostra una scissione tra la esigibilità del credito e la sua esazione concreta, sicché il mero ritardo civilistico non sembra costituire di per sé un indizio grave di una situazione patologica dei pagamenti"*<sup>81</sup>.

Sempre nell'ambito del perimetro definitorio della legge fallimentare è utile precisare come non sia necessario alcun requisito di irreversibilità<sup>82</sup> poiché la temporaneità o meno dell'insolvenza generalmente non rileva come fattore ai fini del suo accertamento (era però presupposto per

---

<sup>79</sup> Molto suggestiva in proposito è la tesi di un grande Maestro quale R.PROVINCIALI, *Manuale di diritto fallimentare*, op. cit., pp. 248 ss., che mette in connessione il significato di insolvenza civilistica a quello di insolubilità (ovvero impossibilità oggettiva del debitore di pagare) e dunque affermando che la differenza principale tra questa e lo stato di insolvenza risiede nel diverso momento in cui viene inquadrata. La prima è un dato di fatto inequivocabile che fa scattare tutte le risposte che l'ordinamento (codice civile) prevede e dunque ha già esaurito la propria carica (e funzione) una volta accertata. Mentre l'insolvenza commerciale è un presupposto per l'accesso al concorso e come tale - pur dovendo essere accertata in base ai fatti - mantiene ancora tutto il suo potenziale nel momento dell'accertamento, poiché intrisa dall'elemento soggettivo della volontà del debitore. L'autore sostanzialmente declina la sua celebre tesi sull'insolvenza soggettiva e sull'insolvenza oggettiva, laddove la seconda ricorre in ipotesi codicistica, mentre entrambe sussistono a presupposto di quella commerciale. *Contra* A.CANDIAN, *Leggendo il «Manuale di dir. Fallim.» di R.Provinciali*, Riv. Trim. Dir. e Proc. Civ., 1956, pp. 629 ss.

<sup>80</sup> Cfr. D.GALLETTI, *La ripartizione del rischio dell'insolvenza*, Bologna, 2006, pp. 176 ss., secondo cui è vero che il concetto di insolvenza civilistico di cui all'art. 1186 c.c. e l'insolvenza commerciale siano distinti, ma non a causa della maggiore staticità del primo. Infatti entrambi questi istituti guardano sia al momento patrimoniale che a quello della liquidità dei pagamenti. Infatti secondo l'autore *"non potrà mai dirsi insolvente ex art. 1186 c.c. colui che paghi alle scadenze i propri debiti"*, invero - prosegue - sono concetti questi non equiparabili poiché posti su piani diversi. Da un lato l'insolvenza è la chiave di volta per sopprimere e prevenire lesioni alla sfera giuridica dei terzi, pertanto è possibile che venga dichiarata anche laddove il patrimonio sia capiente (ancorché non in grado di soddisfare regolarmente le obbligazioni contratte), mentre dall'altro l'insolvenza civilistica è propedeutica al mantenimento della garanzia patrimoniale e dunque non sussisterà laddove vi sia illiquidità, bensì solo se il patrimonio sia pienamente incapiente.

<sup>81</sup> Cit. D.GALLETTI, *ult. op. cit.*, p. 174.

<sup>82</sup> È peraltro vero che le riforme dell'ultimo decennio, con l'introduzione del concetto di "stato di crisi" quale macrocategoria contenente lo "stato di insolvenza", hanno confermato tale impostazione e l'indifferenza (con riguardo ai soli presupposti) verso la reversibilità o meno della crisi.

l'accesso all'amministrazione controllata ai sensi dell'abrogato art. 187 L.fall.). Certamente però dovrà trattarsi di una crisi – seppure transeunte - seria e ragionevolmente apprezzabile<sup>83</sup>.

Del tutto indifferente al concetto di insolvenza (da intendersi come presupposto oggettivo) è poi il fatto che questa sia generata da una o più obbligazioni, ovvero la natura causale delle stesse (*i.e.* se contratte per esigenze afferenti all'impresa, ovvero per altre esigenze), stante l'unitarietà che caratterizza il patrimonio dell'imprenditore ed il superamento della partizione tra obbligazioni civili ed obbligazioni commerciali<sup>84</sup>.

Ciò che ha diviso parte della dottrina sono stati invece i criteri di valutazione dell'insolvenza. Secondo alcuni<sup>85</sup> infatti sarebbe stato necessario operare una (complessa) valutazione delle prospettive produttive e reddituali dell'impresa nell'arco di un periodo di tempo medio-lungo, mentre per altri<sup>86</sup> l'individuazione dello stato di insolvenza sarebbe frutto di una semplice operazione matematica tra elementi dell'attivo<sup>87</sup> con altri del passivo<sup>88</sup> patrimoniale.

Come opportunamente segnalato da eminente dottrina<sup>89</sup>, probabilmente quest'ultima opzione rende più semplice accertare l'insolvenza nel concreto come testimoniato dal fatto che viene tutt'oggi utilizzata dalla maggior parte della giurisprudenza<sup>90</sup>.

In altre parole, nella prassi appare molto più semplice accertare *“una situazione di impotenza economica, strutturale e non transitoria, che si realizza quando l'imprenditore non è più in grado di adempiere regolarmente con mezzi normali le proprie obbligazioni, essendo venute meno le condizioni di liquidità necessarie alla relativa attività commerciale”*, piuttosto che *“compiere complesse indagini prognostiche di natura produttiva e reddituale”*<sup>91</sup>.

---

<sup>83</sup> Cfr., *ex multis*, Cass. 14.3.1978, n. 1274, Dir. Fall., II, 1978, pp. 376 ss.; Cass. 24.3.1983, n. 2055, Fall., 1986, pp. 928 ss.; Cass. 21.11.1986, n. 6856, Giur. Fall., 1986, pp. 108 ss.

<sup>84</sup> Cfr. Cass. 22.3.1984, n. 1918, Giur. Comm., II, 1984, p. 690.

<sup>85</sup> Cfr. F. VASSALLI, *Diritto Fallimentare*, Torino 1994, p. 84; A. AMATUCCI, *Temporanea difficoltà e insolvenza*, Napoli, 1979, pp. 77 ss.; così anche D. GALLETTI, *ult. op. cit.*, p. 126 secondo cui sarebbe necessario rifuggire dalla tentazione di innescare interventi giurisdizionali anticipati così invasivi, che potrebbero creare più danni di quelli potenzialmente evitati (*i.e.* rischio di diminuzione patrimoniale per i creditori).

<sup>86</sup> Cfr. E. FRASCAROLI SANTI, *Effetti della composizione stragiudiziale dell'insolvenza*, Padova, 1995, pp. 8 ss.; F. FERRARA JR., in Ferrara – Borgioli, *Il fallimento*, Milano, 1995, p. 141; A. BONSIGNORI, *Diritto fallimentare*, Torino, 1992, pp. 38 ss.; per questa seconda tesi parrebbe propendere anche L. STANGHELLINI, *La crisi d'impresa tra diritto ed economia*, op. cit., p. 119, secondo cui il pericolo per tutto il ceto creditorio (e dunque l'insolvenza) si palesa solo quando il valore delle attività scenda al di sotto del valore delle passività.

<sup>87</sup> Ovvero la liquidità disponibile in un determinato momento, tra cui i crediti esigibili a breve ed i bene facilmente monetizzabili.

<sup>88</sup> Tutte le obbligazioni correnti, composte da debiti scaduti o di prossima scadenza.

<sup>89</sup> Cfr. P. F. CENSONI, *Lineamenti di diritto fallimentare*, Bonfatti – Censoni, Padova 2013, pp. 11 ss. Cfr. anche L. STANGHELLINI, *ult. op. cit.*, p. 126, secondo cui *“collegare il presupposto oggettivo allo stato di insolvenza ha poi un grandissimo pregio, che deve essere adeguatamente messo in evidenza: il mancato regolare adempimento è infatti un indicatore facilmente accertabile e difficilmente controvertibile. Il giudice, di fronte all'esistenza di debiti scaduti, anche se di modesto valore, può infatti limitarsi a constatare che l'imprenditore non è in grado di soddisfarli e che nessuno lo ha finanziato, mentre non deve effettuare difficili valutazioni circa la sussistenza o meno di possibilità di soddisfare i debiti nel medio-lungo termine, valutazioni che il giudice non può e non deve fare”*.

<sup>90</sup> Cass. 4.3.2005 n. 4789, Guida al Dir., 2005, 15,86; Cass. 21.9.2004, n. 18927 Guida al Dir., 2004, 49,65; App. Genova 28.4.2004, Dir. Fall., 2005, II, pp. 99 ss.; Cass. S.U. 13.3.2001, n. 115, Foro Amm., 2002, pp. 375 ss.; Cass. 2.7.1990, n. 6769; Foro Amm., 1991, p. 47; Cass. 21.11.1986, n. 6856, Foro Amm., 1987, p. 190.

<sup>91</sup> Cit. P. F. CENSONI, *Lineamenti di diritto fallimentare*, in Bonfatti – Censoni, Padova 2013, p. 12.

È tuttavia necessario evidenziare come grande rilievo assuma altresì il concetto di ‘regolare adempimento’, come parametro qualitativo per rilevare lo stato di insolvenza. Il significato dell’avverbio “regolarmente” è invero assai mutevole, potendo essere inquadrato in ottica giuridica (es. modalità di adempimento delle obbligazioni ex art. 1176 c.c.), meta-giuridica (rispetto delle regole deontologiche che governano l’operatività di uno specifico settore commerciale), economico-finanziaria (capacità del debitore di attrarre mezzi finanziari per soddisfare le proprie obbligazioni) o ancora tecnico - contabile (basato sull’analisi di voci di bilancio).

Ciò che certamente si può osservare è che con l’avverbio “regolarmente” il legislatore abbia inteso escludere che l’insolvenza si possa palesare solo qualora vi sia una definitiva incapacità di adempiere alle proprie obbligazioni. Di talché può essere insolvente colui che continua a pagare i propri debiti alla scadenza utilizzando però mezzi non regolari. Tale situazione deve essere comunque riscontrabile con inadempimenti o fatti esteriori che ne forniscano evidenza<sup>92</sup>.

Sicuramente non si può ridurre l’accertamento dell’insolvenza ad una mera verifica *ex post* del mancato pagamento di talune obbligazioni scadute. Così opinando infatti l’insolvenza verrebbe ricondotta integralmente alla sua accezione previgente di cessazione dei pagamenti, non valorizzando in alcun modo l’aspetto della regolarità nel pagamento dei propri debiti in connessione con la capienza patrimoniale.

Va da sé pertanto che il giudice sia chiamato, nel caso concreto, ad operare (con i dati disponibili) una valutazione sulla regolare solvibilità dell’imprenditore, alla luce della attuale - e, ad avviso di chi scrive, non prospettica - situazione economico-patrimoniale<sup>93</sup>; in altre parole il giudice dovrà accertare che vi sia un pericolo concreto per i creditori attuali di essere soddisfatti, tenuto conto una serie di circostanze (inadempimenti) ed evidenze (es. patrimonio netto negativo) che dovranno essere verificate<sup>94</sup>.

Peraltro, se – come appare innegabile – l’insolvenza è altresì ricollegata ad una sostanziale bocciatura da parte del mercato finanziario<sup>95</sup>, in essa deve essere ricompreso anche

---

<sup>92</sup> Irrilevante ai fini dell’accertamento dell’insolvenza sono tanto la causa dell’inadempimento in termini di imputabilità all’imprenditore, quanto l’eventuale eccedenza dell’attivo rispetto al passivo.

<sup>93</sup> In questo senso si veda A.AMATUCCI, *Temporanea difficoltà e insolvenza*, Napoli 1979, pp. 77 ss.

<sup>94</sup> Cfr. Cass. 10.4.1996, n. 3321, Fall., 1996, p. 1175, secondo cui il mero squilibrio patrimoniale non comporta l’insolvenza della società, poiché questa potrà adempiere regolarmente alle proprie obbligazioni ricorrendo al credito.

<sup>95</sup> Cfr. L.STANGHELLINI, *ult. op.cit.*, pp. 122 ss.; l’autore cercando di rispondere al paradosso che potrebbe essere causato da un’interpretazione troppo rigida del concetto di regolare adempimento di cui all’art. 5 L.fall. – talché la mancata regolare soddisfazione dei creditori potrebbe essere dovuta a una semplice mancanza di liquidità, in presenza di un patrimonio che tuttavia consente ampia soddisfazione di tutte le obbligazioni – si affida ai meccanismi del mercato finanziario che in virtù della propria ampiezza, eterogeneità e specializzazione ha la capacità di erogare denaro in maniera estremamente agevole, anche ad imprese già indebitate. Ovviamente le condizioni di base sono quelle dell’equilibrio patrimoniale, della sostenibilità finanziaria e della bontà del progetto imprenditoriale; senza tali condizioni, o si ricorre ai soci, o ci si deve arrendere all’insolvenza. In altre parole “*l’insolvente è tale proprio perché su di lui il mercato finanziario ha espresso un giudizio negativo: nessun potenziale finanziatore ha ritenuto conveniente finanziarlo alle condizioni che, dato il suo patrimonio, egli era in grado di offrire. Questo perché tanto nel breve, quanto nel medio o lungo termine, le prospettive di reddito non garantivano ad alcun finanziatore la possibilità che il prestito potesse essere rimborsato o, se il debitore ricercava capitale di rischio, che il capitale potesse essere remunerato (con dividendi o altro) in misura comparabile a quella fornita dal mercato per investimenti aventi caratteristiche e rischiosità*”

l'imprenditore che abbia fornito false informazioni, che abbia manipolato il proprio bilancio o che abbia – a diverso titolo – frodato i creditori per ottenere liquidità e, dunque, proseguire nell'esercizio dell'attività d'impresa.

Anche costui dovrà essere ritenuto insolvente, poiché non v'è dubbio alcuno che “*dal punto di vista dei valori reali, l'allievo bocciato e quello promosso perché ha truccato il compito sono parimenti insufficienti (e il secondo merita anche sanzioni per il comportamento scorretto)*”. Se questo è vero dunque il criterio della (ir)regolarità dei pagamenti dovrà avere riguardo anche di colui che riesce a pagare anche con artifici fraudolenti atti a dissimulare lo stato di insolvenza<sup>96</sup>.

Infatti, sebbene in genere – come visto *infra* – l'insolvenza può essere accertata senza bisogno di avere riguardo delle cause che l'hanno prodotta e, dunque, del comportamento dell'imprenditore, si può però concludere che in presenza di comportamenti fraudolenti e dissimulazioni del debitore che consentano a questi di proseguire l'attività d'impresa laddove, verosimilmente, non sussistano più le condizioni per adempiere regolarmente alle proprie obbligazioni, allora si sia in presenza di fatti esteriori dissimulanti l'insolvenza dell'imprenditore.

Da ciò deriva come l'insolvenza non possa essere analizzata e studiata come fenomeno a sé stante finalizzato a presidiare il regolare adempimento delle obbligazioni, bensì come l'analisi di un soggetto che opera in un mercato dove moltissimi altri, pur avendo potenziale interesse ad impedirla, non l'hanno fatto<sup>97</sup>.

In conclusione non si può non rimarcare come l'ordinamento, almeno sino al 2012, non si sia occupato espressamente dell'insolvenza civile che, tuttavia, veniva riferita sovente al fenomeno dell'insolvibilità, ovvero lo stato di oggettiva incapacità patrimoniale del debitore, rispetto al quale risulterebbe tra l'altro irrilevante la volontà di adempiere o meno.

### ***1.8.3 la lunga strada dal diritto fallimentare al diritto dell'economia: dai modelli concorsuali - liquidatori a quelli negoziali per la prevenzione dell'insolvenza***

È però opportuno osservare che – nell'applicazione di questo presupposto - una scissione sostanziale deve sempre essere operata tra l'imprenditore insolvente e l'impresa (intesa come azienda, ovvero complesso di beni preordinati a produrre ricchezza). Infatti, è ben possibile che ad un imprenditore insolvente corrisponda un'azienda capace di produrre reddito poiché il patrimonio del primo dipende dalla valutazione di diverse componenti (oltreché delle sue capacità liquide nel breve medio termine), anche del tutto estranee a questa. Orbene, proprio il fatto di essere un *asset* produttivo dell'imprenditore schiacciato dai debiti (e dunque giudicato

---

*analoghe. Mentre il semplice squilibrio tra flussi di cassa in uscita e in entrata è un problema del tutto normale, che il mercato finanziario affronta e risolve quotidianamente [...] non è normale il fatto che il mercato finanziario abbia giudicato che il problema, in quello specifico caso, non poteva essere risolto. L'insolvente è cioè qualcuno che il mercato finanziario ha ritenuto di bocciare*”, cit. L.STANGHELLINI, *ult. op. cit.*, pp. 124-125; cfr. anche G.TERRANOVA, *Le procedure concorsuali. Problemi d'una riforma*, Milano, 2004, p. 96; per una prima elaborazione di questa tesi (ovviamente rivisitata dagli autori successivi) si veda G.BONELLI, *Del fallimento*, Milano, 1923, I, pp. 54 ss.

<sup>96</sup> Cfr. L.STANGHELLINI, *ult. op. cit.*, pp.128 ss.

<sup>97</sup> Cfr. L.STANGHELLINI, *ult. op. cit.*, p. 125.

non meritevole di aiuto dal mercato finanziario) costringe anche l'impresa in continuità all'insolvenza, ai sensi dell'art. 2740 c.c.

Di talché il dibattito sull'insolvenza nell'ordinamento domestico (e comunitario) si è così decisamente focalizzato sulle prospettive di continuità dell'impresa "in cattive acque", sulla necessità di risanare l'impresa e di prevenirne la decozione. In particolare nell'ultimo trentennio si è compreso come al fenomeno dell'insolvenza l'ordinamento debba fornire risposte non solo finalizzate ad "*impedire l'ulteriore distruzione di ricchezza a spese dei creditori*", ma viepiù, a "*«liberare» un'azienda produttiva (o che può tornare ad esserlo) dal fardello di debiti che la opprime*"<sup>98</sup>.

A far data dalla fine degli anni settanta del ventesimo secolo il processo riformatore della disciplina concorsuale si è orientato così verso due obiettivi: (i) l'ampliamento del quadro dei soggetti cui la disciplina concorsuale potesse applicarsi; (ii) l'individuazione di modelli concordatari o negoziali più flessibili ed attuali che consentissero all'imprenditore in crisi di dialogare più agevolmente ed efficacemente con i propri creditori, sulla scorta della innovativa riforma elaborata negli Stati Uniti nel 1978 con lo *US Bankruptcy Code*.<sup>99</sup>

Già in quell'epoca insomma prese forza il dibattito sulla necessità di riformare organicamente l'ordinamento concorsuale, ritenuto troppo rigido ed incapace di leggere l'evoluzione socio-economica del mercato.

Sotto il profilo soggettivo, tra gli elementi considerati dalla maggior parte dei commentatori fondamentali nell'ambito di questa opera di riforma vi era l'unificazione e la razionalizzazione del fenomeno dell'insolvenza. In altre parole non si riteneva più giustificabile l'esclusione di alcuni soggetti dalla disciplina dell'insolvenza commerciale essendo il loro operare (in termini di relazioni economiche, dimensioni e struttura) del tutto affini a quelli dell'impresa fallibile. In particolare ci si riferisce all'imprenditore agricolo la cui esclusione dal perimetro della fallibilità veniva ritenuta non giustificabile.

Un eminente studioso già trent'anni orsono rilevava come "*la crisi del sistema del credito agrario e il conseguente (e ormai abituale) ricorso dell'agricoltore ai normali canali di finanziamento, il progressivo declino del modello dell'impresa familiare, la sempre più marcata omogeneità (almeno ad un certo livello dimensionale) fra imprese agricole e imprese industriali anche sotto l'aspetto strutturale e gestionale costituiscono altrettante ragioni per eliminare in*

---

<sup>98</sup> Cit. L. STANGHELLINI, *ult. op. cit.*, p. 133

<sup>99</sup> L'evoluzione dell'ordinamento concorsuale è testimoniata dal fatto che il concetto di insolvenza oggi è condizione necessaria e sufficiente per l'apertura del solo fallimento (e di alcune liquidazioni coatte amministrative), mentre per accedere al concordato preventivo (così come per gli accordi di ristrutturazione dei debiti ed i piani di risanamento attestati) è sufficiente che l'impresa versi in stato di crisi (concetto questo introdotto dal legislatore del 2006), divenendo l'insolvenza un presupposto sufficiente ma non necessario. Mentre per l'accesso all'amministrazione straordinaria delle grandi imprese (artt. 1-3 d.lgs. 270/1999) l'insolvenza è un presupposto necessario ma non sufficiente (poiché sono richiesti anche particolari livelli di indebitamento); per una ricostruzione dell'evoluzione della disciplina sull'insolvenza negli Stati Uniti si veda C.J.TABB, *The History of the Bankruptcy Laws in the United States*, American Bankruptcy Institute Law Review, Vol. III, Champaign, 1995, pp. 5 ss.

*radice una discriminazione che non è più giustificata da un'obiettiva diversità delle imprese soggette e, rispettivamente, sottratte al fallimento*"<sup>100</sup>.

In sostanza, in molti concordavano sulla necessità di eliminare ingiustificabili disparità di trattamento e di razionalizzare l'applicazione dell'insolvenza. Ad alcuni autori che ritenevano necessario ripensare l'insolvenza come fenomeno unitario che fornisse soluzioni e strumenti per ogni genere di debitore (civile o commerciale)<sup>101</sup>, indipendentemente dalla sua dimensione, altri replicavano che un'estensione (nel senso dell'eliminazione del requisito dimensionale della non soggezione del debitore alla disciplina del piccolo imprenditore) così massiccia dell'insolvenza avrebbe potuto condurre ad una moltiplicazione delle sentenze di fallimento ed al collasso degli uffici fallimentari; inoltre si riteneva che assoggettare debitori (ancorché commerciali o agricoli) di dimensioni troppo ridotte al fallimento avrebbe prodotto problemi di congruità in termini di corrispondenza tra mezzo e fine<sup>102</sup>.

Ciò posto le spinta riformatrice che spirava forte già dalla fine degli anni settanta, era fortemente orientata alla definizione di un ordinamento concorsuale omogeneo ed inclusivo che mostrasse attenzione anche verso il debitore civile e che gli offrisse quei rimedi (*rectius* benefici) cui poteva accedere il debitore commerciale, quale, ad esempio l'esdebitazione<sup>103</sup>.

Infatti la scelta del legislatore del 1942 fu sempre quella di mantenere in auge il "*sistema dualistico puro*"<sup>104</sup> (o binario) per gestione dell'insolvenza che prevedeva per il debitore commerciale modelli concordatari con finalità spiccatamente liquidatorie e per quello civile il tradizionale (e più gravoso) schema delle esecuzioni individuali.

---

<sup>100</sup> Cit. M.BIONE, *I presupposti e l'estensione soggettiva delle procedure concorsuali*, Fall., 5/1985, p. 487; sul punto si segnala peraltro come anche sia la Commissione Ministeriale per l'introduzione di un stato dell'impresa del 1979 presieduta da Giuseppe Ferri che la Commissione Ministeriale per la riforma della legge fallimentare del 1983 presieduta da Piero Pajardi affermarono che fosse necessario arrivare finalmente ad un'equiparazione dell'impresa agricola con quella commerciale. Infatti l'antico *favor* dell'ordinamento si era ormai trasformato in una sorta di anacronistico privilegio. Già allora l'impresa agricola già all'epoca aveva assunto una struttura capitalistica, un utilizzo di mezzo meccanici e modalità di accesso al credito del tutto affini all'impresa commerciale. Ciò che invero doveva porsi come *discrimen* tra fallibilità e non fallibilità non poteva essere la natura dell'attività d'impresa, bensì la presenza o meno delle caratteristiche organizzative proprie dell'attività d'impresa (quali il livello di strutturazione, la capitalizzazione e la dimensione della stessa); di talché l'impresa agricola veniva considerata addirittura una struttura effimera frutto di una società e di un retaggio fortemente corporativi, cfr. M.AMBROSIO, *Attività e impresa agricola*, Quad. romani di dir. comm., a cura di Ferro Luzzi - Libonati, Milano, 2008, pp. 227 ss.

<sup>101</sup> Si veda G.FAUCEGLIA, *I presupposti per la dichiarazione di fallimento*, in Tratt. Apice, Torino, 2010, pp. 7 ss.; SILVESTRINI, *I presupposti soggettivi del fallimento a seguito della riforma*, Fall., 2007, pp. 234 ss.; A.ROSSI, *Il presupposto soggettivo del fallimento*, Giur. Comm., 2006, I, p. 778; A.JORIO, *Il nuovo diritto fallimentare*, in Comm. Jorio - Fabiani, Bologna, 2010, pp. 2 ss.

<sup>102</sup> M.BIONE, *I presupposti e l'estensione soggettiva delle procedure concorsuali*, op. cit., pp. 487 ss.

<sup>103</sup> Sul punto si segnala un interessante pronuncia del Trib. Bolzano 20.12.2006, che sollevò un incidente di costituzionalità con riguardo all'art. 142 L.fall., poiché riteneva incoerente che la legge fallimentare – presentando vincoli soggettivi per l'accesso alla disciplina concorsuale – privasse il debitore civile della possibilità di esdebitarsi. La Corte Cost. (con provvedimento del 30.11.2007, n. 411, Fall., 8, pp. 152 ss., con nota di G.B.NARDECCHIA) ritenne la questione manifestamente inammissibile, poiché carenti e contraddittorie si erano rivelate anche le argomentazioni del giudice di merito.

<sup>104</sup> Per approfondimenti si vedano A.NIGRO - D.VATTERMOLI, *Diritto della crisi delle imprese. Le procedure concorsuali*, II ed., Bologna, 2012, pp. 24 ss.; D.VATTERMOLI, *La procedura di liquidazione del patrimonio del debitore alla luce del diritto «oggettivamente» concorsuale*, Dir. Fall., I, 2013, p. 772.

Proprio con riferimento al secondo aspetto, per oltre un trentennio si è dovuto far i conti con un ordinamento inadeguato rispetto alle esigenze degli operatori economici. In particolare i modelli di gestione dell'insolvenza inseriti nell'impianto della legge fallimentare del 1942 avevano come obiettivi (i) quello di mondare il mercato dalle imprese divenute insolventi, al fine di ridurre il rischio per i creditori e salvaguardare così l'economia nazionale e (ii) di punire l'imprenditore divenuto insolvente, sancendo non solo lo spossessamento da tutti i suoi beni, ma anche la sua condanna sociale (si pensi alla previsione relativa al c.d. registro dei falliti abrogata solo con la riforma del 2006). Tuttavia, tali modelli, si sono rivelati concretamente insoddisfacenti e con riguardo al soddisfacimento ottenuto dei creditori e in relazione alle ricadute sull'economia reale, in termini occupazionali e di dispersione o distruzione di ricchezza produttiva<sup>105</sup>.

A tale insofferenza si è reagito da un lato con l'introduzione di alcuni istituti quali l'amministrazione controllata, l'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi (legge 3 aprile 1979, n. 26, abrogata nel 1999 a seguito dell'introduzione del D.lgs. 30 luglio 1999 e successive modifiche) o altri strumenti finalizzati a consentire l'intervento pubblico per salvaguardare quei compendi produttivi non ancora insolventi, ma in grave crisi di liquidità che tuttavia potessero ripartire mediante operazioni di riorganizzazione più o meno invasive. Ciò portò alla definizione di un quadro giuridico frammentario, instabile e magmatico. Infatti ad istituti strutturalmente identificati come liquidatori, quali il fallimento, il concordato preventivo e la liquidazione coatta amministrativa si contrapponevano in maniera non sempre coerente altri strumenti che miravano espressamente o indirettamente a consentire la salvaguardia delle aziende in crisi.

D'altra parte, nel trentennio che precedette la riforma della legge fallimentare anche gli operatori economici hanno cercato di superare la rigidità degli schemi imposti dal legislatore del 1942. Così, iniziarono a vedere la luce gli accordi negoziali<sup>106</sup> per la prevenzione (o invero per il superamento) dell'insolvenza atti proprio ad evitare uno smembramento atomistico dell'impresa. La complessità di questi accordi risiedeva nel grado di rischio sottostante per i paciscenti e nel

---

<sup>105</sup> Si veda la completa ed efficace analisi proposta da M.BIANCO - M.MARCUCCI, *Procedure fallimentari ed efficienza economica: valutazioni teoriche e riflessioni per l'economia italiana*, Banca impresa e società, XX, 2001, n.1, pp. 19 ss.; le autrici tra l'altra indicavano la principale sfida per il legislatore domestico nell'individuazione di rimedi concorsuali tempestivi che agissero ai primi sintomi del dissesto, consentissero di arginare il depauperamento dei valori aziendali; Cfr. anche F.CORNELLI - L.FELLI, *Efficiency of bankruptcy procedures*, Temi di discussione del Servizio Studi della Banca d'Italia, paper n. 245, December, 1994.

<sup>106</sup> In merito molto si discusse sulla natura di questi modelli; in particolare si discusse sul fatto che si fosse dinnanzi ad un contratto unitario plurilaterale, ovvero ad un fascio di accordi separati. In proposito si vedano E.FRASCAROLI SANTI, *Concordato stragiudiziale*, Dig. Disc. Priv., sez. comm., Torino, 1988, pp. 285 ss.; C.PETRUCCI, *Concordato stragiudiziale*, Enc. del Dir., Vol. VIII, 1961, pp. 521 ss.; G.DOMENICHINI, *Convenzioni bancarie ed effetti sullo stato di insolvenza*, Fall., 1996, p. 841; P.F.CENSONI, *(Le forme e) gli effetti degli accordi stragiudiziali per la soluzione delle crisi di impresa*, AA.VV., *Le procedure stragiudiziali per la composizione delle crisi d'impresa*, a cura di S.Bonfatti e G.Falcone, Milano, 1999, pp. 30 ss.; V.DE SENSI, *Convenzioni stragiudiziali e patti parasociali*, Ceradi - Luiss Guido Carli, Roma, 2005, pp. 7 ss.; P.VALENSISE, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti nella legge fallimentare*, Torino, 2012, pp. 46 ss.

precario equilibrio che doveva essere ricercato tra soddisfacimento dei creditori (e rispetto del principio della *par condicio creditorum*) e salvaguardia del complesso produttivo<sup>107</sup>.

La causa di questi contratti risiedeva nel superamento della crisi da parte dell'impresa<sup>108</sup>, coinvolgendo in maniera più o meno marcata i creditori stessi che tuttavia potevano essere chiamati alla remissione di parte degli interessi maturati o del capitale precedentemente erogato, ad intervenire direttamente nel capitale sociale, ad accettare accordi di postergazione del proprio credito, ad erogare nuova finanza (o continuare a fornire materiali ed erogare servizi) senza tuttavia che l'ordinamento accordasse alcuna tutela. Anzi, le conseguenze ed i rischi del successivo fallimento dell'impresa con cui era stato strutturato il piano di riorganizzazione potevano ricadere proprio su costoro, tanto in termini di applicazione dell'azione revocatoria fallimentare, quanto di trattamento concorsuale dei crediti maturati quando l'azienda era in crisi (spesso deteriore rispetto ai crediti antecedenti) ed, infine, di azioni risarcitorie per la concessione abusiva di credito. A ciò va aggiunto che il patrimonio del debitore rimaneva comunque liberamente aggredibile dai creditori (azioni esecutive, cautelari o istanze fallimentari) non interessati a partecipare ai suddetti accordi. Peraltro un fattore che disincentivava fortemente l'utilizzo di queste schemi negoziali, risiedeva nel rischio del debitore di esporsi ad eventuali profili di responsabilità penale afferenti ai reati di bancarotta preferenziale o semplice<sup>109</sup>.

Nonostante ciò, soprattutto negli anni '90, tali accordi stragiudiziali per la composizione della crisi trovarono ampia diffusione affermandosi come vero e proprio modello alternativo non tipizzato per la prevenzione e risoluzione dell'insolvenza<sup>110</sup>. Ciò a dimostrazione che nella prassi operativa si cercava di porre rimedio alle manchevolezze e rigidità dell'ordinamento seguendo il modello anglosassone del c.d. *London Approach*<sup>111</sup>.

---

<sup>107</sup> Come efficacemente indicato da C.VALENTE, *The London Approach (Le procedure di «concertazione della crisi» secondo le banche inglesi)*, Dir. Fall., 1998, I, p. 360, "l'efficacia comparativa delle discipline delle crisi aziendali può essere espressa secondo quattro criteri: - la capacità di salvare imprese risanabili e di liquidare quelle non economiche; - la salvaguardia dei diritti dei creditori; - la minimizzazione dei costi delle insolvenze; - la minimizzazione dei costi sopportati dai soggetti interessati alle sorti dell'impresa".

<sup>108</sup> Le forme con cui si poteva pervenire a tali obiettivi erano quelle delle dilazioni di pagamento o moratorie (*pacta de non petendo*) ed eventualmente della remissione parziale del debito (*pacta ut minus solvatur*). Le forme di accordo più complesse potevano prevedere financo la postergazione di di taluni crediti e la conversione di *debt in equity*. Per approfondimenti cfr. A.DIMUNDO, *Pacta de non petendo e insolvenza*, Fall., 1996, pp. 905 ss.; A.PATTI, *Crisi di impresa: definizioni stragiudiziali*, Fall., 2003, pp. 477 ss.; E. FRASCAROLI SANTI "Crisi dell'impresa e soluzioni stragiudiziali", op. cit., p. 234 ss.

<sup>109</sup> Per approfondimenti si veda G.ROSSI, *Crisi delle imprese: la soluzione stragiudiziale*, Riv. Soc., 1996, pp. 321 ss.; U.APICE, *Banche e imprese: responsabilità civili e penali*, Bancaria, Roma, 1996, pp. 54 ss.; F.BONELLI, *Nuove esperienze nelle soluzioni stragiudiziali delle crisi delle imprese*, Giur. Comm., 1997, I, pp. 488 ss.; L.PANZANI, *La gestione stragiudiziale dell'insolvenza*, Fall., 1997, pp. 553, ss.; A.PALUCHOWSKI, *La valutazione giudiziaria dell'attività di risanamento: aspetti civilistici*, AA.VV., *Le procedure stragiudiziali per la composizione delle crisi di impresa*, a cura di S.Bonfatti e G.Falcone, Milano 1999, pp. 97 ss.; A.NIGRO – D.VATTERMOLI, *Diritto della crisi delle imprese*, op. cit., p. 380; P.OLIVA, *Privatizzazione dell'insolvenza. Inquadramento giuridico delle operazioni di ristrutturazione*, Fall., 1999, pp. 825 ss.

<sup>110</sup> Cfr. S.BONFATTI, *La "amministrazione bancaria" e i progetti di procedure di concertazione della crisi. Un modello di amministrazione controllata stragiudiziale*, AA.VV., *Le procedure stragiudiziali per la composizione delle crisi di impresa. I "protagonisti"*, a cura di S.Bonfatti e G.Falcone, Milano, 1999, pp. 37 ss.; G.ROSSI, *Crisi delle imprese: la soluzione stragiudiziale*, op. cit., pp. 321 ss.

<sup>111</sup> Il c.d. *London Approach* nacque nel Regno Unito tra gli anni '70 e '80, sotto l'egida della *Bank of England*, in risposta alla grave crisi industriale vissuta in quegli anni oltre manica ed alla inadeguatezza del sistema concorsuale inglese, che

A tale esperienza si è ispirato il Codice di comportamento tra banche ed imprese in crisi elaborato dall'Associazione Bancaria Italiana nel 2000<sup>112</sup>, che ha cercato di definire un *level playing field* dove creditori istituzionali e debitore potevano confrontarsi e cooperare per il superamento delle difficoltà finanziarie con regole d'ingaggio e tempi certi. Tuttavia a tutti veniva richiesto un elevato livello di responsabilizzazione, trasparenza, buona fede ed un flusso informativo adeguato<sup>113</sup>.

Sebbene in maniera non sistematica, si può ravvisare come in talune circostanze anche gli uffici giudiziari fungessero da veri e propri facilitatori del dialogo tra imprenditore in difficoltà economica e ceto creditorio. In particolare il giudice poteva decidere di utilizzare un diverso canone applicativo della legge rispetto alle peculiarità della situazione di crisi concreta, agli interessi in gioco ed alle conseguenze possibili. D'altro canto sia il debitore che i creditori venivano stimolati al dialogo proprio perché l'accordo sarebbe stato possibile sotto l'egida (ed il monitoraggio) dell'autorità giudiziaria.

Questo atteggiamento è stato riscontrato in alcuni notissimi episodi della vita economica del Paese, dove grazie alla dilatazione dei tempi imposta dal giudice fallimentare nell'istruttoria pre-fallimentare è stato possibile conseguire il superamento della crisi, la riorganizzazione

---

era sostanzialmente imperniato sull'istituto della *receivership* (connotato da tratti marcatamente liquidatori). In seguito, anche dopo l'introduzione dell'*Insolvency Act* del 1986 venne perfezionato questo codice etico tra banche londinesi che decisero di imporsi una sorta di auto-regolamentazione (informalmente) che definiva regole di ingaggio generali per cooperare nella gestione stragiudiziale della crisi. *“Lo scopo dell'Approach è di cercare di assicurare che, al manifestarsi della crisi, le decisioni riguardanti la sorte della società in difficoltà siano attentamente esaminate e ben fondate sulla base delle informazioni disponibili. Ciò non significa che viene in ogni caso garantita la sopravvivenza dell'impresa ma semplicemente che la continuazione dell'attività aziendale viene facilitata nel momento in cui si dimostra che il valore ricavabile dal risanamento è superiore al relativo valore di liquidazione, anche se nell'immediato viene richiesto qualche sacrificio al ceto creditorio, ed in particolare alle banche, che vengono incentivate a trovare un accordo sui termini della ristrutturazione”*. Cit. C.VALENTE, *The London Approach (Le procedure di «concertazione della crisi» secondo le banche inglesi)*, cit., p. 360; nel dettaglio i comportamenti operativi tipici che connotavano l'applicazione del *London approach* riguardavano il mantenimento in essere delle linee di credito alle imprese in difficoltà finanziaria che dialogavano con le banche, le decisioni di lungo periodo su questi soggetti venivano prese sulla base di un agire informato e ponderato della banca ed infine la cooperazione tra le banche era elemento necessario per valutare ed accogliere i piani di risanamento e per erogare eventuale nuova finanza.

<sup>112</sup> Cfr. Circolare Serie Legale ABI, 3 aprile 2000, n. 9, Banca borsa e tit. cred., 2000, I, pp. 423 ss.

<sup>113</sup> Tale strumento di *soft law* denominato *“Codice di comportamento tra banche per affrontare processi di ristrutturazione atti a superare le crisi di impresa”* trae evidentemente spunto proprio dall'esperienza d'oltre manica, tanto da poter essere definito alla stregua di un *London Approach* all'Italiana e per le finalità che lo ispirarono (la sostanziale presa di coscienza dell'inadeguatezza della disciplina concorsuale) e per i suoi contenuti. Venne pubblicato nell'aprile-maggio del 2000 previa autorizzazione dell'Autorità Antitrust (che all'epoca era costituita in seno alla Banca d'Italia). Tale insieme di regole generali, ma piuttosto efficaci, mirava a governare il processo di ristrutturazione ed organizzare il tavolo di lavoro interbancario al fine del perseguimento di un accordo tra debitore e creditori finanziari. Anzitutto grande attenzione veniva posta sulle dinamiche relazionali dove tutti i soggetti dovevano garantire trasparenza, correttezza e cooperazione. Tali requisiti dovevano guidare anche le singole scelte previste nel piano, quale ad esempio l'erogazione di nuova finanza che doveva essere ripartita proporzionalmente tra creditori. Inoltre erano previste regole funzionali quale l'istituzione di un comitato ristretto che monitorasse e garantisse l'esecuzione dell'accordo posto in essere oppure le modalità con cui potevano essere apportate modifiche all'accordo al mutare del contesto; per approfondimenti si veda S.BONFATTI, *L'intervento delle banche nel risanamento delle imprese in crisi*, Fall., 2003, pp. 939 ss.; P.VALENSISE, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti nella legge fallimentare*, op. cit., pp. 40 ss.

dell'azienda in difficoltà ed il mantenimento della continuità senza ledere i livelli produttivi ed occupazionali pre-esistenti<sup>114</sup>.

Tuttavia, un quadro normativo frastagliato e vetusto, una prassi applicativa quanto mai disomogenea e l'assenza di tutele da parte dell'ordinamento ai modelli negoziali di composizione della crisi finalizzati alla prevenzione dell'insolvenza fecero approdare il dibattito sulla riforma organica della disciplina concorsuale in Parlamento, dove, a cavallo tra vecchio e nuovo millennio, videro la luce numerose proposte di proposte di riforma poi sfociate – non senza difficoltà, incongruenze e polemiche – nella riforma organica della legge fallimentare del 2005-2006.

#### **1.8.4 2000-2005: tanti progetti per una riforma**

Come detto, il processo di riforma dell'ordinamento concorsuale si intensificò già negli ultimi anni del vecchio millennio, laddove con la riforma della disciplina delle grandi imprese in crisi (decreto legislativo 8 luglio 1999, n. 270 c.d. "Prodi bis") si comprese che lo scopo primario perseguito dal legislatore fosse proprio quello di salvaguardare la continuità aziendale e mantenere i livelli occupazionali.

Invero nel quinquennio che va dal 2000 al 2005<sup>115</sup> gemmarono numerose proposte di legge che – seppure con diverse sfumature e soluzioni – erano preordinate proprio a rendere l'ordinamento maggiormente flessibile, ad aprirsi a modelli privatistici per la soluzione dell'insolvenza ad ampliare l'ambito applicativo dello strumento concorsuale e a mitigare gli effetti punitivi dell'insolvenza sul debitore. Accanto a ciò era fortemente sentita l'esigenza di predisporre strumenti concorsuali unitari per l'insolvenza dei gruppi di società, oltre a meccanismi di allerta che favorissero l'emersione anticipata della crisi.

Tuttavia, il vero e proprio *fil rouge* tra tutte le proposte elaborate fu la necessità di approntare tutele puntuali e certe verso i soggetti coinvolti nella gestione concertata dell'insolvenza.

Più nel dettaglio la prima proposta che merita di essere ricordata proviene dal Comitato scientifico della rivista *Giurisprudenza Commerciale* del 2000 (c.d. "Progetto Giur.comm.") e fissava "nuove regole per le crisi d'impresa"<sup>116</sup>. Tale progetto prendeva le mosse dall'esigenza

---

<sup>114</sup> Il caso notissimo fu quella della Serafino Ferruzzi s.r.l., laddove il tribunale, accertato che ciò non avrebbe compresso ulteriormente la situazione economica dell'azienda (pregiudicando il ceto creditorio), decise di dilatare i tempi per l'istruttoria pre-fallimentare consentendo che proseguissero le trattative con i creditori, il cui buon esito avrebbe prodotto un sicuro vantaggio per tutti rispetto all'alternativa fallimentare, "*servendosi così della prassi della "doppia velocità" tipica del diritto vivente il giudice si è quindi ritagliato un ruolo di spettatore attento che, alla fine, ha stimolato/favorito il raggiungimento dell'accordo*", cit. P.VALENSISE, *ult. op. cit.*, p. 51; sull'argomento si veda R.VIVALDI, *Il caso Serafino Ferruzzi S.r.l.*, Fall., 1996, pp. 843 ss.

<sup>115</sup> Ovviamente anche nel corso dei decenni precedenti furono elaborate alcune proposte di riforma tra cui preme ricordare quella elaborata negli anni '70 dall'Ordine dei Dottori Commercialisti, ovvero quella frutto dei lavori della Commissione Ministeriale presieduta da Piero Pajardi nel 1983; per approfondimenti si veda P.PAJARDI, *Riflessioni e appunti sul progetto di legge fallimentare dell'ordine dei dottori Commercialisti*, 1973, p. 84; P.PAJARDI, *Linee generali della bozza di legge delegata per la riforma della legge fallimentare*, Corr. giur., 1985, pp. 1261 ss.

<sup>116</sup> Tale progetto (pubblicato in *Giur. comm.*, 2000, I, pp. 5 ss. ed in appendice al Volume AA.VV., *Nuove regole per le crisi d'impresa*, a cura di A.Jorio, Milano, 2001, pp. 343 ss.); traeva spunto da alcune considerazioni di A.GAMBINO, *Le procedure concorsuali minori in una prospettiva di riforma e la rinnovata amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi*, *Giur. comm.*, 1999, pp. 401 ss.; si veda inoltre S.BONFATTI, *Gli accordi stragiudiziali per la*

che agli accordi tra la parti coinvolte in un accordo stragiudiziale di composizione della crisi venisse garantita quella certezza giuridica fino a quel momento assente.

Tale progetto si basava sulla giurisdizionalizzazione del sistema degli accordi, mediante la presentazione all'autorità giudiziaria di un piano da parte del debitore, preordinato alla migliore soddisfazione per i creditori, alla prosecuzione dell'attività d'impresa, alla sua cessione totale o parziali, ovvero alla sua cessazione. Il giudice dopo avere esaminato il piano ed ammesso il debitore alla procedura doveva sovrintendere alla fase di approvazione da parte dei creditori, con la possibilità di neutralizzare il dissenso manifestato da coloro che non avrebbero subito alcun pregiudizio dall'approvazione del piano.

Un secondo progetto riguarda il disegno di legge delega governativo per la riforma delle procedure concorsuali, approvato dal Consiglio dei Ministri il 27 ottobre 2000 e depositato alla Camera dei Deputati il 24 novembre 2000 (A.C. n. 7458). Tale progetto di riforma (primo firmatario il Guardasigilli On. Piero Fassino) prevedeva una delega al governo per riformare le procedure concorsuali secondo le seguenti linee guida: (i) abrogazione del fallimento, della liquidazione coatta amministrativa e del concordato preventivo e sostituzione di queste procedure con una procedura c.d. "di crisi" ed una "di insolvenza"; (ii) la procedura di crisi era attivabile dal debitore in presenza di "*sintomi di squilibrio patrimoniale, economico o finanziario tali da determinare il pericolo di insolvenza*"; (iii) la presentazione di un piano di risanamento al tribunale finalizzato a soddisfare le obbligazioni anche mediante rateizzazioni, pagamenti differiti e remissioni totali o parziali dei debiti; (iv) l'omologazione giudiziale di tale piano a seguito dell'approvazione a maggioranza da parte dei creditori; (v) l'esecuzione del piano sotto l'egida di un commissario giudiziale; (vi) l'esplicita circoscrizione dei poteri del giudice ad un sindacato di mera legittimità sulla procedura di crisi.

Al di là di alcuni elementi interessanti, ciò che non convinse la dottrina circa questi due progetti fu la totale assenza di tutela (e disciplina) degli accordi puramente stragiudiziali, oltre al monopolio dell'iniziativa in capo al debitore (con riferimento alla procedura "di crisi"), all'eccessiva giurisdizionalizzazione ed, infine, alla criptica individuazione del presupposto oggettivo dello stato di crisi<sup>117</sup>.

---

*composizione delle crisi d'impresa nei progetti di riforma della legge fallimentare – profili civilistici*, in *Le procedure concorsuali tra "nuove frontiere" e prospettive di riforma*, a cura di S.Bonfatti e G.Falcone, Milano, 2002, pp. 113 ss.

<sup>117</sup> Per tutti S.BONFATTI, *Gli accordi stragiudiziali per la composizione delle crisi d'impresa nei progetti di riforma della legge fallimentare – profili civilistici*, op. cit., pp. 113 ss., secondo cui entrambe queste proposte pur avendo il merito di offrire maggiore flessibilità e di focalizzare la propria attenzione sulla questione della certezza del diritto aveva il difetto di non prevedere alcunché – in termini di tutela - per gli accordi puramente stragiudiziali. In particolare l'autore sottolineava come "*gli accordi tra il debitore ed i creditori per il superamento delle crisi di impresa possono essere negoziati e conclusi fuori e prima di una procedura giudiziaria; oppure dentro e dopo l'apertura della stessa: e solo i primi meritano di essere assegnati al fenomeno della soluzione stragiudiziale delle situazioni di crisi. Il «Progetto Giur. Comm.» ed il «Progetto governativo» disciplinano esclusivamente i tentativi di composizione negoziale delle situazioni di crisi impostati su accordi da concludere dentro e dopo l'apertura della procedura giudiziale (denominata «di crisi»). I due Progetti, pertanto, lasciano privi di qualsiasi tutela (perché lasciano privi di disciplina giuridica diversa da quella attuale, come che la stessa si esprima) gli accordi stragiudiziali di superamento delle situazioni di crisi: e questo è un primo elemento di insoddisfazione che pare inevitabile denunciare. Tali progetti, inoltre, calano gli accordi giudiziali della composizione della crisi di impresa in due procedure «di crisi» (di carattere per l'appunto giudiziale) le cui*

Quasi in parallelo veniva presentata una proposta di legge delega di iniziativa parlamentare (firmatario On. Walter Veltroni) in data 14 dicembre 2000. Anche tale progetto individuava due procedure, una di ristrutturazione delle passività ed una di insolvenza che sostituissero i preesistenti istituti concorsuali. Seppure con alcune differenze e con apparente maggiore snellezza rispetto ai precedenti progetti, anche tali strumenti avevano natura concorsuale e da un lato si basavano sulla liquidazione dell'attivo, mentre dall'altro sulla ricerca di un accordo (giudiziale) con i creditori. Tuttavia, questo progetto presentava una novità di non poco momento: veniva infatti declinata (all'art. 5) una forma di composizione negoziale della crisi da sottoporre (a certe condizioni) all'omologa del giudice (*ex post*). Per utilizzare questi strumenti doveva esservi una situazione di crisi imminente - o in atto - di carattere patrimoniale, economico o finanziario. Doveva essere garantita la correttezza dei dati aziendali e la concreta attitudine dell'accordo a far superare la crisi; solo in caso di assenza di questi presupposti il giudice poteva non omologare (definendo così, anche in questa ipotesi, un mero sindacato di legittimità formale da parte del giudice). Veniva inoltre specificato che gli atti posti in essere in esecuzione di tale accordo erano fatti salvi dall'azione revocatoria. Un altro elemento di grande novità riguardava poi il fatto che tale strumento fosse utilizzabile da qualsiasi debitore, senza alcuna limitazione soggettiva<sup>118</sup>.

Sempre in quegli anni, a dimostrazione del vivo dibattito ed interesse per questo processo di riforma ormai avviatosi, anche l'Associazione Bancaria Italiana elaborò un proprio progetto di legge delega in materia. Tale proposta - a differenza dei progetti testé enucleati - non prevedeva l'integrale sostituzione della legge fallimentare con istituti del tutto nuovi e sconosciuti all'ordinamento. L'ABI propose piuttosto di introdurre una sorta di sistema dualistico misto nella disciplina dell'insolvenza atto, da un lato, ad evitare l'insolvenza tramite una riforma dell'amministrazione controllata (resa più efficace e snella) e l'introduzione di una procedura di composizione negoziale delle difficoltà finanziarie dell'impresa debitrice e, dall'altro, a mantenere i tradizionali strumenti liquidatori previsti dall'ordinamento (depotenziando lo strumento della revocatoria fallimentare).

Con riguardo alla procedura negoziata si può evidenziare come anch'essa si sostanziasse in un accordo tra l'impresa non ancora insolvente e i propri creditori, che si perfezionava a seguito dell'approvazione - a maggioranza qualificata - di un piano proposto da questa, previa attestazione da parte di un terzo professionista sulla veridicità dei dati contabili. I creditori

---

*probabilità di registrare un successo maggiore dei deludenti esiti dell'attuale amministrazione controllata paiono alquanto difficili da individuare: e questo è un secondo elemento di insoddisfazione che investe il profilo di riforma della legge fallimentare qui in discussione*"; si veda anche E.FRASCAROLI SANTI *ult. op. cit.*, pp. 112 ss.; G.LO CASCIO, *Il progetto di legge delega per la riforma delle procedure concorsuali: prime riflessioni*, Fall., 2001, pp. 121 ss.; L.PANZANI, *La riforma delle procedure concorsuali: due soluzioni a confronto*, Fall., 2001, pp. 129 ss.; G.ALESSI, *Innovazioni, contraddizioni, equivoci e carenze del disegno di legge delega per la riforma delle procedure concorsuali*, Fall., 2001, pp. 141 ss.; G.RAGUSA MAGGIORE, *Riforme possibili e riforme ridicole*, Dir. Fall., 2000, I, pp. 1265 ss.; P.VALENSISE, *ult. op. cit.*, p. 58

<sup>118</sup> Tale previsione trovò ampio apprezzamento in dottrina poiché riconosceva ed offriva tutela e disciplina agli accordi stragiudiziali contemporaneamente spezzando i legami con il passato circa la possibilità di applicare strumenti paraconcorsuali anche ai debitori non fallibili; cfr. S.BONFATTI, *L'intervento delle banche nel risanamento delle imprese in crisi*, op. cit., p. 945; E.GRANATA, AA.VV., *Nuove regole per le crisi d'impresa*, a cura di A.Jorio, Milano, 2001, pp. 56 ss.; G.ALESSI, *Innovazioni, contraddizioni, equivoci e carenze del disegno di legge delega per la riforma delle procedure concorsuali*, op. cit., pp. 145 ss.

potavano essere divisi in classi omogenee (secondo la propria posizione giuridica ed interessi economici) e infine veniva introdotto il principio del silenzio – assenso nell’esercizio del voto da parte dei creditori.

Ciò che rendeva efficace l’accordo era l’omologa giudiziale, laddove, tuttavia, il giudice avrebbe potuto effettuare elusivamente un sindacato di legittimità e non di merito sull’accordo ai fini dell’omologa. Era prevista anche una fase di monitoraggio sull’esecuzione dell’accordo da parte di un comitato di controllo formato da rappresentanti dei creditori, esperti e dal giudice delegato. La gestione dell’impresa rimaneva all’imprenditore, con la facoltà per il giudice il giudice di nominare anche un commissario giudiziale. Il vantaggio di questo strumento era l’ampio ombrello protettivo per il patrimonio del debitore che veniva schermato da eventuali azioni esecutive e le tutele offerte ai creditori sia per la salvaguardia degli atti, dei pagamenti e delle garanze posti in essere che per la concessione della prededuzione ai crediti maturati in esecuzione del piano in caso di successivo fallimento dell’impresa<sup>119</sup>.

In questo complesso quadro non può non citarsi l’esperienza della prima Commissione Trevisanato<sup>120</sup>, istituita con Decreto del Ministro della Giustizia in data 28 novembre 2001 cui venne attribuito l’incarico di redigere un disegno di legge delega per la riforma dell’ordinamento concorsuale. Questa sede, divenne oggetto di confronto serrato tra gli interlocutori presenti al tavolo della riforma (alcuni dei quali avevano propugnato le proposte summenzionate) tanto da produrre ben due proposte di riforma, una prima elaborata dalla maggioranza dei commissari ed una seconda espressione della corrente minoritaria<sup>121</sup>.

Obiettivo della Commissione era quello di introdurre norme atte a rendere l’ordinamento domestico più moderno stimolando l’emersione anticipata della crisi, la cooperazione tra debitore e creditori e la celerità e trasparenza delle procedure concorsuali nella fase liquidatoria.

---

<sup>119</sup> Il progetto di riforma unitamente alla relazione illustrativa è pubblicato in AA.VV., Nuove regole per le crisi d’impresa, a cura di A.Jorio, op. cit., pp. 448 ss.; si veda anche E.FRASCAROLI SANTI *ult. op. cit.*, pp. 122 ss.; S.BONFATTI, *Gli accordi stragiudiziali per la composizione delle crisi d’impresa nei progetti di riforma della legge fallimentare – profili civilistici*, op. cit., pp. 118 ss.; P.VALENSISE, *ult. op. cit.*, pp. 62 ss.

<sup>120</sup> Nella relazione introduttiva al progetto di riforma si legge come “*uno degli aspetti che più colpisce di questa procedura è l’estraneità sia dell’imprenditore sia dei creditori agli atti, operazioni e comportamenti diretti al raggiungimento degli scopi indicati dalla legge. E’ il soggetto nominato dalla pubblica autorità a darsi conto della ricerca delle vie e degli strumenti più idonei per il superamento o la regolazione della crisi, e ciò, merita ancora una volta ricordarlo, per ogni dissesto che riguardi un’impresa di una qualche significativa dimensione. L’attuale sistema normativo si caratterizza, oltre che per la pluralità di procedure troppo rigidamente concepite, altresì per una vasta area di esenzioni soggettive che hanno relegato tradizionalmente l’applicazione degli istituti concorsuali al medio-grande imprenditore commerciale. Alcune esenzioni non appaiono più giustificabili, come quella relativa all’imprenditor agricolo; altre, come quella relativa al piccolo imprenditore, hanno finito per creare complessi problemi definitivi tali da ridurre notevolmente ogni ipotizzato beneficio deflattivo che esse avrebbero dovuto comportare. In una economia sempre più dominata da rapporti commerciali e finanziari pervasivi, anche le crisi del debitore civile esigono un trattamento concorsuale come accade in altri ordinamenti, nella prospettiva esdebitatoria anche quale strumento di contrasto di diffuse e deleterie pratiche usurarie.*”

<sup>121</sup> Ciò che maggiormente divise i Commissari furono, da un lato, il ruolo del giudice nelle “nuove” procedure ed il sindacato che esso poteva esercitare in merito alle procedure di gestione della crisi e, dall’altro, i limiti e la portata dell’azione revocatoria fallimentare. Per approfondimenti si veda A.JORIO – S.FORTUNATO (a cura di), *La riforma delle procedure concorsuali*, Milano, 2004, pp. 253 ss.

Invero entrambe le proposte prevedevano la riscrittura delle procedure concorsuali sostituendo quelle tradizionali con una procedura di composizione negoziata della crisi in sostituzione del concordato preventivo e dell'amministrazione controllata ed una seconda di liquidazione che prendesse il posto del fallimento e della liquidazione coatta amministrativa. Questi strumenti, concettualmente non troppo diverse da quelle testé descritte per altri progetti di riforma, da un lato valorizzavano moltissimo il momento negoziale dell'accordo tra debitore e creditori finalizzato al superamento della crisi ed alla prosecuzione dell'attività, mentre, dall'altro, disponevano le modalità di esecuzione concorsuale sul patrimonio del debitore.

Grande interesse destarono anche le proposte di riforma della Commissione Trevisanato in tema di procedure d'allerta e prevenzione, funzionali a rilevare tempestivamente lo stato di crisi<sup>122</sup> dell'impresa<sup>123</sup>.

Tali istituti traevano spunto dall'esperienza maturata oltrelpe con le *procédure d'alerte* e si basavano sul sistema delle segnalazioni tempestive da parte di taluni creditori qualificati (amministrazione finanziaria, previdenziale ed assistenziale) a cui risultavano non pagati determinati crediti di importi rilevanti. Anche gli organi di controllo della società dovevano attivare questo sistema di segnalazione dopo aver accertato la sussistenza di fatti indicatori della crisi (e l'inerzia dell'imprenditore). Tale segnalazione era destinata all'organo giurisdizionale che avrebbe avuto il potere di convocare il debitore e di sollecitarlo ad adottare le determinazioni più idonee per comporre la propria crisi.

Questo secondo aspetto del progetto, pur sollevando un acceso dibattito, tuttavia, venne accantonato nella successiva opera di riforma finalmente avviata nel 2005<sup>124</sup>. Anzi, con la riforma del 2005, anche alla luce delle modifiche del 2012, il legislatore parrebbe in realtà aver scelto altre soluzioni per favorire l'emersione anticipata della crisi e, dunque, la continuità aziendale. Infatti si è optato per introdurre soluzioni maggiormente premiali per il debitore (si veda ad esempio l'introduzione dell'istituto dell'*automatic stay* nel nostro ordinamento) atte ad incentivare l'emersione della crisi, offrendo maggiori tutele e protezioni al patrimonio del

---

<sup>122</sup> Il concetto di stato di crisi descrive una situazione meta giuridica afferente allo squilibrio economico patrimoniale dell'impresa non ancora tale da palesarsi con manifestazioni esteriori (tipiche dell'insolvenza). Questo momento è stato definito anche "*twilight period*" poiché definisce una fase della vita dell'impresa dove vengono a modificarsi i rapporti di forza tra organi, le decisioni del management e le relazioni giuridiche ed economiche verso l'esterno. Per alcuni autori già in questa fase l'impresa si dovrebbe aprire a forme organizzate di etero-determinazione a favore dei soggetti esterni che – in virtù delle citate connessioni relazionali – hanno rilevanti interessi in essa; cfr. A.PENATI – L.ZINGALES, *Efficiency and distribution in financial restructuring*, <http://faculty.chicagobooth.edu>; R.H.KRAAKMAN, in Kraakman, Armour, Davies, Enriques and Hansmann, *The anatomy of corporate law*, Oxford, 2009, pp. 133 ss.

<sup>123</sup> Cfr. per approfondimenti sul tema delle procedure di allerta si veda A.PELLEGATTA, *Ristrutturazione del debitore risanamento delle imprese in crisi: verso un nuovo rapporto banca – impresa*, Bancaria ed., n. 1, 2011.

<sup>124</sup> Per uno spunto critico sulla riforma e sul contesto nel quale è stata operata si veda L.QUAGLIOTTI, *Profili di gestione delle crisi, il mercato, le imprese, la società*, op. cit., pp. 259 ss. Secondo l'autore gli scarsi risultati della legge fallimentare riformata in termini di salvaguardia dei compendi produttivi deriva dall'assenza di efficaci strumenti di allerta che a volte si sostituiscono alla mancanza di coraggio (o all'atteggiamento colposo o egoistico) dell'imprenditore in difficoltà al fine di non vedere completamente valorizzato il fattore del *going concern*, ovvero il valore di tutti i beni immateriali che compongono l'azienda e che accrescono il valore dell'attivo rispetto ad un'ipotesi di liquidazione atomistica.

debitore senza, tuttavia, alcuna imposizione<sup>125</sup>, sulla scorta della disciplina concorsuale nordamericana del *Chapter 11*<sup>126</sup> dello *US Bankruptcy Code*. Sempre con riferimento alla Commissione Trevisanato è utile infine segnalare che – nelle procedure di composizione concordata - era prevista l'introduzione del meccanismo del *cram down*, tipico dell'ordinamento nordamericano.

### **1.8.5 la riforma della legge fallimentare e il nuovo diritto dell'insolvenza**

Dato atto dell'ampio dibattito relativo alla riforma della legge fallimentare e del susseguirsi di proposte sorte per porre rimedio ad una disciplina ormai incapace di offrire strumenti idonei di prevenzione e reazione al fenomeno dell'insolvenza, è ora necessario soffermarsi brevemente su quelli che sono i capisaldi della riforma della disciplina delle crisi aziendali avviata con il d.l. 14 marzo 2005, n. 35.<sup>127</sup>

L'opera di riforma avviata nel 2005<sup>128</sup> e proseguita incessantemente sino ai giorni nostri ha sostanzialmente riscritto la legge fallimentare seguendo alcuni capisaldi, in parte offerti dai numerosi progetti susseguitisi di cui si è dato conto.

Senza alcuna pretesa di esaustività, si segnala che tra gli aspetti di maggior rilievo (anche ai fini dell'analisi che occupa) introdotti dalla riforma possono sommariamente annoverarsi: (i) l'introduzione di strumenti negoziali finalizzati al superamento della crisi ed alla salvaguardia

---

<sup>125</sup> Tuttavia con la recente istituzione della (nuova) Commissione Ministeriale per la riforma della disciplina concorsuale, del gennaio 2015, il tema delle procedure d'allerta è tornato al centro del disegno di legge delega presentato al Ministro della Giustizia on. Orlando a fine luglio scorso. In realtà questo sistema di segnalazioni parrebbe fondarsi sul meccanismo degli incentivi per il debitore poiché – grazie ad una riforma dei reati fallimentari – l'utilizzo di tali strumenti gli consentirebbe di non incorrere in fattispecie di bancarotta semplice; tra gli Cfr. G.NEGRI, *Con la riforma dei fallimenti segnale d'allarme sulle crisi d'impresa*, "Il Sole 24 Ore", 15.7.2015.

<sup>126</sup> Per approfondimenti si veda L.A.BEBCHUCK, *Chapter 11*, discussion paper no. 227, Harvard Law Review, no 12/97.

<sup>127</sup> Come detto la riforma si è ispirata al sistema concorsuale nordamericano. Infatti il modello italiano ha adottato un approccio per la composizione delle crisi c.d. "*debtor friendly*", sul modello del *Chapter 11* dello *US Bankruptcy Code*; questo sistema premiale consente al debitore di rimanere nel possesso dei propri beni durante la fase di ristrutturazione e di esercitare la ordinaria amministrazione dell'impresa. Di converso per il creditore si apre un periodo cosiddetto di "*stand still*", dove non potrà agire per tutelare i propri diritti autonomamente, dovrà soggiacere alle regole imposte dallo schema concorsuale e potrebbe attendere un periodo piuttosto elevato di tempo sino alla votazione in adunanza. La logica di questo sistema risiede proprio nella premialità, che, nell'ottica del legislatore della riforma, dovrebbe favorire l'emersione anticipata della crisi e, dunque, aumentare le chance di addivenire al positivo superamento della stessa. Cfr. L.A.BEBCHUCK, *Chapter 11*, The new Palgrave dictionary of economics and law, Vol III, 1998, pp. 219 ss.; L.A.BEBCHUCK – R.C.PICKER, *Bankruptcy rules, managerial entrenchment and firm-specific human capital*, Olin Law & Economic, working paper no. 16, www.uchicago.edu. Anche il modello anglosassone, sin dalla fine degli anni '70 con l'istituzione del c.d. "*Cork committee*", si pone quale obiettivo principale quello di salvaguardare i compendi produttivi. Tuttavia gli strumenti marcatamente rivolti al risanamento aziendale quali l'*administration* (anche nella sua variabile della *pre-packed administration*) ed i *company voluntary agreement* tradiscono la diversa filosofia del legislatore anglosassone, tradizionalmente ancorata alla massima tutela dei creditori ed in particolare di quelli garantiti (c.d. *secured creditor*); per approfondimenti si veda V.FINCH, *Corporate Insolvency Law*, II ed., Cambridge, 2009, pp. 29 ss.; P.DAVIES, *Gower and Davies Principles of Modern Company Law*, in Paul Davies and Sarah Worthington, 9th ed., Sweet & Maxwell, 2012; P.DE GIOIA CARABELLESE, *Insolvenze civili e commerciali nel Regno Unito, in un'analisi comparata con la legislazione italiana*, Dir. Fall., n. 6/2011, pp. 529 ss.

<sup>128</sup> Dalla grande riforma della legge fallimentare del 2005-2006 il legislatore è intervenuto numerose volte per correggere le criticità via via emerse nella prassi applicativa, in particolare, sono state introdotte dal D.lgs. n. 169/2007, dal D.L. n. 185/2008, convertito dalla legge n. 2/2009, dal D.L. n. 78/2010, convertito dalla legge 122/2010, dal D.L. n. 98/2011, convertito dalla legge n. 111/2011, dal D.L. n. 83/2012, convertito dalla legge n. 134/2012; dal D.L. 69/2013, convertito dalla legge n. 98/2013 e, da ultimo, dal D.L. n. 83/2015, convertito dalla legge n. 132/2015.

dei compendi produttivi<sup>129</sup>; (ii) l'introduzione del concetto di stato di crisi; (iii) l'estensione del perimetro della non fallibilità; (iv) l'eliminazione del carattere officioso del fallimento e la riduzione della carica punitiva dell'istituto; (v) la valorizzazione del ruolo dei creditori e la contestuale riduzione dei poteri dell'organo giurisdizionale sia nelle procedura concorsuale principale che in quelle ancillari quali il concordato preventivo<sup>130</sup>; (vi) attenuazione della regola della *par condicio creditorum* con introduzione di un sistema revocatorio mitigato rispetto al passato.

Per venire ora ai fattori che più interessano ai fini della presente trattazione preme evidenziare due aspetti fondamentali di questo processo riformatore:

- (i) la modifica dei parametri soggettivi ed oggettivi dell'insolvenza;
- (ii) l'introduzione di strumenti di natura para-concorsuale o negoziale per il superamento della crisi.

Quanto ai presupposti soggettivi, la sensazione è che il legislatore abbia agito non con la finalità di rendere maggiormente organico e semplice il sistema concorsuale, bensì con l'obiettivo – di carattere emergenziale – di addivenire ad una deflazione del numero di procedure pendenti, estromettendo semplicemente un rilevante numero di soggetti dal perimetro della fallibilità. Questa soluzione (per certi versi pilatesca) ha sicuramente avuto il merito di ridurre il peso dei procedimenti concorsuali sul sistema giudiziario, pur tuttavia non offrendo adeguata tutela né ai creditori dei soggetti non fallibili, né al debitore medesimo, il quale rimane soggetto ad azioni dei singoli creditori sui propri beni e redditi, senza poter – almeno in linea di principio – mai beneficiare dell'esdebitazione.

---

<sup>129</sup> Sul punto si rimanda anche alla Relazione illustrativa al D.lgs. n. 5/2006 a mente della quale “[...]qualsiasi tentativo di riforma della materia [...] deve ispirarsi ad una nuova prospettiva di recupero delle capacità produttive dell'impresa, nelle quali non è più individuabile un esclusivo interesse dell'imprenditore, secondo la ristretta concezione legislativa del '42, ma confluiscono interessi economici e sociali più ampi, che privilegiano il ricorso alla via del risanamento e del superamento della crisi aziendale.” Inoltre la relazione dava conto anche del fatto che negli altri ordinamenti europei già da tempo le procedure non fossero più viste come strumenti liquidatori – sanzionatori, bensì come “*come mezzi organizzativi dell'impresa*” destinati a favorirne la conservazione a tutto vantaggio della collettività e dei creditori medesimi. Eminente dottrina ha tuttavia sottolineato come, al di là di ogni dichiarazione programmatica, il legislatore abbia inteso sicuramente favorire il superamento della crisi con mezzi più snelli ed efficaci, ma, tuttavia non ha ritenuto – almeno in via diretta ed espressa – di inserire tra le finalità delle “nuove” procedure concorsuali, la prosecuzione dell'attività aziendale. Infatti, l'assenza di prospettive risanatorie non preclude affatto l'accesso al concordato (o agli accordi). Invero l'elemento essenziale di tali procedure consiste nella soddisfazione dei crediti e nella ristrutturazione dei debiti, ma non nella continuità aziendale. Da ciò si ricava la netta demarcazione di questi strumenti rispetto all'amministrazione straordinaria di cui al D.lgs. n. 270/1999 che tra le proprie finalità (dirette) contiene anche la prosecuzione dell'attività aziendale. Tale forma di dirigismo sarebbe dunque consentita solo laddove le ricadute sociali ed economiche della cessazione dell'attività producessero rilevanti impatti sulla collettività. Cfr. S.AMBROSINI, *Le altre procedure concorsuali*, AA.VV., in Tratt. dir. fall. e proc. conc., diretto da Vassalli – Luiso – Gabrielli, Vol. IV, Torino, 2014 pp. 4 ss.

<sup>130</sup> Un importante arresto delle Sezioni Unite della Suprema Corte in materia di concordato preventivo ha stabilito, *inter alia*, che al giudice non compete un giudizio sulla convenienza economica della proposta e del piano concordatari (almeno in fase di giudizio di ammissibilità), che sono rimessi esclusivamente alla volontà dei creditori; bensì dovrà avere riguardo solo della fattibilità giuridica. In realtà quella che potrebbe sembrare una statuizione chiara perde progressivamente forza se calata nella realtà, laddove è prassi comune che molti organi giurisdizionali ancora oggi sindacino anche in fase di ammissibilità del concordato sui profili economici della proposta precludendo talvolta ai creditori anche la possibilità di scegliere. Cfr. Cass. SS.UU. n. 1521/2013, [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it).

Se infatti, da un lato, la riforma del 2005-2006 prima, ed il decreto correttivo del 2007 poi, hanno offerto parametri certi (in termini di dimensioni, di ricavi e debiti<sup>131</sup>) per l'accesso agli istituti concorsuali tradizionali, dall'altro il legislatore ha perduto un'occasione formidabile per estendere l'alveo della fallibilità anche alle imprese agricole e per offrire strumenti negoziali e concorsuali semplificati per coloro che non fossero (o non fossero più) fallibili.

Altro aspetto di grande momento della riforma ha riguardato l'introduzione di strumenti negoziali per la composizione della crisi, quali i piani di risanamento attestati e gli accordi di ristrutturazione dei debiti. Questi istituti, come detto, non hanno come finalità diretta la salvaguardia della continuità aziendale, tuttavia possono essere attivati in un momento in cui l'impresa non sia ancora insolvente, bensì soffra uno squilibrio economico finanziario tale da non rendere più sostenibile l'indebitamento nel breve-medio termine. Dunque, a questi istituti viene associato il nuovo concetto di "*stato di crisi*", applicabile invero anche al 'nuovo' concordato preventivo.

Senza addentrarsi per ora nella struttura e nelle dinamiche di questi istituti, basti qui ricordare che l'ordinamento si è aperto a strumenti di favore per il debitore cui è oggi consentito agire dentro ad un perimetro "protetto", negoziando con i principali creditori (anch'essi tutelati) l'uscita dalla crisi e – laddove possibile<sup>132</sup> – la prosecuzione dell'attività aziendale.

È innegabile che l'obiettivo del legislatore sia stato quello di individuare un percorso premiale non solo per il debitore, bensì per tutti i soggetti coinvolti, con l'obiettivo evidente di ridurre la figura del fallimento a strumento residuale per la gestione dell'insolvenza. E, d'altronde, si è deciso di dare seguito alle istanze degli operatori economici che – come si è avuto modo di evidenziare in precedenza (cfr. infra § 1.8.3) - già negli anni novanta avevano utilizzato massicciamente il sistema degli accordi pattizi per superare l'insolvenza.

---

<sup>131</sup> Per comodità si riporta l'attuale testo dell'articolo 1 L.fall.: "*I. Sono soggetti alle disposizioni sul fallimento e sul concordato preventivo gli imprenditori che esercitano una attività commerciale, esclusi gli enti pubblici.*

*II. Non sono soggetti alle disposizioni sul fallimento e sul concordato preventivo gli imprenditori di cui al primo comma, i quali dimostrino il possesso congiunto dei seguenti requisiti:*

*a) aver avuto, nei tre esercizi antecedenti la data di deposito della istanza di fallimento o dall'inizio dell'attività se di durata inferiore, un attivo patrimoniale di ammontare complessivo annuo non superiore ad euro trecentomila;*

*b) aver realizzato, in qualunque modo risulti, nei tre esercizi antecedenti la data di deposito dell'istanza di fallimento o dall'inizio dell'attività se di durata inferiore, ricavi lordi per un ammontare complessivo annuo non superiore ad euro duecentomila;*

*c) avere un ammontare di debiti anche non scaduti non superiore ad euro cinquecentomila.*

*III. I limiti di cui alle lettere a), b e c) del secondo comma possono essere aggiornati ogni tre anni con decreto del Ministro della giustizia, sulla base della media delle variazioni degli indici ISTAT dei prezzi al consumo per le famiglie di operai ed impiegati intervenute nel periodo di riferimento"*

<sup>132</sup> Si segnala peraltro come ormai sia pacificamente riconosciuto che gli effetti premiali possano prodursi solo con riguardo ai piani di risanamento attestati che consentano effettivamente la continuità aziendale. Cfr. S.AMBROSINI – M.AIELLO, *I piani di risanamento attestati: questioni interpretative e profili applicativi*, 21.6.2014, pp. 14 ss., [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it); d'altra parte il fatto che non sia stata accordata a questo istituto l'esimente penale dai reati di bancarotta preferenziale e semplice potrebbe essere letta proprio nella direzione indicata dalla giurisprudenza. Invero di norma l'utilizzo degli strumenti di composizione della crisi in chiave liquidatoria: (i) è causato anche dal fatto che l'impresa abbia un patrimonio netto negativo; sovente (ii) conduce più spesso al fallimento rispetto all'impiego degli stessi in chiave di continuità. Di talché non appaiono infondate le ragioni della giurisprudenza rispetto al filtro imposto ai piani di risanamento attestati.

Sono stati introdotti, così, modelli marcatamente de-giurisdizionalizzati che fanno leva su un insieme di incentivi per il debitore (*i.e.* la possibilità di evitare il fallimento e le eventuali conseguenze penali e quello di non subire fenomeni di *free riding* da parte dei creditori dell'impresa sul proprio patrimonio) e per i creditori (*i.e.* mitigazione degli effetti applicativi della regola della *par condicio creditorum* grazie all'esenzione dal sistema revocatorio per gli atti i pagamenti e le garanzie concesse, dalla sterilizzazione di eventuali rischi penali e dalla prededuzione sui finanziamenti concessi).

Come detto, nell'ambito di questi modelli, è stata ripensata la figura del giudice al quale non viene demandata la delibazione sul merito o sulla convenienza dell'accordo raggiunto tra creditori e debitore. Invero, nei piani di risanamento attestati l'autorità giudiziale è del tutto assente ed affinché l'accordo ottenga alcuni dei menzionati effetti premiali (*i.e.* in particolare l'esenzione dall'azione revocatoria) è stato introdotto il sistema dell'attestazione da parte di un professionista indipendente, iscritto all'albo dei revisori contabili e scelto dal debitore.

### ***1.8.6 Gli accordi di ristrutturazione dei debiti tra modelli concorsuali e soluzioni negoziali per la composizione delle crisi***

Di grande interesse, ai fini dell'analisi che occupa, sono gli accordi di ristrutturazione dei debiti, la cui natura in dottrina e giurisprudenza ha suscitato un vivace dibattito. Vero è che questo istituto si sostanzia in un accordo (o fascio di accordi) tra debitori e titolari almeno del 60% dell'ammontare del debito di questi (c.d. *debt owners*) che produce i propri effetti premiali solo agli esiti dell'omologa giudiziale.

Dunque, nell'ambito di questo istituto il giudice assume un ruolo peculiare, essendo chiamato ad agevolare lo svolgimento delle trattative tra le parti ed a stabilizzare gli effetti dell'accordo<sup>133</sup>, valutando esclusivamente la sussistenza dei presupposti per l'omologa, ovvero il raggiungimento dell'accordo con almeno il sessanta per cento dell'ammontare dei crediti, l'attuabilità dell'accordo e l'idoneità a soddisfare integralmente i creditori estranei.

È importante soffermarsi ora sulla natura degli accordi di ristrutturazione e sulla possibilità di inquadrarli tra gli strumenti puramente negoziali e quelli concorsuali. Infatti dalla struttura di questo istituto, unitamente a quella del concordato preventivo, ha tratto spunto il legislatore per elaborare le procedure di sovraindebitamento la cui natura sarà oggetto di approfondimento nel capitolo successivo.

Tra i fautori<sup>134</sup> della tesi autonomista degli accordi di ristrutturazione – cui hanno aderito la giurisprudenza e la dottrina prevalenti – si sostiene che l'assenza della concorsualità da questo

---

<sup>133</sup> Cfr. L. STANGHELLINI, *La crisi d'impresa tra diritto ed economia*, op. cit. , pp. 314 ss.

<sup>134</sup> Cfr. in dottrina tra gli altri S.AMBROSINI, *Profili civili e penali delle soluzioni negoziate nella l. n. 122/2010*, AA.VV., Fall., 2011, pp. 641 ss.; S.BONFATTI - P.F.CENSONI, *Manuale di diritto fallimentare*, IV ed., Padova, 2011, p. 659; F.DI MARZIO, *Il diritto negoziale della crisi d'impresa*, Milano, 2011; A.PATTI, *Crisi d'impresa e ruolo del giudice*, Milano, 2009, pp. 96 ss.; U.APICE – S.MANCINELLI, *Diritto fallimentare. Normativa ed adempimenti*, Torino, 2008, p. 375; G.B.NARDECCHIA, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti ed il procedimento per la dichiarazione di fallimento*, nota a Trib. Udine 22.6.2007, Fall., 2007, pp. 704 ss.; L.GUGLIELMUCCI, *Diritto fallimentare. La nuova disciplina delle procedure concorsuali giudiziali*, II ed., Torino 2007, pp. 346 ss.; G.PRESTI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti, ovvero la sindrome del teleobiettivo*, AA.VV., *Le nuove procedure concorsuali. Dalla riforma "organica" al decreto*

strumento sia desumibile da numerose circostanze, tra cui: (i) la mancanza di una fase di ammissione alla procedura; (ii) la mancanza di un vincolo per i creditori dissenzienti i quali – al di là di una moratoria di 120 giorni imposta dalla legge – dovranno essere soddisfatti integralmente; (iii) l'assenza delle disposizioni richiamate dall'art. 169 che ricorrono sia nel concordato preventivo che nel fallimento e che danno contenuto alla regola della *par condicio creditorum*; (iv) la possibilità di sovvertire l'ordine delle cause legittime di prelazione, (v) l'assenza di una disciplina sui rapporti in corso di esecuzione; (vi) l'assenza di una figura che vigili sull'esecuzione dell'accordo (simile al commissario giudiziale); (vii) l'assenza di un effetto remissorio per i debiti non soddisfatti che non siano specifico oggetto di accordo; (viii) altre ragioni di carattere testuale da cui parrebbe desumersi la *voluntas* legislativa di mantenere un marcata divisione tra procedure concorsuali e accordi di ristrutturazione<sup>135</sup>. Un ultimo aspetto che parrebbe propendere per questa teoria riguarda l'ambito di applicazione soggettivo di questo strumento; infatti laddove il generico riferimento al concetto di imprenditore (in crisi) fino al 2011 poteva essere interpretato come un richiamo ai limiti di cui all'art. 1 L.fall; tale evenienza deve essere oggi esclusa con la precisazione apportata dall'art. 23, D.L. 6 luglio 2011, n. 98, a mente del quale “*in attesa di una revisione complessiva della disciplina dell'imprenditore agricolo in crisi e del coordinamento delle disposizioni in materia, gli imprenditori in stato di crisi o di insolvenza possono accedere alle procedure di cui agli articoli 182-bis e 182-ter del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267 [...]*”.

Ebbene tale specifica ha una portata rilevante poiché chiaramente apre ad un'applicabilità più estesa degli accordi di ristrutturazione rispetto alle procedure concorsuali classiche, con ciò rendendo difficilmente annoverabile questo strumento in ambito concorsuale ed in particolare nella *species* del concordato preventivo.<sup>136</sup>

A questa prima tesi sulla natura degli accordi di ristrutturazione si contrappone appunto quella c.d pubblicistica ed, in particolare, coloro che ritengono che gli accordi di ristrutturazione dei debiti rappresentino una variante semplificata del concordato preventivo o, come ritenuto da eminente dottrina, un mero sub-concordato. Le ragioni a sostegno di tale tesi possono essere così

---

“correttivo”, a cura di S.Ambrosini, Bologna, 2006, p. 559; M.ARATO, *Gli accordi di salvataggio o di liquidazione dell'impresa in crisi*, Fall., 2008, pp. 1240 ss.; V. ZANICHELLI, *La nuova disciplina del fallimento e le altre procedure concorsuali dopo il D.lgs 12.9.2007, n. 169*, Torino, 2007, p. 446; A.NIGRO – D.VATTERMOLI, *Diritto delle crisi delle imprese*, Bologna, 2009, p. 382; G.FALCONE, *La “gestione privatistica dell'insolvenza” tra accordi di ristrutturazione e piani di risanamento*, AA.VV., *La nuova legge fallimentare “rivista e corretta”*, a cura di S.Bonfatti e G.Falcone, Atti del Convegno di Lanciano del 13 ottobre 2007, Milano, 2008, p. 272; M.FABIANI, *L'ulteriore up-grade degli accordi di ristrutturazione e l'incentivo ai finanziamenti nelle soluzioni concordate*, Fall., 2010, pp. 898 ss.; B.INZITARI, *Nuova disciplina degli accordi di ristrutturazione ex art. 182-bis l.fall.*, contributo n. 256/2011, [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it); P.JEANTET, *L'accordo di ristrutturazione dei debiti e l'privatizzazione dell'insolvenza*, nota a margine Trib. Bari 21.11.2005, Giur. Comm., 2007, p. 207. In giurisprudenza, *inter alia*, Trib. Roma, 16.10.2006, [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it); Trib. Milano 11.1.2007, [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it), Trib. Milano 23.1.2007, [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it).

<sup>135</sup> es. la rubrica del titolo III della legge fallimentare parla espressamente di concordato preventivo “e” accordi di ristrutturazione volendo indicare due istituti diversi.

<sup>136</sup> Per una panoramica completa sul dibattito e le teorie inerenti alla natura degli accordi di ristrutturazione dei debiti si veda P.VALENSISE, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti nella legge fallimentare*, op. cit., pp. 103 ss.; in particolare l'autore sottolinea come “*Le considerazioni espresse nel precedente capitolo evidenziano come l'evoluzione del percorso (i) esperienziale prima e quindi (ii) progettuale in materia di strumenti di composizione della crisi nonché, da ultimo, (iii) normativo con specifico riguardo agli accordi di ristrutturazione, costituisca terreno di elezione del più ampio dibattito in tema di rapporti tra strumenti di autonomia privata ed intervento dell'autorità giudiziaria*”.

sinteticamente riassunte: (i) buona parte del contenuto degli accordi viene disciplinato dall'art. 161 L.fall. (*i.e.* la disposizione che declina i contenuti concreti che devono avere il piano e la proposta di concordato); (ii) il cosiddetto “ombrello protettivo” offerto dagli accordi in realtà non è altro che una proiezione degli effetti concorsuali nell'ambito di questo istituto; (iii) nell'ambito delle numerose tappe di questo processo riformatore il legislatore ha via via introdotto sempre più momenti di tangenza o unitarietà/alternatività tra gli accordi di ristrutturazione ed il concordato preventivo<sup>137</sup>.

Ebbene tra le menzionate considerazioni, quella che convince maggiormente è la terza; invero il richiamo al fatto che per presentare il ricorso per l'omologa degli accordi servano le medesime allegazioni documentali richieste per la domanda di concordato non pare un argomento sufficiente, di per sé, a rendere un istituto questo la *sub-species* del concordato. Così come non sembra che la medesima produzione di taluni effetti premiali (in termini di trattamento dei crediti ed esenzioni da conseguenze pregiudizievoli in caso di fallimento) possa essere sufficiente ad annoverare l'art. 182 bis L.fall. tra le procedure concorsuali.

Ciò non di meno, bisogna riconoscere che il legislatore – probabilmente per ragioni di scarsa coerenza sistematica nella (continua) opera di novellazione dell'ordinamento concorsuale – abbia, in un certo senso, reso più labile il confine tra accordi di ristrutturazione e concordato preventivo e, più in generale, tra procedure concorsuali e strumenti per la composizione negoziale della crisi.

In particolare con la riforma del 2012 e l'introduzione dell'istituto del c.d. pre-accordo di cui all'art. 182 bis, VI, comma, L.fall. e del pre-concordato (o “concordato in bianco”), unitamente alla definizione di un sistema di *dual track* tra concordato in bianco ed accordi di ristrutturazione e pre-accordo e concordato parrebbe aver avvicinato questi strumenti avvalorando sicuramente i dubbi emersi rispetto alla natura del concordato preventivo. Da ultimo, preme segnalare la recentissima novella del giugno – agosto 2015 (d.l. 27 giugno 2015, n. 83, convertito con modificazioni dalla legge 6 agosto 2015, n. 192) che ha introdotto una variante agli accordi di ristrutturazione dei debiti *ad hoc* per gli intermediari bancari e finanziari. Nello specifico l'art. 182 septies L.fall.<sup>138</sup> dispone che nel caso in cui l'indebitamento sia detenuto in percentuale superiore al cinquanta per cento con maggioranza assoluta da banche o intermediari finanziari, il

---

<sup>137</sup> Tra i principali fautori di questa tesi si veda P.VALENSISE, *ult. op. cit.*, pp. 133 ss.; G.TARZIA, *La nuova tutela del debitore e dei finanziatori negli strumenti di prevenzione del fallimento*, Dir. Fall., 2010, pp. 546 ss.; D.DIDONE, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti (art. 182-bis legge fallim.) (Presupposti procedimento ed effetti della anticipazione delle misure protettive dell'impresa in crisi)*, Dir. Fall., 2011, pp. 8 ss.; M.FERRO, commento sub art. 182-bis, 2001, AA.VV., *La legge fallimentare. Commentario teorico-pratico*, a cura di M.Ferro, Padova, 2011, pp. 2111 ss.; E.FRASCAROLI SANTI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti. Un nuovo procedimento concorsuale*, Padova, 2009.

<sup>138</sup> Per una prima analisi dell'istituto si veda L.VAROTTI, *Appunti veloci sulla riforma fallimentare 2015 – Parte II. Breve commento all'art. 182 septies (nel testo definitivo a seguito della conversione in legge del Dl 83/2015)*, 9.9.2015, [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it), il quale confermando la natura sostanzialmente negoziale dell'istituto, segnala come questa sub procedura applicabile al ceto bancario risponda invero alla logica del concordato preventivo consentendo l'esdebitazione (o l'estensione della convenzione di moratoria) anche con riguardo ai creditori dissenzienti; si vedano inoltre F.LAMANNA, *La legge fallimentare dopo la miniriforma del D.L. n. 83/2015*, Milano, 2015, pp. 66 ss.; C.L.APPIO, *Prime riflessioni in tema di accordi di ristrutturazione del debito ex art. 182-septies fra ragioni creditorie e principio consensualistico*, 29.12.2015, [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it).

debitore potrà proporre, con le medesime modalità applicate all'art. 182 bis L.fall., un accordo ai suddetti creditori e laddove trovi l'adesione almeno del settantacinque per cento di essi, il contenuto dell'accordo diverrà obbligatorio anche per i dissenzienti, di fatto, 'trascinandoli' in esso. La (pur) comprensibile necessità di rendere maggiormente fruibile l'accordo di ristrutturazione e di ridurre la facoltà della minoranza del ceto creditorio (bancario) di impedire (talvolta inopinatamente) la ristrutturazione del debito di un'impresa, ha prodotto (forse al di là della reale intenzione) un'evidente effetto osmotico tra accordo e concordato rendendone invero assai difficile l'inquadramento tra gli istituti negoziali ovvero tra quelli concorsuali per la soluzione della crisi, poiché – in questa sede - è stato infranto il principio di relatività del contratto<sup>139</sup>.

Ciò detto gli elementi offerti dalla tesi autonomista appaiono a tutt'oggi più convincenti e, per taluni aspetti, non pare revocabile in dubbio che una procedura concorsuale che non produca effetti remissori per il debitore, non vincoli tutti i creditori compresi quelli dissenzienti (ancorché accomunati da omogenea posizione giuridica) alla medesima sorte, consenta di derogare al rispetto del soddisfacimento dei creditori secondo l'ordine delle cause legittime di prelazione non sia, in ultima analisi, tale.

Forse, è utile appellarsi a chi<sup>140</sup>, già nei primi commenti immediatamente successivi alla riforma ha riconosciuto nell'evoluzione dell'ordinamento concorsuale una nuova modalità di gestione del concorso tra creditori, fondata sull'introduzione di modelli che potrebbe definirsi a concorsualità 'mitigata'. Questa tesi parrebbe avvalorata dalla circostanza che anche con riferimento alle procedure concorsuali il legislatore ha voluto imporre sistemi ibridi mutuati in parte dall'impianto concordatario ed in parte da quello negoziale degli accordi (ed in parte totalmente nuovo<sup>141</sup>). Di tale aspetto tuttavia si darà conto in maniera maggiormente approfondita nel prosieguo della trattazione con particolare riguardo alla natura delle procedure di composizione della crisi da sovraindebitamento.

### **1.8.7 L'insolvenza e lo stato di crisi**

Viene ora in esame l'ultima grande novità della riforma fallimentare cui si è fatto cenno, ovvero l'introduzione dello stato di crisi; il concetto di stato di crisi (cui si è spesso fatto riferimento nel

---

<sup>139</sup> Secondo C.L.APPIO, *Prime riflessioni in tema di accordi di ristrutturazione del debito ex art. 182-septies fra ragioni creditorie e principio consensualistico*, op. cit., p. 5, la natura negoziale degli accordi di ristrutturazione deve ritenersi confermata anche dopo la riforma del 2015, poiché non è sufficiente la variazione dei profili civilistici afferenti il principio di relatività del contratto, atteso che non è stato aggiunto alcun fattore squisitamente concorsuale quale lo spossessamento del proprio patrimonio da parte del debitore insolvente (anche tramite l'affiancamento di un organo tecnico con poteri di controllo).

<sup>140</sup> Cfr. A.PALUCHOWKI, *Gli accordi di ristrutturazione del debito a cinque anni dalla loro introduzione: un appuntamento mancato?*, in atti Convegno, La crisi d'impresa e gli accordi di ristrutturazione del debito. Transazioni fiscali. Problematiche e verifiche giurisprudenziali, Trani, 12.6.2010, [www.ugcitrani.it](http://www.ugcitrani.it); G.TERRANOVA, *Conflitti di interesse e giudizio di merito nelle soluzioni concordate delle crisi d'impresa*, AA.VV., La riforma della legge fallimentare, a cura di Fortunato, Giannelli, Guerrera e Perrino, Milano, 2011, pp. 163 ss.; L.D'ORAZIO, *Lavori in corso sugli accordi di ristrutturazione dopo il d.l. 31 maggio 2010, n. 78. Dal piano al controllo del tribunale*, Giur. Merito, 2011, pp. 418 ss.; A.JORIO, *Le soluzioni alternative al fallimento e la conservazione dell'impresa*, AA.VV., La riforma della legge fallimentare, a cura di Fortunato, Giannelli, Guerrera e Perrino, Milano, 2011, pp. 3 ss.

<sup>141</sup> Si pensi alla procedura definita "piano del consumatore" la cui natura sarà oggetto di considerazioni nel capitolo II del presente lavoro.

corso della presente trattazione) ha invero un'accezione marcatamente atipica e metagiuridica, che sebbene più attinente alle categorie economico-aziendalistiche, non risulta affatto sconosciuto al nostro ordinamento. Infatti, già al termine degli anni settanta del novecento la c.d. legge Prodi per l'amministrazione straordinaria aveva utilizzato la crisi quale presupposto di accesso alla procedura; così è stato anche nella disciplina delle crisi bancarie introdotta con il Testo Unico Bancario del 1993.

Il legislatore ha insomma ritenuto di estendere anche alla legge fallimentare un concetto molto ampio quale quello – tutto aziendalistico - della crisi economico finanziaria dell'impresa per renderlo applicabile a tutti gli altri strumenti previsti dalla legge fallimentare al di fuori del fallimento e della liquidazione coatta amministrativa.

Infatti questo istituto si pone in relazione di genere a specie con “lo stato di insolvenza” di cui all'art. 5 L.fall., poiché si differenzia da esso in termini non tipologici (o qualitativi) bensì quantitativi. Ciò che differenzia questi due istituti non è in realtà (solo) il grado di gravità del dissesto dell'impresa, bensì il fatto che l'insolvenza rappresenti uno stadio (il più avanzato) dello stato di crisi.

Orbene, per tratteggiare i contorni di questo che potremmo definire un vero e proprio *range*, è necessario avere riguardo di tutte quelle situazioni “*ad essa prodromiche o finitime*”<sup>142</sup> che vanno dall'illiquidità, allo squilibrio economico finanziario, alla stessa incapienza, da intendersi come la capacità di ripagare le passività con le attività<sup>143</sup>. Insomma tutti quegli elementi che “*comportano il pericolo che l'imprenditore, di lì a breve, non sia più in grado di adempiere regolarmente alle proprie obbligazioni*”<sup>144</sup>.

La ragione di questa innovazione è legata alla *voluntas* legislativa di creare parametri più flessibili per accedere a strumenti di composizione della crisi in maniera anticipata e rapida, senza dover attendere il sopraggiungimento di uno stato patologico difficilmente risolvibile, se non a caro prezzo per debitore, creditori e collettività.

Tale *ratio* ha spinto anche il legislatore del 2012 ad utilizzare la stessa ampiezza definitoria per introdurre il concetto di stato di sovraindebitamento di cui tuttavia si avrà modo di parlare nel capitolo successivo.

---

<sup>142</sup> Cit. G.CAVALLI, *La dichiarazione di fallimento. Presupposti e procedimento*, La riforma della legge fallimentare. Profili della nuova disciplina, in Ambrosini, Cavalli, Jorio, *Il Fallimento*, Tratt. Dir. Comm., diretto da G.Cottino, XI, 2, Padova, 2009, p. 31

<sup>143</sup> Come attentamente osservato da S.AMBROSINI, *Le altre procedure concorsuali*, op. cit., pp. 33 ss., il presupposto comune dello stato di crisi consente anche di offrire ai diversi tipi di patologia da cui è afflitta l'impresa la risposta più adeguata. Ad esempio se tratta di una crisi sostanzialmente finanziaria, laddove sia necessario un mero consolidamento del debito allora sarà sufficiente avvalersi dei piani di risanamento attestati, ovvero degli accordi di ristrutturazione. Nell'ipotesi in cui la crisi sia patrimoniale o strutturale e le decisioni da prendere siano piuttosto incisive (es. dismissione di rami d'azienda, cambio della *governance*, operazioni di *turn around* ecc.), allora sarà necessario il più invasivo istituto del concordato preventivo.

<sup>144</sup> Cit. Trib. Palermo, 17.2.2006, *Fall.*, 2006, p. 570; analogamente Trib. Milano, 7 novembre 2005, *Fall.*, 2006, p. 51; Trib. Roma 5.9.2208, *Foro It.*, 2009, I, I, c. 266; Trib. Torino, 14.11.2008, *Giur. It.*, 2009, 10, p. 2237.

## 1.9 L'INSOLVENZA CIVILE AI GIORNI NOSTRI: LE RAGIONI E L'ITER (ACCIDENTATO) CHE HANNO PORTATO ALLA LEGGE 27 FEBBRAIO 2012 N. 3

Tre sono gli aspetti che hanno progressivamente spinto il legislatore ad introdurre una disciplina sulla composizione delle crisi economico-finanziarie di quell'ampio ed eterogeneo gruppo di soggetti denominato 'debitore civile'<sup>145</sup>.

Da un lato le ragioni sociali afferenti all'accresciuta propensione all'indebitamento da parte dei consumatori e delle famiglie, dall'altro, l'evoluzione delle regole e dei principi per l'erogazione del credito tra soggetti che svolgono attività d'impresa e coloro che agiscono al di fuori della propria attività professionale. La terza attiene alla necessità ormai imperante di offrire soluzioni di composizione negoziata della crisi a tutte quelle imprese escluse dal perimetro della fallibilità che si trovano spesso imprigionate (alla pari dei creditori) nella rete dell'insolvenza civile e delle sue (inadeguate) soluzioni coattive individuali.

Con riguardo al primo aspetto, è utile evidenziare come fino a metà '900 il sistema creditizio fosse chiaramente ripartito in due categorie. Da un lato le modalità di soddisfacimento del fabbisogno finanziario delle imprese, le quali potevano ottenere liquidità piuttosto agevolmente, offrendo in garanzia agli istituti di credito soprattutto le proprie prospettive reddituali ed il proprio *business* (in termini di avviamento, progetti, ecc.) e, dall'altro, i soggetti diversi dagli imprenditori i quali, di norma, per ottenere credito avevano necessità di garantirlo offrendo garanzie personali o reali a favore dei finanziatori. In altre parole la meritevolezza del credito per le imprese rappresentava un sintomo dello stato di buona salute economico finanziaria, di competitività dei piani industriali e della capacità di sopportare l'indebitamento con i redditi futuri. Tale prospettiva, di per sé, rappresentava una forma di garanzia per gli istituti di credito,

---

<sup>145</sup> Preme ricordare come, in ogni caso, in sede comunitaria non si sia mai riuscito a delineare una definizione condivisa di sovraindebitamento. Ci ha provato la Commissione Europea nel 2007 commissionando che con il *report* predisposto *Group of Specialist for Legal Solutions to Debt Problems*, provò – senza successo – a tratteggiare gli elementi comuni del sovraindebitamento identificandolo come “*the situations where the debt burden of an individual debtor or a family continuously and/or on a long term basis exceeds its payment capacity, resulting in systematic difficulties, and sometimes in failure, to pay the creditors*”, [www.coe.int](http://www.coe.int), citato anche da M.DEL LINZ, *Spunti critici sulle nuove procedure di sovraindebitamento e ordinamenti a confronto*, Dir. Fall., n. 5/2015, p. 482, successivamente, dal 2011 il *Financial Services Users Group* della Commissione Europea, ha commissionato uno Studio alla *London Economics*, denominato “*Study on means to protect consumers in financial difficulty: Personal bankruptcy, datio in solutum of mortgages, and restrictions on debt collection abusive practices*”, <http://ec.europa.eu>, e successivamente nel 2013 il *General Directorates for Health and Food Safety* della Commissione Europea ha commissionato al consorzio *Civic Consulting of the Consumer Policy Evaluation Consortium* uno Studio comparativo denominato “*The over-indebtedness of European households: updated mapping of the situation, nature and causes, effects and initiatives for alleviating its impacts*”, <http://ec.europa.eu>, sui modelli di trattamento dell'insolvenza civile negli Stati membri e sull'efficacia degli stessi, cercando di identificarne i tratti comuni per definire il concetto di sovraindebitamento. Lo studio di Civic Consulting cerca, *inter alia*, di delineare questi tratti già nel paragrafo introduttivo, affermando come “*households are considered over-indebted if they are having – on an on-going basis – difficulties meeting (or falling behind with) their commitments, whether these relate to servicing secured or unsecured borrowing or to payment of rent, utility or other household bills. This may be indicated by, for example, credit arrears, credit defaults, utility/rent arrears or the use of administrative procedures such as consumer insolvency proceedings*”. Mentre il lavoro della *London Economics* arriva a definire il sovraindebitamento in ambito comunitario come “*The situation a debtor finds himself in when it has become difficult or impossible for him to pay the debts he owes, according to the schedule of payments he agreed in the debt agreement. Also known as debt distress*”. Ad esito di questo profluvio di studi e report commissionati dalle diverse componenti della Commissione, Europea, tuttavia, non si è ancora riusciti a redigere un testo normativo contenente definizioni generali e regole comuni (o anche solo linee guida generali) per la gestione dell'insolvenza civile nell'ambito dell'Unione.

che verso questi soggetti particolarmente “bancabili” nutrivano una maggiore propensione al rischio a prescindere dalla reale (ed attuale) consistenza del loro patrimonio (delle immobilizzazioni materiali liquidabili a breve e nel medio periodo, del *cash flow* ecc.). Diversamente, tutti gli altri soggetti per accedere al credito bancario dovevano offrire garanzie reali o personali di valore normalmente superiore rispetto all’importo finanziato (quello che oggi viene chiamato rapporto *loan to value*).

Di talché, si comprende come sino agli anni ’70, l’accesso al credito per gli imprenditori fosse la regola, mentre per i privati costituiva una sorta di eccezione, giustificata solo dalla necessità di operare investimenti a lungo termine in beni duraturi (es. mutui per acquisto della casa).

Tale assetto in Italia è progressivamente mutato – con ritardo rispetto ad altre realtà continentali e al Nord America - dalla fine degli anni ottanta, con la progressiva espansione del fenomeno del credito al consumo. Ciò, negli ultimi lustri, ha condotto ad una netta inversione del *trend* rispetto a quanto sopra descritto a causa: (i) delle stringenti regole di carattere transnazionale che hanno radicalmente mutato il modo di “fare banca” (*i.e.* le strategie imprenditoriali nel *lending*) soprattutto nei riguardo dell’indebitamento delle imprese; (ii) della maggiore propensione al rischio dei consumatori accresciutasi (sostanzialmente per necessità) negli anni della crisi economica globale, che consente alle banche di erogare somme modeste senza grandi costi, ma con margini di ricavo davvero elevati<sup>146</sup>.

Per le prime si deve dare conto di un progressivo ed incessante irrigidimento della capacità di credito delle banche nei confronti di questi soggetti, dovuto a fattori endogeni ed esogeni all’impresa, ma soprattutto ai mutamenti del quadro regolamentare che, a livello internazionale e comunitario, hanno posto seri limiti all’attività di *lending* degli istituti di credito. A far data dal 1988, con l’introduzione dei primi Accordi sul capitale delle banche di Basilea<sup>147</sup> sono state infatti imposte regole sempre più severe agli istituti di credito nell’intermediazione del *surplus* tra raccolta ed erogazione. Ciò, al fine di mitigare i rischi di liquidità ed insolvenza delle stesse e di introdurre modelli sempre più certi e prudenziali per la gestione del rischio di credito<sup>148</sup>.

---

<sup>146</sup> Cfr. su questo aspetto dati dello studio della *Civic Consulting of the Consumer Policy Evaluation Consortium, The over-indebtedness of European households: updated mapping of the situation, nature and causes, effects and initiatives for alleviating its impacts*, <http://ec.europa.eu>, che inserisce l’Italia nel secondo gruppo di Paesi più a rischio sovraindebitamento nell’Unione Europea dopo Bulgaria, Lituania, Cipro, Romania, Ungheria e Grecia, alla pari delle Irlanda, Polonia, Lituania, Slovenia ed Estonia. Tale classifica è stata redatta sostanzialmente sulla base delle tempistiche di pagamenti da parte dei privati nei singoli Paesi UE. Tuttavia tali rilevazioni non sembrano rispecchiare la reale situazione economica a livello di indebitamento e ricchezza privata nei Paesi UE, atteso che l’Italia, anche secondo gli indicatori più recenti, ha un livello di ricchezza privata molto più elevato rispetto alla media UE (es. Spagna e Francia), mentre è un Paese in cui il fenomeno del credito al consumo (di norma uno degli indicatori principali del “rischio di sovraindebitamento” di un sistema – paese), seppure in crescita, rimane comunque a livelli inferiori rispetto alla media degli Stati UE. I fattori che penalizzano l’Italia da un punto di vista economico – secondo entrambi i citati Studi – sono i bassi redditi rispetto al costo della vita e la conseguente perdita del potere di acquisto dei consumatori, oltre all’elevato tasso di disoccupazione; cfr. *La ricchezza delle famiglie italiane - Anno 2014*, [www.bancaditalia.it](http://www.bancaditalia.it).

<sup>147</sup> Per approfondimenti sul tema cfr. R.COSTI *L’ordinamento bancario*, V Ed., Bologna, 2012, pp. 581 e ss.

<sup>148</sup> Non è questa la sede per approfondire tale tematica, tuttavia – considerata vieppiù la trasversalità e la rilevanza della variabile legata all’erogazione del credito - basti ricordare che a seguito del recepimento a livello comunitario degli accordi di Basilea 3 (disciplinati dal Regolamento 575/2013 c.d. *Capital Requirements Regulation* e dalla Direttiva 36/2013 c.d. *Capital Requirements Directive*) sono stati ulteriormente irrobustiti i criteri che le banche devono utilizzare

Mentre, in relazione ai consumatori, i finanziamenti di importi spesso modesti sono garantiti sostanzialmente con i redditi futuri; e ciò è testimoniato dal fatto che al di sotto di determinati importi (normalmente 30.000 Euro) le c.d. istruttorie di fido sono estremamente semplificate e consentono praticamente a chiunque abbia un reddito di ottenere credito.

Il secondo dato che ha reso necessario l'intervento legislativo riguarda la grave crisi economica globale che, a far data dal 2007 – 2008, si è propagata dall'ambito finanziario sino ad investire l'economia reale<sup>149</sup>, provocando anche in Italia gravi disagi economici e sociali, un'impennata nel numero delle insolvenze ed, in generale, una rilevante difficoltà media nell'adempiere regolarmente alle obbligazioni contratte dalle imprese dai debitori civili.

Un ulteriore fattore che ha contribuito ad avviare il processo riformatore della disciplina sull'insolvenza civile riguarda le valutazioni delle istituzioni internazionali sulla capacità di fare *business* nei principali sistemi economici internazionali. In particolare la classifica redatta dalla

---

per fare *lending*. Infatti mediante il rafforzamento del modello dei *rating* interni sulla clientela (corporate) vengono introdotti meccanismi di mitigazione del rischio piuttosto stringenti e sostanzialmente vincolati al rilascio di *collateral* o garanzie al *lender*. Siccome questo modello di gestione del rischio di fatto è imperniato sui requisiti di capitalizzazione, l'aumento degli *unsecured loans* dovrà essere sostanzialmente compensato da un aumento del c.d. patrimonio di vigilanza, ovvero quella quota di capitale ed altri strumenti ad esso assimilabili che vengono posti a tutela dell'equilibrio finanziario della banca (che costituisce una percentuale del patrimonio netto in rapporto con le esposizioni). Da questa schematica e semplicistica ricostruzione si comprende ciò che più rileva ai fini che qui interessano: il credito alle imprese oggi necessita di forme di garanzia (reali o personali) sempre maggiori non potendosi più attestare solo sulle prospettive reddituali di queste;

<sup>149</sup> In questa sede è utile ricordare l'accordo tra ABI e le principali Rappresentanze dell'associazionismo datoriale con l'istituzione della moratoria per la sospensione dei mutui per le imprese (*in bonis*) in temporanea difficoltà. Oltre alla sospensione delle rate dei finanziamenti in linea capitale è prevista anche la possibilità di allungare e rinegoziare i finanziamenti in essere in presenza di peculiari ed obiettive condizioni. Tale accordo è stato sancito dal 2012 (e successivamente rinnovato nel 2013, nel 2014 e nel 2015) e si estende anche ai lavoratori autonomi, alle imprese familiari, nonché alle associazioni e fondazioni che esercitano un'attività economica, quando l'esercizio di tale attività sia solo accessoria a quella loro propria. I requisiti per l'accesso all'iniziativa sono i seguenti: (i) al momento di presentazione della domanda, non vi siano posizioni debitorie classificate dalla banca come "sofferenze", "partite incagliate", "esposizioni ristrutturate" o "esposizioni scadute/sconfinanti" da oltre 90 giorni, né procedure esecutive in corso (imprese *in bonis*); (ii) presentare una temporanea tensione finanziaria generata dalla congiuntura economica verificabile, ad esempio ed in via non esaustiva, per la presenza di uno o più dei seguenti fenomeni: i) riduzione del fatturato; ii) riduzione del margine operativo rispetto al fatturato; iii) aumento dell'incidenza degli oneri finanziari sul fatturato; iv) riduzione della capacità di autofinanziamento aziendale; (iii) impegnarsi a fornire elementi che evidenzino prospettive di sviluppo o di continuità aziendale (ad esempio portafoglio ordini, *business plan*, piani di ristrutturazione aziendale ecc.). I contenuti principali della moratoria consistono: 1. nella sospensione per 12 mesi della quota capitale delle rate dei mutui, anche se agevolati o perfezionati tramite il rilascio di cambiali; 2. nella sospensione per 12 ovvero per 6 mesi della quota capitale dei canoni di operazioni di leasing, rispettivamente immobiliare o mobiliare; 3. nell'allungamento della durata dei mutui per un massimo del 100% della durata residua del piano di ammortamento e comunque non oltre 3 anni per i mutui chirografari e a 4 anni per quelli ipotecari; 4. nell'allungamento fino a 270 giorni delle scadenze delle anticipazioni bancarie su crediti per i quali si siano registrati insoluti di pagamento; 5. nell'allungamento per un massimo di 120 giorni delle scadenze del credito agrario di conduzione. I dati sull'utilizzo della moratoria sono emblematici e rappresentano inequivocabilmente la bontà dell'iniziativa e lo sforzo del comparto del credito per sostenere fattivamente le PMI in difficoltà. Infatti – secondo i dati forniti dalla stessa Associazione Bancaria - sono oltre 27.000 le imprese italiane che si sono avvalse di questo strumento tra ottobre 2013 e giugno 2014 e tali operazioni hanno un controvalore complessivo pari a 9,7 miliardi di debito residuo ed una maggiore liquidità per le imprese di 1,2 miliardi; per approfondimenti in merito si veda [www.abi.it](http://www.abi.it).

Banca Mondiale, c.d. *Doing business*<sup>150</sup>, nella sottovoce *Resolving Insolvency* penalizzava notevolmente l'Italia per l'assenza di un sistema concorsuale unico di gestione dell'insolvenza.

Inoltre, il Regolamento Europeo n. 1346 del 29 maggio 2000 sulle procedure di insolvenza transfrontaliere, applicabile anche al debitore civile, creava un grave *vulnus* giuridico, poiché non essendovi alcuno strumento preposto alla regolazione dell'insolvenza di questi soggetti in Italia, essi potevano decidere di chiedere l'applicazione della legge di un diverso foro comunitario che regolasse tale crisi purché avessero ivi una dipendenza (fenomeno del c.d. "*forum shopping*")<sup>151</sup>.

Da ultimo anche le raccomandazioni dell'U.N.C.I.T.R.A.L. relative al c.d. "*Model Law*"<sup>152</sup>, emanate nel 2004, prevedevano che le discipline domestiche sull'insolvenza dovessero essere estremamente inclusive consentendo a qualunque debitore di beneficiare del meccanismo dell'esdebitazione.

In maniera più pragmatica, il legislatore ha cercato di porre rimedio alla crescente insofferenza dell'ampia ed eterogenea categoria degli imprenditori non fallibili, i quali preso atto dell'inidoneità delle procedure esecutive a rispondere in maniera soddisfacente per creditori e debitore in crisi.

Alla luce delle summenzionate ragioni, il legislatore si è attivato utilizzando le ormai consuete tecniche legislative di carattere emergenziale disciplinando questo delicato ambito con lo strumento del decreto legge 27 dicembre 2011, n. 212 adottato dal Governo presieduto dal Senatore a vita, Prof. Mario Monti, cui si è contrapposto un concorrente provvedimento di iniziativa parlamentare, culminato poi nell'approvazione della legge 27 gennaio 2012, n. 3.

Infatti questo conflitto istituzionale si è concluso con lo stralcio integrale delle disposizioni in materia di sovraindebitamento in sede di conversione del decreto 22 dicembre 2011 n. 212<sup>153</sup>, la

---

<sup>150</sup> I report della *World Bank* dell'ultimo decennio sono reperibili sul sito [www.doingbusiness.org](http://www.doingbusiness.org).

<sup>151</sup> Cfr. inoltre E. BERTACCHINI, *Esigenze di armonizzazione e tendenze evolutive (o involutive?) nella composizione negoziale delle crisi: dal tramonto del dogma della "non fallibilità" alle prospettive de iure condendo*, in Nuove leggi civili commentate, n. 5/2012, Padova, secondo cui tra l'altro "*La necessità di introdurre anche nell'ordinamento giuridico italiano una procedura per l'insolvenza delle persone fisiche trovava altresì origine nel reg. CE n. 1346/2000 del 29 maggio 2000 sulle procedure d'insolvenza transfrontaliere. Infatti, rientrando nell'ambito di applicazione del regolamento anche il debitore civile, è stata rilevata l'urgenza per il legislatore italiano di allinearsi agli altri ordinamenti, al fine di evitare il verificarsi di una situazione in cui, qualora il debitore abbia il centro dei propri interessi in Italia, nessuna procedura potrebbe essere aperta quivi a suo carico, potendo invece essere avviate una o più procedure territoriali nei Paesi in cui è prevista l'assoggettabilità del debitore alle procedure concorsuali, a condizione che egli vi abbia una dipendenza*"; sia permesso inoltre di segnalare per una generale panoramica sull'argomento P.F.MARCUCCI, *La procedura di composizione negoziale della crisi da sovraindebitamento del consumatore tra esperienza nazionale e riflessioni comunitarie*, Quad. Giur. Comm., a cura di Bonfatti – Falcone, n. 372, 2014, pp. 293 ss.

<sup>152</sup> Cfr. *Legislative guide on insolvency law*, United Nation, 2004, pp. 10 ss., [www.uncitral.org](http://www.uncitral.org).

<sup>153</sup> M.FABIANI, *La gestione del sovraindebitamento del debitore "non fallibile" (D.L. 212/2011)*, doc. n. 278/2012, [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it), che già criticava nell'ambito di questo provvedimento il fatto che "*in un unico contesto si è deciso di strutturare la PCC [Procedura di composizione della crisi] sia per l'imprenditore non fallibile che per il debitore civile secondo modalità operative pienamente omogenee, quando è evidente che questa omogeneità non sussiste: basti qui porre in risalto che nell'organizzazione di un'impresa, anche piccola, un fattore molto importante è costituito dal lavoro dipendente*". Il provvedimento del dicembre 2011 focalizzava la propria attenzione soprattutto sul consumatore (come descritto nel Codice del Consumo) prevedendo una procedura amministrativizzata in cui i creditori non avrebbero potuto

cui disciplina è stata dunque soppiantata dalla legge n. 3/2012 meglio nota come legge per la composizione negoziale delle crisi da sovraindebitamento.

Da un punto di vista sistematico la scelta del legislatore è apparsa piuttosto infelice, poiché invece di prevedere un veicolo normativo *ad hoc* per disciplina dell'insolvenza civile, ovvero una provvedimento atto ad integrare la legge fallimentare, ha promulgato un *corpus* di norme contenente disposizioni relative alla regolamentazione della crisi da sovraindebitamento ed altre afferenti al fenomeno dell'usura e dell'estorsione. Se la finalità sociale risulta immediatamente comprensibile, ciò che lascia perplessi è semmai il rischio, da un punto di vista giuridico – sistematico, di accomunare fenomeni giuridici così diversi, complessi e meritevoli di trattazione separata. Questa ambigua contiguità non è sfuggita nemmeno ai primi commentatori della riforma, i quali hanno invero criticato tale scelta<sup>154</sup>.

Sin dai giorni immediatamente successivi all'entrata in vigore del provvedimento si è potuto osservare come le previsioni introdotte fossero inadeguate a disciplinare la crisi dell'insolvente civile. Invero, nonostante la legge n. 3 si rivolgesse ad un ampio ed eterogeneo ambito soggettivo, essa forniva al debitore un unico strumento, di natura sostanzialmente negoziale, che poteva essere utilizzato solo qualora il debitore avesse trovato l'accordo con almeno il 70 % dei propri *debt owners*. Tale strumento, largamente mutuato dagli accordi di ristrutturazione, offriva la possibilità al debitore di difendere il proprio patrimonio dalle azioni esecutive e cautelari dal deposito dell'istanza e di ristrutturare i debiti contratti, rimborsando altresì i creditori anche mediante la cessione dei propri redditi futuri (anche attraverso remissioni parziali, consolidamenti e riscadenzamenti del debito), sulla base di un accordo con la maggioranza qualificata di questi<sup>155</sup>.

L'istituto in analisi, agli esiti dell'omologa, non produceva alcun effetto esdebitativo, talché i creditori esclusi avrebbero dovuto essere rimborsati alla scadenze previste, o alla data dell'omologa, per i debiti (estranei all'accordo) scaduti.

---

esprimere alcun assenso rispetto al piano del debitore che, qualora fosse stato ritenuto completo a livello documentale e fattibile dall'Organismo di Composizione della Crisi. I principali limiti all'ottenimento dell'esdebitazione erano (i) l'assenza di atti in frode ai creditori compiuti nei cinque anni antecedenti al deposito della domanda; (ii) l'integrale pagamento dei eventuali obbligazioni derivanti da crediti impignorabili dovuti a terzi; (iii) l'essersi sovraindebitati non colposamente; (iv) l'integrale soddisfazione dei debiti per le imposte relative a risorse proprie dell'Unione Europea, dell'IVA e delle ritenute operate e non versate. Una seconda procedura liquidatoria era invece prevista in via residuale; in particolare il giudice – su opposizione di un creditore – avrebbe potuto valutare la maggior convenienza dell'alternativa liquidatoria di tutti i bei del debitore rispetto all'omologa del piano (*cram down*).

<sup>154</sup> Per tutti si veda G.LO CASCIO, *L'ennesima modifica della legge sulla composizione delle crisi da sovraindebitamento* (L. 27 gennaio 2012, n. 3), Fall., n. 7/2013, pp. 813 ss.

<sup>155</sup> Per approfondimenti cfr. Circolare ABI - serie legale, n. 10 del 18 aprile 2012, secondo cui la disciplina del sovraindebitamento “si caratterizza per avere importanti momenti di stragiudizialità (si pensi alla predisposizione e deposito della proposta di accordo, alla raccolta dei consensi per il raggiungimento della maggioranza qualificata prescritta), nel corso dei quali sono destinati ad assumere un ruolo determinante i cc.dd. organismi di composizione della crisi. Inoltre la procedura è essenzialmente fondata sul principio della consensualità, tale per cui in linea di principio l'accordo raggiunto nel corso della procedura in commento è vincolante nei confronti dei soli creditori che l'abbiano sottoscritto”; A.GUIOTTO *Composizione delle crisi da sovraindebitamento*, Fall., 2012, pp. 18 ss.; L.PANZANI, *Composizione delle crisi da sovra indebitamento*, Nuovo diritto delle società, 2012, pp. 9 ss.

Così come negli accordi di ristrutturazione era poi possibile derogare alle regole sull'ordine delle cause legittime di prelazione, seppure con l'obbligo di soddisfare integralmente i debiti derivanti da tributi propri dell'Unione Europea, dall'IVA, dalle ritenute operate e non versate e dalle obbligazioni relative ai crediti impignorabili vantati da terzi nei confronti del debitore. Questo strumento apparve da subito piuttosto problematico, poiché, da un lato, un unico istituto avrebbe potuto difficilmente rispondere in maniera soddisfacente alle attese di soggetti con esigenze talmente diverse e, dall'altro, la procedura si rivolgeva precipuamente a soggetti in grado di negoziare con i titolari del 70 % dei propri crediti, richiedendo così, una posizione di forza (ed una capacità economico – reddituale propria o di eventuali terzi garanti o coobbligati) spesso non riscontrabile in tali situazioni.

Nemmeno i presupposti soggettivi, in realtà, avevano contorni ben definiti, ricomprendendo in via residuale tutti coloro che non fossero assoggettabili alle procedure concorsuali, dunque una eterogenea categoria di soggetti cui la legge sul sovraindebitamento si rivolgeva, spaziando dal consumatore, alle imprese commerciali che non raggiungevano le soglie di cui all'art. 1 L.fall., sino ai professionisti, alle associazioni, alle fondazioni ed in generale a tutti gli enti non fallibili. Qualche dubbio permaneva in merito all'applicabilità all'imprenditore agricolo, poiché il citato decreto legge n. 98/2011 prevedeva la possibilità per questi di avvalersi dell'art. 182 bis L.fall., strumento che presentava tratti di marcata affinità con la procedura di sovraindebitamento.

Dal punto di vista del presupposto oggettivo il legislatore della riforma ha adottato una tecnica invero assai differente rispetto a quello del 1942 per declinare il concetto di insolvenza. Infatti in questa sede è stata adottata la tecnica descrittiva del fenomeno, mentre l'articolo 5 L.fall., definisce solo il momento nel quale il fenomeno si manifesta. Il legislatore, nella sua prima versione, ha definito lo stato di sovraindebitamento come *“una situazione di perdurante squilibrio tra le obbligazioni assunte e il patrimonio liquidabile per farvi fronte, nonché la definitiva incapacità del debitore di adempiere le proprie obbligazioni”*.

L'analisi sul presupposto soggettivo, come sull'intera disciplina vigente del sovraindebitamento, sarà oggetto di trattazione nel prossimo capitolo, tuttavia è utile sin d'ora segnalare come questo presupposto cercasse – già nella sua prima versione, poi novellata con Decreto Legge 18 ottobre 2012, n. 179, convertito con modificazioni dalla legge 17 dicembre 2012, n. 221- di fondere entrambi gli aspetti dell'insolvenza, ovvero quello maggiormente legato all'illiquidità e dunque all'insolvenza commerciale (*i.e. “definitiva incapacità di adempiere le proprie obbligazioni”*), con quello più marcatamente patrimonialistico legato all'insolvenza civile (*i.e. “perdurante squilibrio tra le obbligazioni assunte e il patrimonio liquidabile”*).

Si è peraltro osservato, come tale presupposto oggettivo proponesse una rischiosa osmosi tra istituti non compatibili quali l'insolvenza civile, regolata dall'art. 2740 e 1186 c.c. e quella commerciale di cui all'art. 5 L.fall.<sup>156</sup>

---

<sup>156</sup> G.LO CASCIO, *ult. op. cit.*, pp. 813 ss.

Inoltre, l'assenza della disciplina delegata relativa alla regolamentazione degli Organismi di composizione della crisi – la cui forma giuridica poteri e funzioni apparivano davvero poco chiari – che avrebbero dovuto fungere da veri e propri *deus ex machina* delle crisi da sovraindebitamento ha fatto sì che la previgente versione della legge sul sovraindebitamento rimanesse, di fatto, inapplicata.

Non vi fu in effetti nemmeno il tempo per la dottrina di avviare una riflessione sulla normativa - e per la prassi di cercare modalità operative per sfruttare questo nuovo istituto - che il legislatore, già nell'ottobre del 2012, decise di riscrivere integralmente la legge n. 3, poiché, a seguito di alcune rilevazioni statistiche effettuate presso i principali tribunali nazionali, emerse che solo due ricorso erano stati depositati in tutta Italia, entrambi, peraltro dichiarati inammissibili dai tribunali aditi<sup>157</sup>.

Dunque, con l'art. 18 del decreto legge 18 ottobre 2012<sup>158</sup>, n. 179, convertito con modificazioni dalla legge 17 dicembre 2012, n. 221, il legislatore ha provveduto ad operare una profonda rivisitazione della disciplina<sup>159</sup> sugli strumenti di composizione delle crisi da sovraindebitamento<sup>160</sup>. Il testo vigente sostanzialmente richiama parte dell'originario DL 212/2011 con riferimento al piano del consumatore ed alla procedura liquidatoria, mentre ha innovato totalmente le modalità di composizione negoziale della crisi per gli altri soggetti sovraindebitati.

In particolare con il decreto legge 19 ottobre 2012, n. 179 (convertito con modificazione dalla legge 21 dicembre 2012, n. 221) sono state introdotte tre procedure (l'accordo del debitore, il piano del consumatore e la procedura di liquidazione) i cui elementi essenziali saranno oggetto di trattazione nel prossimo capitolo; tuttavia è utile anticipare che, con questa scelta, il legislatore ha di fatto sancito la separazione tra debitore civile (inteso quale debitore nell'esercizio della propria attività professionale) e consumatore con riguardo agli strumenti concretamente utilizzabili per la soluzione della crisi<sup>161</sup>.

---

<sup>157</sup> Come riportato nella relazione illustrativa al disegno di legge A.S. n. 3533, p.33, [www.senato.it](http://www.senato.it), i due Tribunali erano quelli di Firenze e Roma.

<sup>158</sup> Per completezza d'informazione in merito al tortuoso *iter* legislativo della disciplina sul sovraindebitamento si segnala come il contenuto della novella dell'ottobre-dicembre 2012 sia stato sostanzialmente mutuato dal disegno di legge, A.C. 5117, pendente in parlamento dal marzo dello stesso anno.

<sup>159</sup> Per una prima analisi della disciplina si veda la Guida operativa o "*Libretto giallo*" redatto dalla Fondazione dei Dottori Commercialisti ed Esperti Contabili di Firenze, [www.fdcec.it](http://www.fdcec.it).

<sup>160</sup> Secondo la migliore dottrina una rivisitazione della disciplina previgente era necessari in quanto: a) mancava l'efficacia vincolante della maggioranza dei creditori aderenti (che pur fosse stata raggiunta) nei confronti di quelli estranei all'accordo; b) mancava l'effetto esdebitatorio per il debitore; c) esponeva il debitore al rischio dell'aggressione dei propri *asset* da parte dei creditori; cfr. S.BONFATTI in Bonfatti – Censoni, *Lineamenti di diritto fallimentare*, op. cit., p. 333.

<sup>161</sup> Tra le prime esperienze applicative edite di rilievo si segnalano Trib. Vicenza, 8 .7.2013, [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it); Trib. Pistoia, 27.12.2013; Trib. Pistoia, 19.11.2014 [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it); Trib. Bergamo, 12.12.2014 [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it); Trib. Ravenna, 17.12.2014 [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it); Trib. Bergamo, 31.3.2015 [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it); Trib. Verona, 8.5.2015 [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it); Trib. Milano, 16.5.2015 [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it); Trib. Treviso, 20.5.2015 [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it); tra quelli inediti si segnalano App. Bologna, 10.1.2014; Trib. Lecce, 24.1.2014 di cui si darà conto nel prosieguo.

Si può inoltre anticipare che il legislatore ha optato per modelli legislativi in cui è stata ridotta in maniera evidente la componente negoziale a beneficio di un profilo più marcatamente concorsuale soprattutto con riguardo all'accordo relativo al debitore civile.

Sempre nel solco del processo evolutivo legato alla disciplina del sovraindebitamento non si può non segnalare la pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale del 27 gennaio 2015 del decreto ministeriale del 24 settembre 2014, n. 202 con cui il Ministero della Giustizia ha disciplinato i requisiti di iscrizione nel registro degli Organismi di composizione della crisi, così consentendo alla normativa di trovare finalmente una più piena applicazione.

Il decreto sostanzialmente disciplina i soggetti che possono iscriversi all'albo apposito tenuto presso il Ministero di Giustizia, la composizione di questi, il funzionamento ed i doveri dei componenti degli organismi, non mancando di prevedere specifici vincoli e limiti anche con riferimento ai compensi<sup>162</sup>.

Invero il menzionato provvedimento ministeriale permette ora di superare la prassi – consentita dall'art. 15 L.sov. – adottata da alcuni tribunali di nominare come Organismo di composizione della crisi un singolo soggetto abilitato alla professione di avvocato, dottore commercialista ed esperto contabile ovvero ad un notaio, accentrando così le molteplici – e spesso confliggenti – funzioni di questi organi in capo ad un unico soggetto.

#### **1.10 IL PROGETTO DELLA “COMMISSIONE RORDORF” E LE PROSPETTIVE DI RIFORMA**

Da ultimo, non si può non evidenziare come la Commissione Ministeriale presieduta dal Presidente Renato Rordorf<sup>163</sup>, attualmente costituita presso il Ministero della Giustizia abbia elaborato un disegno di legge delega, consegnato il 31 luglio 2015<sup>164</sup> al Guardasigilli ed attualmente depositato in Parlamento per la riforma *tout court* della disciplina sull'insolvenza.

Nell'ambito di tale ampio provvedimento, l'art. 14 è dedicato esclusivamente ai criteri di riforma del sovraindebitamento, che, nell'intenzione della Commissione, dovranno conformarsi a quanto segue:

- a) adozione di una definizione di insolvenza e di crisi unica o complementare rispetto a quella del debitore commerciale;
- b) indicazione delle categorie di debitori assoggettabili alle procedure di cui al presente articolo, anche in base ad un criterio di prevalenza delle obbligazioni a diverso titolo assunte, in maniera chiara;
- c) previsione di effetti esdebitatori estesi anche ai soci illimitatamente responsabili nelle società di persone;

---

<sup>162</sup> Per approfondimenti sul funzionamento degli organismi di funzione della crisi si veda M.DEL LINZ, *Spunti critici sulle nuove procedure di sovraindebitamento e ordinamenti a confronto*, op. cit., pp. 482 ss.

<sup>163</sup> Cfr. D.M. del Ministero della Giustizia, 28 gennaio 2015, [www.giustizia.it](http://www.giustizia.it); la riforma dovrebbe portare alla redazione di un testo unico dell'insolvenza.

<sup>164</sup> Per un commento sulle prospettive di riforma dell'ordinamento si veda P.VELLA, *Il sistema concorsuale italiano ieri, oggi, domani (brevi note di fine anno)*, 31.12.2015, [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it).

- d) definizione di soluzioni concordate con i creditori, soggette ad omologazione giudiziale e dirette a promuovere la continuazione dell'attività imprenditoriale, professionale o associativa e le soluzioni liquidatorie, realizzate mediante la cessione di tutti o parte dei beni, la ristrutturazione del debito ovvero forme miste, disciplinando le modalità di eventuale conversione delle prime nelle seconde;
- e) esclusione dell'accesso alle soluzioni concordate ove l'insolvenza derivi da mala fede o frode del debitore, in tal caso restando possibile solo l'esito liquidatorio;
- f) consentire al debitore che non sia in grado di offrire ai creditori alcuna utilità, diretta o indiretta, nemmeno futura, di accedere all'esdebitazione<sup>165</sup> solo per una volta, fermo il requisito della meritevolezza;
- g) prevedere che, in caso di tempestiva ed integrale cessione del patrimonio, ed in assenza di prospettive di acquisizione di ulteriori beni o apprezzabili redditi nel successivo triennio, l'esdebitazione sia immediata, previa valutazione giudiziale di meritevolezza del debitore; e che in tutti gli altri casi essa consegua automaticamente al decorso di un triennio dall'apertura della procedura liquidatoria, previa verifica giudiziale della sua regolarità;
- h) precludere l'accesso alle procedure ai soggetti che nei cinque anni precedenti alla domanda vi abbiano fatto ricorso conseguendo l'effetto esdebitatorio, o comunque che ne abbiano già beneficiato per tre volte, ovvero in tutti i casi di frode accertata;
- i) prevedere la sospensione automatica delle azioni esecutive e cautelari, ed eventualmente anche la declaratoria di inefficacia delle ipoteche giudiziali iscritte nei tre mesi antecedenti la domanda, contemplando la possibilità di revoca di dette misure, su richiesta del creditore che lamenti un indebito pregiudizio, rispetto alle alternative concretamente praticabili, non compensato dalla loro funzionalità alla soluzione concordata, o anche d'ufficio, ove emerga il compimento di atti in frode dei creditori;
- j) promozione di misure dirette alla diffusione delle informazioni sulle procedure di esdebitazione, a cura degli ordini professionali, delle associazioni dei consumatori e degli utenti, delle banche e delle società finanziarie, e di ogni altro ente che persegua scopi di tutela delle famiglie indigenti o di soggetti colpiti dal fenomeno dell'usura.
- k) assicurare una più piena affermazione della regola della *par condicio creditorum*, il rispetto dell'ordine delle cause legittime di prelazione e la valutazione di convenienza ai fini del cd. *cram down*, salva la possibilità di introdurre misure che garantiscano ai creditori chirografari una minima soddisfazione, riservando ad essi una contenuta misura percentuale del realizzo immobiliare;

---

<sup>165</sup> Per un primo commento sui nuovi meccanismi esdebitatori nell'ambito del disegno di legge delega elaborato dalla Commissione Rordorf si veda, R.GUIDOTTI, *Alcune ulteriori brevi note in tema di esdebitazione del fallito*, 7.1.2016, pp. 5 ss., [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it).

- l) riconoscere l'iniziativa per l'apertura delle soluzioni liquidatorie anche ai creditori, ed anche nell'ambito delle esecuzioni individuali eventualmente pendenti;
- m) previsione di criteri di coordinamento tra le eventuali procedure pendenti a carico di più consumatori che siano membri della medesima famiglia;
- n) regolamentare in modo uniforme le ipotesi di annullamento, risoluzione ed inefficacia delle soluzioni concordate, con attribuzione anche ai creditori ed al pubblico ministero dell'iniziativa per la conversione delle stesse in procedura liquidatoria, nei casi di frode;
- o) valutare l'opportunità di eliminare, per ragioni di certezza dei traffici giuridici, l'assoggettabilità a revoca *sine die* del provvedimento di esdebitazione;
- p) prevedere idonee misure sanzionatorie per il creditore che, anche sulla base di quanto accertato dall'O.C.C., abbia contribuito alla maturazione del sovraindebitamento, eventualmente disponendo, ove si tratti di banche o società finanziarie che abbiano violato gli artt. 124 e 124-bis, d.lgs. 1 settembre 1993, n. 385, l'inibizione o restrizione dei poteri di impugnativa ed opposizione;
- q) disciplinare nuovamente, anche alla luce delle pronunce della Corte di Giustizia UE che dovessero sopravvenire, i vincoli previsti per la soddisfazione dei crediti per Imposta di valore aggiunto (IVA)<sup>166</sup>.

Insomma, l'idea dei Commissari sarebbe quella di portare le crisi da sovraindebitamento nell'ambito classico delle procedure concorsuali, prevedendo principi di consecuzione tra procedure, tutela più forte della *par condicio creditorum*, possibilità di intervento del Pubblico Ministero e introduzione del c.d. *Responsible Lending*<sup>167</sup> per i creditori istituzionali.

Pur non potendo prevedere l'esito di questo ambizioso progetto di riforma, la sensazione che rimane all'interprete è quella di una disciplina ancora incompleta e non pienamente soddisfacente, che pur tuttavia ha tracciato un solco con il passato consentendo finalmente al debitore civile (ed ai suoi creditori) di poter gestire meglio la propria crisi e di poterne uscire prima. Insomma il sovraindebitamento nel 2016 è un cantiere aperto che verosimilmente subirà nel prossimo futuro nuovi interventi.

Seppure con grande lentezza, a tre anni dalla sua entrata in vigore, si può affermare come questi strumenti non siano rimasti lettera morta dell'ordinamento, anzi abbiano iniziato a manifestare le proprie potenzialità operative. A ciò ha sicuramente contribuito lo sforzo degli operatori e dei tribunali che, pur con alcune forzature e scelte non sempre coerenti con la lettera della norma, hanno consentito l'applicazione di questi strumenti.

---

<sup>166</sup> Estratto dalla bozza di disegno legge delega 29.6.2015, ined.

<sup>167</sup> Per approfondimenti sul tema del sovraindebitamento, sul principio di auto-responsabilità del consumatore nell'indebitamento e del *responsible lending* da parte dei finanziatori istituzionale (anche in ottica comunitaria) si veda, G.PIEPOLI, *Sovraindebitamento e credito responsabile*, Banca Borsa Titoli di Credito, n. 1/2013, pp. 38 ss.

Preme tuttavia sottolineare come, pur non volendo svalutare la portata storico - sistematica della legge sul sovraindebitamento, nel prosieguo del presente lavoro verranno affrontate le tante criticità ed opacità di questa disciplina anche in relazione al suo obiettivo scarso successo, poiché, come efficacemente affermato dalla migliore dottrina, *“il giurista il quale voglia prendere il suo lavoro sul serio non può essere insensibile alla dimensione dell’effettività: chi analizza una norma, deve porsi il problema del grado di applicazione concreta della stessa; e se lo riscontra singolarmente basso, deve cercare di capirne le cause.”*<sup>168</sup>

## 1.11 CONCLUSIONI

In conclusione di questo capitolo sull’evoluzione del fenomeno dell’insolvenza e degli strumenti concorsuali sottesi alla sua composizione, si possono già osservare alcune evidenze utili ai fini del tema che occupa, quali:

- (i) la diversa percezione del fenomeno dell’insolvenza, che è assai mutata nel corso degli ultimi decenni, grazie all’affermazione di modelli meno repressivi e maggiormente orientati alla prevenzione ed al superamento della crisi;
- (ii) l’evoluzione della categoria dell’insolvenza (come si vedrà, non solo quella commerciale) che è oggi maggiormente legata all’illiquidità piuttosto che all’incapienza patrimoniale;
- (iii) lo sviluppo dei modelli concorsuali classici verso criteri privatistico - negoziali, portando all’affermazione di procedure “ibride” nelle quali coesistono fattori tipi del concorso ed elementi marcatamente negoziali;
- (iv) il tentativo di superare l’equivoco, sorto nel medioevo e radicatosi definitivamente all’epoca delle codificazioni Napoleoniche, che ha condotto alla sistematica esclusione dall’ambito dell’insolvenza (e dei suoi rimedi) del debitore civile.

Tutti i concetti sommariamente esposti assumeranno valore nel corso della presente trattazione, poiché l’inquadramento della disciplina sul sovraindebitamento, condurrà ad interrogarsi sul rapporto tra stato di sovraindebitamento, insolvenza e crisi, sulla natura delle procedure contenute nella legge n. 3/2012, sulle affinità e divergenze con i modelli offerti dalla legge fallimentare, sull’applicazione della regola della *par condicio creditorum* nell’ambito di questi strumenti e sulla possibilità, o meno, di consecuzione tra procedure concorsuali e di sovraindebitamento.

---

<sup>168</sup> Cit. V.ROPPO, *Profili strutturali e funzionali dei contratti “di salvataggio” (o di ristrutturazione dei debiti d’impresa)*, Dir. fall., 1/2008, p. 375.

## CAPITOLO II

### LA DISCIPLINA DEL SOVRAINDEBITAMENTO: PRESUPPOSTI, NATURA E CONTENUTO

Come accennato al termine del capitolo precedente, l'approdo (per ora) finale della disciplina sul sovraindebitamento è stato raggiunto nell'ottobre del 2012, con la riscrittura della disciplina sull'insolvenza civile ad opera del Governo Monti, mediante l'approvazione dell'articolo 18 del decreto legge 18 ottobre 2012, n. 179 (convertito con modificazioni dalla legge 21 dicembre 2012, n. 221).

Il legislatore ha infatti individuato il maggior motivo di insuccesso dello strumento di composizione della crisi proprio nell'adozione di un modello<sup>169</sup> negoziale basato squisitamente sul consenso delle parti<sup>170</sup>.

Notevoli criticità riguardavano poi il ruolo degli Organismi di composizione della crisi, ovvero quei soggetti che, ai sensi del previgente art. 15 l. n. 3/2012, potevano essere costituiti sotto forma di enti pubblici<sup>171</sup> e che avrebbero dovuto garantire una forte presenza nell'ambito di tutta la procedura. Tali Organismi infatti racchiudevano (*rectius* racchiudono) una molteplicità di funzioni, tali da produrre il rischio di un endemico conflitto di interessi nello svolgimento dei diversi compiti assegnatigli dalla disciplina previgente<sup>172</sup>.

L'attuale legge sul sovraindebitamento risulta assai più sofisticata e complessa rispetto alla versione previgente, prevedendo tre diverse procedure: l'accordo del debitore civile, il piano del consumatore e la procedura liquidatoria. I primi commentatori tuttavia non hanno lesinato critiche all'impianto complessivo della novella che propone strumenti piuttosto macchinosi e

---

<sup>169</sup> Cfr. G.TERRANOVA, *La composizione della crisi da sovraindebitamento: uno sguardo d'insieme*, in AA.VV., *Composizione delle crisi da sovraindebitamento*, Il civilista, Milano, 2012, pp. 7 ss.; A.GUIOTTO, *La nuova procedura per l'insolvenza del soggetto non fallibile: osservazioni in itinere*, op. cit., pp. 21 ss.

<sup>170</sup> Così infatti si è espressa chiaramente la relazione illustrativa al disegno di legge A.S. n. 3533, [www.senato.it](http://www.senato.it), p.33, secondo cui, tra l'altro, a seguito di alcune rilevazioni statistiche effettuate presso i principali tribunali italiani, nei primi dieci mesi dalla sua entrata in vigore, l'istituto disciplinato dalla l. n. 3/2012 risultava sostanzialmente inapplicato (venivano segnalati solo due ricorsi pendenti presso i Tribunali di Firenze e Roma).

<sup>171</sup> Tali soggetti dovevano essere iscritti in un apposito albo tenuto presso il Ministero della Giustizia. Potevano tra l'altro chiedere l'iscrizione (con domanda semplice): i) gli organismi di conciliazione costituiti presso le C.C.I.A.A.; ii) il segretariato sociale; iii) gli ordini professionali degli avvocati, dei commercialisti ed esperti contabili e dei notai. In via transitoria, tra l'altro, l'art. 20 prevedeva inoltre la possibilità che le veci dell'Organismo di composizione della crisi venissero assunte da un professionista o da una società tra professionisti in possesso dei requisiti di cui all'art. 28 l.fall., ovvero da un notaio nominati dal Presidente del Tribunale o dal giudice delegato.

<sup>172</sup> Sul punto si veda E.BERTACCHINI, *op. cit.*, p. 958; gli organismi di composizione della crisi sono stati in parte mutuati dalla positiva esperienza delle *Commissions de surendettement*, organismi amministrativi che gestiscono le procedure di sovraindebitamento in Francia, la cui composizione è piuttosto eterogenea e comprende funzionari statali (della Banca di Francia e del Dipartimento fiscale), rappresentati dalle associazioni di categoria (es. banche e consumatori) e professionisti esperti della materia. Tuttavia non è mai stato possibile (e non lo è tutt'ora per gli organismi disciplinati dal vigente art. 15 l. sovraindebitamento) comparare le due figure in quanto il Ministero della Giustizia non ha mai regolamentato concretamente la composizione ed i requisiti di tali organismi al fine dell'iscrizione all'apposito registro degli organismi di composizione della crisi; si veda anche M.DEL LINZ, *ult. op. cit.*, pp. 482 ss.

*“non offre un reale beneficio per il debitore, né appresta i necessari incentivi per stimolare i creditori a concludere l'accordo”<sup>173</sup>.*

L'accordo è disciplinato dagli articoli 9 e ss. della legge n. 3 ed è applicabile ad un insieme di soggetti non precisamente individuati, ma definiti in senso negativo dal legislatore tra coloro che non siano soggetti od assoggettabili ad altre procedure concorsuali.

Mediante questa procedura il debitore può direttamente ottenere il beneficio dell'esdebitazione grazie all'assenso della maggioranza qualificata dei titolari del sessanta per cento dei propri debiti.

Il piano invece designa una procedura applicabile esclusivamente al consumatore, ovvero quella persona fisica che abbia contratto obbligazioni esclusivamente per scopi estranei rispetto alla propria attività professionale. Anche questo strumento consente al debitore di fruire dell'esdebitazione ad esito dell'omologa, alla luce di una valutazione documentale e di un giudizio sulla meritevolezza sul soggetto operata dal giudice con l'ausilio dell'Organismo di composizione della crisi.

Da ultimo, la procedura liquidatoria rappresenta uno strumento residuale che consente al debitore di liberarsi dei propri beni a soddisfacimento delle obbligazioni contratte. Questa procedura, per certi aspetti piuttosto nebulosa, definisce di fatto una forma di *datio in solutum* da parte del debitore che si libera dei propri debiti subendo lo spopolamento del patrimonio disponibile.

Nel presente capitolo ci si propone di approfondire quali siano i requisiti soggettivi ed oggettivi di accesso, la natura dei tre strumenti ed il contenuto (comune) della proposta.

Ciò posto è ora necessario iniziare l'analisi della disciplina vigente inquadrandone i presupposti ed definendone i limiti.

## **2.1 I PRESUPPOSTI SOGGETTIVI DI ACCESSO ALLE PROCEDURE DI COMPOSIZIONE DELLA CRISI DA SOVRAINDEBITAMENTO**

### ***2.1.1 Presupposti soggettivi: il dilemma tra assoggettabilità e soggezione***

L'art. 6, L.sov. indica quali destinatari di questa disciplina, da un lato, coloro che siano non *“soggetti né assoggettabili”* a procedure concorsuali diverse e, dall'altro, il consumatore, ovvero *“il debitore persona fisica che ha assunto obbligazioni esclusivamente per scopi estranei all'attività imprenditoriale o professionale”*.

In primo luogo si deve notare come, rispetto alla formulazione previgente, il legislatore abbia introdotto il concetto di soggezione, affiancandolo a quello di assoggettabilità, ampliando il riferimento agli strumenti concorsuali che precludono l'applicazione della legge sul

---

<sup>173</sup> Cit. A.PACIELLO, *“Prime riflessioni (inevitabilmente) critiche sulla composizione della crisi da sovraindebitamento”*, Dir. Comm., I, 2012, pp. 83 ss.; per una lettura critica cfr. anche L.PANZANI, *Composizione delle crisi da sovraindebitamento*, Nuovo Dir. Soc., 2012, I, p. 9; M.FABIANI *“La gestione del sovraindebitamento del debitore “non fallibile” (d.l. 212/2011), op. cit.*

sovraindebitamento. Infatti è stato eliminato ogni riferimento all'art. 1 L.fall., sostituendolo con il più ampio concetto di “*procedure concorsuali*”.

Di talché, alla disciplina in esame parrebbe applicabile un parametro di residualità rispetto alle procedure concorsuali<sup>174</sup> *tout court*, tra le quali devono essere annoverate, oltre al fallimento ed al concordato preventivo, anche la liquidazione coatta amministrativa, l'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi di cui di cui al D.lgs. 270/1999, unitamente ai procedimenti speciali previsti per l'insolvenza delle imprese bancarie, finanziarie ed assicurative.

Come opportunamente precisato da eminente dottrina, “*tutto ciò sul piano metodologico, impedisce qualsiasi tentativo di individuare il presupposto soggettivo del procedimento di composizione della crisi da sovraindebitamento in via autonoma da quello del fallimento (e del concordato preventivo), se non anche induce a far coincidere l'ambito di applicazione del primo con l'insieme di coloro che non risultano assoggettati al secondo*”<sup>175</sup>.

Un secondo profilo di interesse riguarda il concetto di assoggettabilità e come esso debba essere interpretato alla luce dell'introduzione dell'ulteriore parametro della soggezione.

È opportuno notare che il concetto di soggezione non solo ricorre all'articolo 6 L.sov., bensì – ad esito della novella - anche al successivo articolo 7, comma secondo, laddove è espressamente richiesto che nella proposta il debitore dia conto di non essere “*soggetto*” a procedure concorsuali diverse da quelle disciplinate dalla legge n. 3/2012. Ad esito della novella pertanto il legislatore ha sostituito in questa disposizione il termine “assoggettabile” con il concetto di soggezione.

---

<sup>174</sup> Come si è già accennato del primo capitolo le caratteristiche che definiscono la concorsualità riguardano tanto la struttura processuale, ovvero l'individuazione quanto meno di una fase di accertamento del passivo e dell'attivo e – per quelle liquidatori – di un piano di dismissione o liquidazione dei beni. Per quanto concerne gli effetti invece di norma la procedura concorsuale è connotata dalla segregazione del patrimonio del debitore, dalla cristallizzazione delle pretese dei creditori anteriori alla procedura, dall'individuazione di regole precise per il trattamento dei rapporti giuridici pendenti alla data di apertura della procedura e dall'esdebitazione del debitore all'esito di esito; In dottrina nell'ambito dell'indagine sul concetto di concorsualità risultano particolarmente efficaci le parole di S.BONFATTI, *Lineamenti di diritto fallimentare*, op. cit., pp. 71 ss. secondo cui la disciplina del concorso – tra l'altro - soddisfa “*l'esigenza di favorire l'applicazione della responsabilità patrimoniale del debitore (che ai sensi dell'art. 2740 c.c. «risponde dell'adempimento delle obbligazioni con tutti i suoi beni presenti e futuri») nel rispetto della regola della parità di trattamento [...] l'espressione «concorso» (e «concorsuale») è ricavata dall'art. 5° l.fall., secondo il quale «il fallimento apre il concorso dei creditori sul patrimonio del fallito». Tale norma intende tradurre in pratica, secondo l'opinione unanime, il principio secondo il quale in caso di insolvenza del debitore comune il soddisfacimento delle sue obbligazioni deve avvenire attraverso l'applicazione di regole che assicurino la realizzazione della par condicio tra tutti i creditori: principio definito con l'espressione «concorso sostanziale». [...] inoltre il termine «concorso» evoca anche la concorrenza, cioè la contemporaneità, delle attività rivolte all'accertamento di tutte le pretese dei creditori nei confronti del fallito, e la omogeneità delle modalità volte a conseguire tale risultato. È pertanto usuale utilizzare l'espressione «concorso formale» per alludere al principio espresso dall'art. 52, comma 2, l.fall. [...]”;*

cf. inoltre P.PAJARDI, *Manuale di diritto fallimentare*, Milano, 1986, III ed., pp. 24 ss.; si veda inoltre A.BONSIGNORI, *Disposizioni generali., Dichiarazione di Fallimento*, Scialoja – Branca, Roma/Bologna, 1974, pp. 38 ss.

<sup>175</sup> Cit. G.FERRI jr. *Sovraindebitamento, piccoli imprenditori, imprese piccole*, Dir. Comm., n. 3/2012, p. 424; l'autore precisa peraltro che, sebbene nessun debitore possa soggetto ad entrambe le discipline (i.e. sovraindebitamento e fallimento), non possa comunque concludersi che “*tutti i debitori siano necessariamente assoggettati ad uno di questi*”. Nel chiarire questo concetto l'autore porta l'esempio degli enti pubblici che sebbene espressamente esonerati dall'applicazione delle disposizioni fallimentare non debbano essere automaticamente ritenuti assoggettabili alla disciplina sul sovraindebitamento.

Sul punto si sono formati due diversi orientamenti; da un lato giurisprudenza e dottrina prevalenti<sup>176</sup> ritengono che la permanenza del concetto di assoggettabilità nell'ambito dell'art. 6 L.sov. non consenta di interpretare l'introduzione del parametro della soggezione alla stregua di un ampliamento della portata soggettiva della disciplina.

Ciò sia perché la disciplina sul sovraindebitamento ha portata residuale e il significato del termine "assoggettabile" serve a specificare che laddove un imprenditore abbia i requisiti dimensionali per accedere agli strumenti offerti dalla legge fallimentare allora gli è precluso l'accesso al sovraindebitamento.

In altre parole, i fautori di questo orientamento sostengono che il presupposto dell'assoggettabilità, di fatto non consenta al debitore di fruire del criterio dell'alternatività tra gli strumenti della legge fallimentare e quelli offerti dalla disciplina sul sovraindebitamento<sup>177</sup>. La specifica avrebbe piuttosto un valore meramente processuale indicando il momento nel quale il giudice debba valutare la sussistenza del requisito soggettivo, collocandolo in sede di giudizio di ammissibilità ad esito del quale dovrebbe emettere il decreto di fissazione della prima udienza della procedura di composizione della crisi da sovraindebitamento.

Inoltre, secondo alcuni commentatori<sup>178</sup> vi sarebbe, di fatto, piena coincidenza tra i termini "soggetto" e "assoggettabile", poiché diversamente opinando l'intera legge n. 3 verrebbe stravolta nelle proprie finalità (*i.e.* offrire una soluzione concorsuale ai soggetti non fallibili). Di talché entrambi i termini dovrebbero essere ricondotti nell'ambito del concetto di assoggettabilità in astratto da intendersi come mera "possibilità, o eventualità di assoggettamento"<sup>179</sup>.

Un secondo orientamento, seppur minoritario, offre una ricostruzione suggestiva, proponendo una lettura del tutto diversa del rapporto tra i concetti di assoggettabilità e soggezione. Il primo sarebbe riferibile a tutti i soggetti di per sé non fallibili quali il consumatore, l'imprenditore agricolo e l'imprenditore commerciale sotto soglia, mentre il parametro della soggezione dovrebbe consentire l'applicazione della disciplina di cui alla legge n. 3 a tutti gli imprenditori

---

<sup>176</sup> Cfr. In dottrina G.FERRI jr., *ult. op. cit.*, pp. 423 ss., A.GUIOTTO, *La continua evoluzione dei rimedi alle crisi da sovraindebitamento*, Fall., 2012, pp. 1286; S.PACCHI, *Il sovraindebitamento. Il regime italiano*, Dir.Comm., I, 2012, p. 674; F.VERDE, *Il sovraindebitamento*, Bari, 2014, p. 145; L.PANZANI, *La nuova disciplina del sovraindebitamento dopo il d.l. 18 ottobre 2012, n. 179*, [www.ilfallimentarista.it](http://www.ilfallimentarista.it); V.DE SENSI, *La nuova disciplina sulla crisi da sovraindebitamento: dubbi sulla sua natura concorsuale*, Dir. Comm., n. 4/2013, pp. 642 ss., M.RISPOLI FARINA, *I rimedi alle crisi da sovraindebitamento: un assetto definitivo alla crisi del consumatore?*, Le procedure di composizione negoziale delle crisi e del sovraindebitamento, a cura di Bonfatti – Falcone, Milano, 2014, p. 276. In giurisprudenza per tutti: Trib. Pistoia, 27.12.2013 cit.; Trib. Cremona, 17.4.2014 [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it).

<sup>177</sup> Un'interpretazione tanto radicale parrebbe smentita dalla legge stessa che, con riguardo alla figura dell'impresa agricola, consente l'applicazione alternativa sia della disciplina sugli accordi di ristrutturazione e della connessa transazione fiscale che dell'accordo del debitore come disposto dall'articolo 7, comma 2-bis L.sov.; cfr. E.FRASCAROLI SANTI, *Le altre procedure concorsuali*, Tratt. dir. fall., Vassalli, Luiso, Gabrielli, a cura di Ambrosini e altri, Torino, 2014, Vol. V, pp. 567 ss.

<sup>178</sup> Cfr. F.P.CARDOPATRI, *Presupposti di ammissibilità*, in Di Marzio – Macario – Terranova, *La "nuova" composizione della crisi da sovraindebitamento*, Milano, 2013, p. 22, secondo cui la soggezione "non può voler significare soggezione in concreto ad una procedura concorsuale già aperta, della procedura di sovraindebitamento non potrebbe fruire il debitore che sia soggetto anche solo in astratto (*melius virtualmente*) alle altre procedure concorsuali".

<sup>179</sup> Cfr. F.VERDE, *Il sovraindebitamento*, op. cit., p. 145

commerciali fallibili ma non soggetti ad alcuna procedura concorsuale al momento del deposito della proposta<sup>180</sup>.

Tale ricostruzione prende le mosse proprio dalla sostituzione del termine “assoggettabile” con il termine “soggetto” all’art. 7, comma secondo L.sov. che non rappresenterebbe un mero sdoppiamento del medesimo concetto, bensì un vero e proprio rilevante ampliamento della portata soggettiva della disciplina sul sovraindebitamento.

Di talché il sovraindebitamento avrebbe perso la propria etichetta di strumento residuale assurgendo a vera e propria alternativa rispetto agli strumenti concorsuali classici anche per i debitori fallibili. Tale assunto sarebbe peraltro confermato anche dalla svolta concorsuale impressa alle procedure di cui alla legge n. 3/2012 con la riforma ed in particolare al c.d. accordo del debitore.

Ebbene, non si può negare che gli spunti di riflessioni offerti da quest’ultima linea interpretativa siano in parte fondati, soprattutto nella critica allo scarso risalto offerto al concetto di soggezione.

Tuttavia, ad avviso di chi scrive, la precisazione introdotta con la novella dell’ottobre 2012 non aveva la finalità di definire due concetti differenti e di ampliare drasticamente la portata della disciplina sul sovraindebitamento, quanto semmai di conferire al concetto di assoggettabilità un sfumatura differente, rispetto a fattispecie di difficile collocabilità.

Parrebbe infatti che il legislatore della riforma abbia voluto puntualizzare che il presupposto soggettivo della non assoggettabilità non possa ridursi a caratteri di assolutezza ed astrattezza, bensì debba calarsi nel caso concreto, dovendo il giudice, nella valutazione dei presupposti soggettivi di ammissibilità, operare in casi peculiari un vero e proprio giudizio sulle alternative concorsuali concretamente praticabili dal debitore al momento del deposito della proposta.

### ***2.1.2 Presupposti soggettivi: il caso del socio illimitatamente responsabile***

Per meglio comprendere quanto testé esposto è necessario avere riguardo ad un’ipotesi di complessa collocabilità, quale quella del socio illimitatamente responsabile di una società fallibile *ex art.* 147 L.fall.

Anzitutto è necessario premettere che il socio illimitatamente responsabile è da considerarsi alla stregua di un soggetto coobbligato in solido con la società e con gli altri soci per le obbligazioni contratte da questa.

Il socio illimitatamente responsabile non è assimilabile alla figura del fideiussore poiché, quest’ultimo garantisce un debito altrui (avendo sempre la possibilità di esercitare l’azione di regresso nei confronti del debitore principale), mentre il primo risponde con il proprio patrimonio dei debiti che non possono dirsi a lui estranei, in quanto derivanti dall’esercizio dell’attività comune ed è anzi tenuto, qualora i fondi sociali risultassero insufficienti, ad

---

<sup>180</sup> A.M.LEOZAPPA, *Il sovraindebitamento del debitore fallibile, delle società professionali e degli enti pubblici*, Giur. Comm., 3, I, 2015, pp. 574 ss.

effettuare contribuzioni aggiuntive rispetto a quelle operate all'atto del conferimento iniziale, onde l'impossibilità di ammettere il regresso a favore del socio ai sensi degli articoli 1953, 1955 e 1957 c.c.

Il fatto, poi, che la società rappresenti una figura autonoma non può di per sé giustificare la natura fideiussoria delle obbligazioni del socio, poiché la soggettività della società ha natura transitoria e strumentale, essendo i diritti e gli obblighi ad essa imputati destinati a tradursi in situazioni individuali in capo ai soci medesimi<sup>181</sup>.

Insomma, la responsabilità del socio assume carattere personale e diretto, differendo solo quanto all'elemento della sussidiarietà<sup>182</sup> rispetto ai diversi tipi sociali nei quali ricorre<sup>183</sup>.

Ne consegue che il socio è a tutti gli effetti un coobbligato in solido per le obbligazioni sociali e non un mero garante terzo per i debiti della società ed il suo patrimonio potrà essere aggredito da due tipologie di creditori, quelli sociali, qualora la società non adempia alle proprie obbligazioni (e fermo quanto testé affermato in tema di beneficio della preventiva escussione) e quelli particolari in ragione delle obbligazioni afferenti esclusivamente alla propria sfera patrimoniale.

Poste queste premesse, proprio la figura del socio illimitatamente responsabile di società fallibile rappresenta uno dei casi più interessanti per valutare i limiti applicativi del sovraindebitamento e la possibilità di definire un parametro di assoggettabilità in concreto.

Preme anzitutto osservare che laddove la società non fosse fallibile, evidentemente anche il socio illimitatamente responsabile di essa potrebbe avvalersi degli strumenti di cui alla legge n. 3/2012, così come, qualora l'indebitamento complessivo del socio fosse composto da sole obbligazioni contratte al di fuori della propria attività imprenditoriale e professionale, questi vestirebbe i panni del consumatore, potendo certamente accedere al c.d. piano del consumatore.

Come detto, il socio assume la veste di coobbligato in solido per le obbligazioni della società, pertanto ai sensi della disciplina codicistica ed in particolare degli articoli 1301 e 1304 c.c., qualora la società fallibile risultasse inadempiente verso i propri creditori ovvero utilizzasse lo strumento degli accordi di ristrutturazione – che, a differenza del concordato, non produce alcuna esdebitazione a favore del socio illimitatamente responsabile<sup>184</sup> - questi avrebbe tutto il diritto di

---

<sup>181</sup> Cfr. Cass. 5 novembre 1999, n. 12310 e Cass. 16 aprile 2003, n. 6048, in Giovagnoli, *Codice Civile annotato con la giurisprudenza*, Milano 2013, p. 2767.

<sup>182</sup> Cfr. F.GALGANO, *Diritto Commerciale – Le società*, XI ed., Bologna, 2004, pp. 71 ss.

<sup>183</sup> Mentre nella società semplice la preventiva escussione del patrimonio sociale, ai sensi dell'art. 2268 c.c., è possibile solo laddove il socio dimostri che vi siano beni della società aggredibili da parte dei creditori sociali, nel caso della società in nome collettivo e della società in accomandita semplice tale beneficio opera *ope legis* (i.e. articolo 2304 c.c.).

<sup>184</sup> Cfr. da ultimo Trib. Rimini, 18.5.2015, massimato da A.MANCINI, secondo cui “*In relazione ad una proposta di concordato presentata da società in nome collettivo, l'apporto di liquidità ottenibile dalla vendita di immobili messi a disposizione dei soci illimitatamente responsabili deve intendersi come 'finanza esterna', considerato che l'art. 184 l. fall. - che estende a detti soci l'efficacia remissoria del concordato preventivo – si riferisce ai debiti sociali, nel senso che il pagamento della percentuale concordataria ha effetto liberatorio nei loro confronti, senza con ciò determinare l'estensione della procedura al patrimonio dei soci, che resta estraneo ad essa (v. Tribunale di Rovigo 8 luglio 2014; Cass. 30 agosto 2001 n. 11343).*”, [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it); si veda anche Cass. SS. UU., 16.2.2015, n. 2950, secondo cui “*La ratio alla base dell'articolo 184, comma 1, ultima parte, L.F. (così come anche quella dell'articolo 135, comma 2, L.F.) è quella per cui i rapporti contrattuali stipulati dai creditori della società con soggetti terzi estranei alla società stessa che*

rinegoziare le obbligazioni sociali (assunte in proprio) con i creditori della società<sup>185</sup>, nell'ambito di uno strumento finalizzato all'esdebitazione immediata del debitore<sup>186</sup>. Il fatto poi che l'articolo 11, terzo comma, L.sov. stabilisca che gli effetti esdebitatori ottenuti con la procedura non si trasmettano, *inter alia*, ai coobbligati con il debitore (diversi però dai soci illimitatamente responsabili) parrebbe confermare questa linea interpretativa<sup>187</sup>.

Tuttavia, proprio in ciò risiede l'elemento di maggiore contraddizione di questo meccanismo, poiché se da un lato il socio coobbligato potrebbe ottenere l'esdebitazione nel contesto protetto del sovraindebitamento, questi, d'altra parte, rischierebbe in futuro di essere chiamato dagli altri soci e dalla società a rispondere in via di regresso, i quali sono comunque tenuti per l'intero (sottratto l'importo pagato dal socio esdebitato) nei confronti dei creditori.

Ciò posto, chi scrive riterrebbe di escludere, almeno in linea di principio, che, essendo la società astrattamente fallibile allora sussista 'in radice' una preclusione a carico del socio ad utilizzare gli strumenti di esdebitazione forniti dalla legge n. 3. Diversamente opinando si dovrebbe dedurre che, al di là dell'ipotesi dei debiti contratti nella qualità di consumatore, l'ordinamento non offra al socio illimitatamente responsabile alcuna soluzione concorsuale atta rendere il proprio indebitamento composito sostenibile (soprattutto laddove la società acceda a procedure di composizione della propria crisi diverse dal fallimento e dal concordato)<sup>188</sup>.

Tale conclusione parrebbe non solo incoerente con la finalità della norma sul sovraindebitamento<sup>189</sup>, ma altresì irragionevole, atteso che il socio accedendo ad una procedura

---

*comportano obbligazioni a carico di questi ultimi restano al di fuori del concordato e dei suoi effetti, con la precisazione che tale ratio ricomprende necessariamente non solo i rapporti obbligatori a carattere personale, ma anche quelli a carattere reale, quali quelli derivanti dalla concessione di ipoteca pegno e, in alcuni casi, di privilegio.*", [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it).

<sup>185</sup> È solo il caso di ricordare che sia prima che dopo la riforma della legge fallimentare giurisprudenza e dottrina pressoché unanimi hanno convenuto sull'esclusione della possibilità di configurare un concordato del socio poiché non sarebbe soddisfatto il presupposto soggettivo, non potendo vedersi attribuita la qualità di imprenditore commerciale; in giurisprudenza si veda Cass. nn. 3229/1987; 8097/1992; 12405/1995, 3535/2006 e 7273/2010 [www.dejure.it](http://www.dejure.it); in dottrina cfr. L.PANZANI, *Fallimento*, 2002, pp. 624 ss.; S.PACCHI, *Fallimento e altre procedure concorsuali*, Trattato diretto da Fauceglia e Panzani, Torino 2009, vol. II, p. 1535; per un'ampia panoramica sulla questione si veda A.MAFFEI ALBERTI, *Commentario breve alla legge fallimentare*, Padova 2013, p. 1051.

<sup>186</sup> *Contra* G.FERRI jr. *Sovraindebitamento, piccoli imprenditori, imprese piccole*, op. cit. p. 425.

<sup>187</sup> Di talché le procedure di composizione della crisi da sovraindebitamento si pongono anch'esse come eccezione rispetto ai principi generali dell'ordinamento di cui agli articoli 1239 c.c. in materia di remissione del debito e 1301 c.c.. secondo cui gli effetti positivi tra condebitori solidali si trasmettono. Questa disposizione potrebbe peraltro incentivare i creditori ad aderire alla proposta avanzata dal socio illimitatamente responsabile, poiché – a differenza di quanto stabilito dall'articolo 184, secondo comma, L.fall. che dispone l'esdebitazione dei soci illimitatamente responsabili ad esito dell'omologa del concordato preventivo della società – potrebbero vedersi rimborsato immediatamente parte del proprio credito da uno dei coobbligati e poter preservare, in linea di principio, i propri diritti di credito nei confronti della società e degli altri soci.

<sup>188</sup> Secondo Maffei Alberti questa tesi piuttosto restrittiva è finalizzata a prevenire il rischio endemico della risoluzione dell'accordo dopo l'omologa per sopravvenuta carenza del presupposto soggettivo di ammissibilità, ai sensi dell'art. 12, comma V, L.sov., A.MAFFEI ALBERTI, *Commentario breve alla legge fallimentare*, op. cit., p. 2031; favorevole all'applicazione al socio illimitatamente responsabile delle società fallibili appare invece D.VATTERMOLI, *La procedura di liquidazione del patrimonio del debitore alla luce del diritto «oggettivamente» concorsuale*, Dir. Fall., n. 6/2013, p. 770 visto che "non possono fallire in via autonoma (ma solo in estensione per effetto del fallimento della società), così come non possono essere ammessi in proprio l concordato preventivo".

<sup>189</sup> Invero nella stessa scheda di lettura al disegno di legge AS n. 3533 (di conversione del decreto legge n. 179/2012) elaborata dal Centro Studi della Camera del Senato si ricava la chiara volontà del legislatore di rendere fruibile la procedura di accordo a tutti gli imprenditori non soggetti a procedure concorsuali diverse rispetto da quelle della legge

di sovraindebitamento e negoziando direttamente anche con i creditori della società la liberazione parziale dalle obbligazioni per cui è tenuto in solido con essa non pregiudica i diritti dei creditori nei confronti dei terzi, poiché in questa sede vige il principio della incomunicabilità degli effetti favorevoli nei confronti dei coobbligati. Inoltre, una diversa conclusione rischierebbe di contrastare anche con le più recenti indicazioni fornite dal legislatore comunitario in materia di esdebitazione<sup>190</sup>.

Pertanto, non essendovi un'altra alternativa concorsuale concretamente praticabile e potendo rientrare nell'ambito dei soggetti che autonomamente non potrebbero accedere ad alcuno strumento concorsuale (atteso che questi subisce gli effetti del fallimento e soprattutto del concordato preventivo di riflesso e solo in conseguenza all'insolvenza o alla crisi della società), al fine di porre rimedio al proprio stato di sovraindebitamento, parrebbe che anche i soci illimitatamente responsabili di società fallibili possano agire nel contesto protetto dell'accordo del debitore di cui all'art. 9 e successivi L.sov.

Ciò risulterebbe altresì del tutto coerente e compatibile con la disposizione secondo cui qualora la società fallisca a seguito dell'omologa dell'accordo ai sensi dell'articolo 11 L.sov., allora questo si risolverebbe ex articolo 12, comma quinto, L.sov. – in ossequio al principio di consecuzione tra procedure e di prevalenza del fallimento sulle altre procedure concorsuali – e, di riflesso, il socio verrebbe dichiarato fallito (con la precisazione che sono fatti salvi i diritti acquisiti dai terzi in bona fede ex articolo 14-bis, comma quinto, L.sov. e saranno prededucibili i crediti maturati in esecuzione o in funzione dell'accordo a sensi dell'articolo 13, comma quarto bis, L.sov).

### **2.1.3 Presupposti soggettivi: l'assoggettabilità in concreto come parametro oggettivo**

Da questo caso specifico si ricava che il criterio dell'assoggettabilità in concreto appare preferibile poiché evita gravi forme di discriminazione e risponde in maniera più coerente alla *ratio* del legislatore di offrire a tutti i soggetti non fallibili una concreta alternativa concorsuale.

A scanso di equivoci è bene però chiarire che l'accertamento dell'assoggettabilità in concreto alle procedure concorsuali debba sempre essere guidata da parametri oggettivi e non possa sconfinare in una valutazione di ragionevolezza sulla procedura applicabile. In altre parole, laddove un'impresa presenti i presupposti dimensionali della fallibilità e dunque possa accedere direttamente agli strumenti concorsuali offerti (o imposti) dalla legge fallimentare, allora essa

---

3/2012. La soluzione testé prospettata parrebbe più convincente anche in virtù del fatto che, diversamente opinando, il socio illimitatamente responsabile sarebbe irragionevolmente escluso dal beneficio dell'esdebitazione nei confronti dei propri creditori particolari, dovendo in tale ipotesi soggiacere al sistema dell'espropriazione forzata individuale da parte di creditori ovvero attendere il fallimento o il concordato della propria società.

<sup>190</sup> Con la Raccomandazione 12 marzo 2014 della Commissione Europea "Su un nuovo approccio al fallimento delle imprese e all'insolvenza" viene, *inter alia*, richiesto – Sez. IV - ai vari Stati membri di "limitare gli effetti negativi del fallimento sull'imprenditore per dare a questi una seconda opportunità. L'imprenditore dovrebbe essere ammesso al beneficio della liberazione integrale dai debiti oggetto del fallimento dopo massimo tre anni a decorrere: (a) nel caso di una procedura conclusasi con la liquidazione delle attività del debitore, dalla data in cui il giudice ha deciso sulla domanda di apertura della procedura di fallimento; (b) nel caso di una procedura che comprenda un piano di ammortamento, dalla data in cui è iniziata l'attuazione di tale piano", [http://ec.europa.eu/justice/civil/files/c\\_2014\\_1500\\_it.pdf](http://ec.europa.eu/justice/civil/files/c_2014_1500_it.pdf).

non potrà certamente accedere agli strumenti offerti dalla legge n. 3/2012<sup>191</sup>, a meno che la legge non disponga diversamente (*i.e.* l'impresa agricola).

Insomma, non si può e non si deve cadere nella tentazione di allargare l'ambito di applicazione del sovraindebitamento oltre a quanto la legge espressamente permetta, poiché si rischierebbero gravi storture e paradossi evidenti. Infatti aprire indiscriminatamente il sovraindebitamento alle imprese fallibili, qualora le stesse non siano semplicemente assoggettate ad altra procedura concorsuale, consentirebbe ad imprese strutturalmente e dimensionalmente più complesse di utilizzare mezzi inadeguati per risolvere la propria crisi. Si pensi a titolo esemplificativo al fatto che la legge n. 3/2012 non disciplina ipotesi di revocatoria dei pagamenti, degli atti posti in essere o delle garanzie costituite in relazione al patrimonio del debitore, ovvero sia del tutto carente di una disciplina sotto il profilo dei contratti pendenti, sulla formazione del passivo e sul riparto dell'attivo.

Si deve dunque concludere che il principio della concorrenza tra strumenti concorsuali e procedure che regolano le crisi da sovraindebitamento, potrà avvenire solo laddove sia strettamente necessario, ovvero, laddove il debitore – nel caso concreto – non abbia oggettivamente alcuna alternativa concorsuale percorribile innanzi a sé.

#### **2.1.4 Presupposti soggettivi: altre ipotesi di non assoggettabilità**

Alla medesima stregua appare allora possibile assoggettare – almeno in linea di principio – al sovraindebitamento anche le imprese commerciali sotto soglia<sup>192</sup> alla data di deposito della domanda. Peraltro, nel caso di società non fallibile con soci illimitatamente responsabili che sia sovraindebitata si segnala che gli effetti esdebitatori dell'omologa riguarderebbero solo la prima e non anche i soci, ai sensi dell'art. 11, comma terzo, L.sov., a mente del quale *“l'accordo non pregiudica i diritti dei creditori nei confronti dei coobbligati, fideiussori del debitore ed obbligati in via di regresso”*.<sup>193</sup>

Eminente dottrina ritiene poi che il mero superamento dei limiti dimensionali di cui all'art. 1, comma secondo, L.fall., di per sé non comporti l'interruzione della procedura, ovvero la risoluzione dell'accordo. Chi scrive concorda con questa impostazione, poiché la non assoggettabilità – a differenza della soggezione - pertiene ad una valutazione che deve essere effettuata solo alla data di deposito della domanda e qualora il presupposto dovesse venir meno nel corso della procedura di sovraindebitamento allora verrebbe in rilievo non l'assoggettabilità astratta bensì la concreta soggezione alla procedura<sup>194</sup>.

Tale assunto dovrebbe essere viepiù suffragato dal principio conservazione degli atti e dal più generale ed immanente canone della certezza nelle relazioni giuridiche.

---

<sup>191</sup> A questa stregua si è espresso anche Trib. Treviso 20.5.2015, cit.

<sup>192</sup> Le imprese che non raggiungono i requisiti dimensionali di cui all'art.1 L.fall.

<sup>193</sup> Per approfondimenti sul tema si veda A.MAFFEI ALBERTI, *ult. op. cit.*, pp.2028 ss.

<sup>194</sup> Cfr. A.MAFFEI ALBERTI, *ult. op. cit.*, p. 2031, il quale afferma che alla medesima stregua si dovrebbe opinare nell'ipotesi in cui una impresa agricola - che astrattamente superi i requisiti dimensionali di cui all'art. 1, comma II, L.fall. - in corso di procedura assuma i requisiti della commercialità qualora non subentri alcuna sentenza dichiarativa di fallimento; così anche G.FERRI Jr., *Sovraindebitamento, piccoli imprenditori, imprese piccole*, op. cit. p. 427

Orbene, qualora un soggetto non fallibile divenga tale nelle more della procedura, o durante la fase successiva all'omologa, parrebbe ragionevole concludere che questo fatto assuma rilievo solo qualora la società manifesti sintomi concreti di crisi od insolvenza e, dunque, lo strumento di gestione della crisi da sovraindebitamento non abbia avuto successo<sup>195</sup>.

La disciplina del sovraindebitamento è applicabile anche a coloro che non svolgono attività d'impresa (es. i professionisti, le associazioni e le fondazioni non commerciali non assoggettate ad altre leggi speciali)<sup>196</sup> così come gli imprenditori non commerciali (es. imprese agricole o la controversa categoria dell'impresa sociale).

Come attenta dottrina ha segnalato il fatto che il debitore abbia debiti scaduti non superiori ad Euro 30.000,00 di per sé non costituisce una condizione di ammissibilità al sovraindebitamento poiché questa disposizione è applicabile al solo fallimento (e non anche al concordato) e, soprattutto, perché questa circostanza non rappresenta un ulteriore requisito di fallibilità, bensì solamente un possibile esito dell'istruttoria pre-fallimentare<sup>197</sup>.

### **2.1.5 Presupposti soggettivi: le imprese agricole**

Più nel dettaglio, con riferimento alle imprese agricole cui sono applicabili gli accordi di ristrutturazione dei debiti, è utile rammentare che le ragioni esposte nel capitolo precedente (cfr. § 1.8.5)<sup>198</sup> conducono all'esclusione degli accordi di ristrutturazione dei debiti di cui all'articolo 182-bis L.fall. dal concetto di procedura concorsuale.

Di guisa il sovraindebitamento dovrebbe considerarsi applicabile anche all'impresa agricola, non solo poiché questa possibilità viene esplicitata all'articolo 7, comma secondo bis, L.sov., ma, vieppiù, perché qualora gli accordi di ristrutturazione venissero considerati alla stregua di una procedura concorsuale, allora potrebbe essere necessario un supplemento di riflessione circa l'assoggettabilità concreta di questa a strumenti concorsuali alternativi rispetto a quelli offerti dalla legge n. 3/2012. In caso contrario ciò non appare necessario.

Invero, il fatto che il legislatore del 2011 abbia consentito all'impresa agricola in stato di crisi di avvalersi degli istituti degli accordi di ristrutturazione dei debiti e della transazione fiscale di cui agli articoli 182-bis e 182-ter L.fall. appare più che altro una deroga espressa voluta dal legislatore per consentire anche a questo soggetto di rinegoziare – ove possibile – i propri debiti

<sup>195</sup> Da ciò discende altresì che anche l'impresa (fallibile) che ad esito dell'istruttoria pre-fallimentare non venga dichiarata fallita poiché il suo ammontare complessiva non superi i 30.000 Euro possa accedere al sovraindebitamento.

<sup>196</sup> Cfr. Trib. Treviso 20.5.2015, [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it), nota di F.BENASSI, a mente del quale *“Il piano di risanamento previsto dalla legge quadro delle IPAB (D.Lgs 207/2011), che prevede la possibilità per gli enti pubblici di assistenza e beneficenza dotati di personalità giuridica e che operano in base ad autorizzazione regionale all'esercizio di attività socio sanitaria, può coincidere con quello previsto da una delle procedure previste dalla legge n. 3 del 2012 sul sovraindebitamento di ristrutturazione dei debiti e di soddisfazione dei crediti sulla base di un piano di cui agli articoli 7 e seguenti.”*

<sup>197</sup> Cfr. G.FERRI jr. *ult. op. cit.*, p. 428; *contra* cfr. A.MAFFEI ALBERTI, *ult. op. cit.*, p. 2032 secondo cui sono assoggettabili al sovraindebitamento le imprese commerciali sopra soglia con riferimento ai parametri di cui all'art. 1, lett. a) e b) L.fall., ma con un ammontare di debiti scaduti inferiore ad Euro 30.000,00.

<sup>198</sup> Ovvero: (i) tale strumento non prevede l'applicazione degli artt. da 42 a 63 L.fall.; (ii) non vi sono organi deputati alla gestione o all'esecuzione dell'accordo; (iii) l'accordo è raggiunto su base prettamente volontaristica tra creditore e debitore; (iv) nessun creditore escluso potrà essere pregiudicato nelle proprie pretese, se non in termini meramente dilatori (seppure, da questa prospettiva, anche la dilazione temporale configura un'ipotesi di falcidia finanziaria).

con i creditori c.d. “forti”, quali le banche e lo Stato. Tale riforma non parrebbe aver scalfito la risalente regola dell’infalibilità dell’impresa agricola, semmai ha reso ancora più caotico quello che può essere definito come lo “statuto” dell’impresa agricola, cercando di tamponare un evidente *vulnus* dell’ordinamento.

Di talché l’utilizzo dello strumento di cui all’articolo 182-bis (e ter) L.fall. si pone come ulteriore possibilità in favore dell’imprenditore agricolo rispetto agli strumenti concorsuali ad esso dedicati dalla legge n. 3/2012, atteso peraltro che, come si vedrà successivamente, lo stato di sovraindebitamento in realtà può essere ricompreso (al pari dell’insolvenza) nel concetto medesimo di stato di crisi.

D’altra parte l’esigenza di offrire un’alternativa concorsuale a questi soggetti è dovuta anche alla riforma dell’impresa agricola operata dal legislatore con il D.lgs 18 maggio 2001 n. 228 che ha riformato l’articolo 2135 c.c. il legislatore abbia di fatto esteso in maniera rilevante l’ambito di applicazione dello “statuto” dell’impresa agricola anche a quei soggetti<sup>199</sup>, dunque ampliando l’ambito di non fallibilità delle imprese.

In giurisprudenza ci si è anche interrogati più volte sulla possibile incostituzionalità dell’art. 1 L.fall. nella parte in cui esclude *tout court* le imprese agricole dalla disciplina sull’insolvenza. Da ultimo, con ordinanza emessa il 12 gennaio 2011 il Tribunale di Torre Annunziata ha rimesso la questione al Giudice delle Leggi ritenendo non manifestamente infondata la violazione dell’articolo 3 della Costituzione<sup>200</sup>, che ha tuttavia dichiarato l’inammissibilità della questione poiché il rimettente non ha provveduto ad individuare nel caso concreto l’attività svolta dall’imprenditore, limitandosi ad una valutazione parziale sui dati formali forniti (*i.e.* iscrizione dell’imprenditore nella sezione separata degli imprenditori agricoli nel registro delle imprese)<sup>201</sup>.

### **2.1.6 Presupposti soggettivi: i piccoli imprenditori o gli imprenditori piccoli?**

Quanto all’assoggettabilità o meno dei piccoli imprenditori alla legge sul sovraindebitamento è necessario svolgere un ulteriore supplemento di analisi, poiché con riguardo a questa categoria

---

<sup>199</sup> Il legislatore della riforma ha di fatto allargato il concetto di impresa agricola non solo a quei soggetti che svolgono un’attività economica strettamente correlata alla terra o con la terra, bensì a tutte le imprese che fondano la propria organizzazione aziendale sulla cura dello sviluppo del ciclo biologico o delle diverse fasi di esso. Dunque l’elemento della connessione con il fondo ha perso la propria centralità nell’individuazione dell’agrarietà dell’impresa, che oggi può essere tale anche qualora il fattore terra sia del tutto strumentale o potenziale con la produzione. Inoltre la distinzione tra “attività agricole essenziali” ed “attività agricole connesse” ha di fatto aperto all’esercizio di attività di carattere prettamente commerciale anche nell’organizzazione dell’impresa agricola, purché abbiano ad oggetto prodotti prevalentemente ottenuti con l’attività agricola essenziale. Questo evidente ampliamento ha, per gli effetti, ampliato lo spettro delle imprese non fallibili. Per approfondimenti cfr. L.VECCHIONE, *l’impresa agricola tra attività strumentali, commerciali e strumenti di composizione della crisi*, Dir. Fall., n. 1/2014, II, pp. 1 ss.; G.F.CAMPOBASSO, *Diritto Commerciale*, Vol. I, Torino, 2010, pp. 49 ss.; F.GALGANO, *Diritto Commerciale - L’imprenditore*, XI ed., Bologna, 2006, pp. 33 ss.; M.BIONE, *La nozione di impresa agricola dal codice civile ad oggi*, La riforma dell’impresa agricola, a cura di Abriani – Motti, Milano, 2003, pp. 20 ss.; V.BUONOCORE, *Il «nuovo» imprenditore agricolo, l’imprenditore ittico e l’eterogenesi dei fini*, Giur. Comm., 2002, I, pp. 5 ss.

<sup>200</sup> F.CORDOPATRI, *la questione dell’esenzione dell’imprenditore agricolo dalle procedure concorsuali va alla Corte Costituzionale*, Dir. Fall., 2011, pp. 546 ss.

<sup>201</sup> L.VECCHIONE, *l’impresa agricola tra attività strumentali, commerciali e strumenti di composizione della crisi*, cit., pp. 5 ss.

emerge in maniera evidente l'elemento della residualità della disciplina del sovraindebitamento, rispetto a quella fallimentare.

Come noto, la definizione di piccolo imprenditore discende dall'articolo 2083 c.c. annoverando tra essi i coltivatori diretti del fondo, gli artigiani, i piccoli commercianti ed in generale tutti coloro che svolgono un'attività professionale organizzata prevalentemente con il lavoro proprio e quello dei componenti della propria famiglia.

Ebbene, se fino alla riforma del 2006 l'articolo 1 L.fall., prevedeva espressamente l'esonero dei piccoli imprenditori dall'applicazione della disciplina fallimentare, con la novella il riferimento è venuto meno a favore dell'introduzione di soglie di fallibilità che prevedono parametri quantitativi secondo valori assoluti proprio per eliminare l'eccessiva relatività legata al riferimento della norma previgente ai piccoli imprenditore ed al criterio della prevalenza del lavoro proprio o dei componenti della propria famiglia<sup>202</sup>.

Tuttavia, permane nell'ordinamento la previsione di cui all'articolo 2221 c.c. a mente della quale i piccoli imprenditori insolventi non sono soggetti al fallimento o al concordato preventivo. Proprio la mancata abrogazione di questa disposizione ha indotto gli interpreti ad interrogarsi sull'applicabilità o meno della disciplina fallimentare ai piccoli imprenditori che tuttavia superino almeno una delle soglie di cui all'art. 1 L.fall.

Secondo un primo orientamento, largamente condiviso in dottrina, l'unica disposizione rilevante ai fini dell'applicazione delle procedure concorsuali sarebbe proprio l'articolo 1 L.fall., pertanto le soglie dimensionali troverebbero applicazione indifferentemente nei riguardi di qualunque imprenditore commerciale, indipendentemente dal fatto che questi sia piccolo o meno<sup>203</sup>.

Secondo altro orientamento invece, pur non potendosi negare che l'art. 2221 c.c. non sia stato abrogato, si deve concludere che la definizione di piccolo imprenditore debba essere interpretata "filtrandola" attraverso le soglie dimensionali di cui all'art. 1 L.fall.<sup>204</sup>.

Di diverso avviso sono invece coloro<sup>205</sup> che ritengono che l'operatività o meno della disciplina fallimentare non possa dipendere esclusivamente dall'articolo 1 L.fall., non potendosi ignorare

---

<sup>202</sup> Sebbene eminente dottrina, con riferimento all'art. 1 L.fall. previgente mettesse in dubbio il fatto che vi fosse piena rispondenza tra il "piccolo imprenditore" di cui all'art. 2083 e quello indicato nell'ambito della legge fallimentare; cfr. W.BIGIAMI, *La "piccola impresa"*, Milano, 1947, pp. 134 ss.

<sup>203</sup> Ed in questo senso parrebbe propendere la dottrina maggioritaria e per tutti, P.F.CENSONI, in Bonfatti-Censoni, cit., p. 19., seppure l'autore precisa che "non può sfuggire l'irrazionalità della scelta di far dipendere la fallibilità dell'imprenditore (o, se si preferisce, la distinzione tra piccole imprese, sottratte al fallimento, e imprese medio grandi) prevalentemente da criteri quantitativi che nulla hanno a che vedere con le dimensioni dell'organizzazione aziendale (per capitale e lavoro), quali l'ammontare dei ricavi lordi e quello del passivo complessivo; cosicché, ad esempio, l'imprenditore in possesso dei due requisiti di cui alle lett. a) e b), ma non di quest'ultimo potrebbe essere indotto a scendere sotto il limite previsto compiendo pagamenti con mezzi anormali o pagamenti preferenziali o atti di depauperamento del suo patrimonio che sarebbero poi sottratti ai rigori dell'azione revocatoria fallimentare"; secondo F.GALGANO, *Diritto Commerciale - L'imprenditore*, op. cit. p. 60, le soglie dimensionali opererebbero come parametro concreto per definire la dimensione del piccolo imprenditore ai fini della legge fallimentare, proprio come nella formulazione previgente operava il riferimento all'imposta sulla ricchezza mobile che fungeva da parametro per definire i limiti quantitativi di fallibilità dei piccoli imprenditori.

<sup>204</sup> Cfr. G.TERRANOVA, *Cosa resta del piccolo imprenditore*, Dir. Comm., 2010, I, p. 729.

che l'ordinamento preveda tutt'oggi un esonero espresso dall'insolvenza commerciale nei confronti di coloro che rivestono il ruolo di piccoli imprenditori<sup>206</sup>. Peraltro, a questa stregua non si ritiene accoglibile la tesi di coloro che propongono un'interpretazione del piccolo imprenditore difforme rispetto a quella formulata dall'articolo 2083 c.c. Infatti sarebbe irragionevole conferire un significato diverso al medesimo fenomeno (all'articolo 2221 c.c.), laddove nel medesimo corpo normativo una norma si occupi di definirlo espressamente<sup>207</sup>.

Come osservato, poi, è necessario altresì interrogarsi sulla “*dimensione normativa*” del piccolo imprenditore, ovvero sulle sue caratteristiche tipologiche e sulla conciliabilità con la disciplina concorsuale. Anzitutto al piccolo imprenditore non si applicano le disposizioni relative alla tenuta obbligatoria delle scritture contabili ed all'obbligo di iscrizione nel Registro delle Imprese, essendo previsto – a far data dal 1999 – un mero obbligo di iscrizione nella sezione speciale del Registro delle Imprese che assume valore di pubblicità notizia<sup>208</sup>.

Alla luce di ciò questa dottrina si domanda come possa essere conciliabile la disciplina propria del piccolo imprenditore con i numerosi riferimenti alla scritture contabili previsti nella legge fallimentare e con i reati di bancarotta fraudolenta e semplice basati sulla mancata tenuta della documentazione. Inoltre anche l'applicazione dell'articolo 10 L.fall. parrebbe problematica in quest'ottica poiché la cancellazione dal Registro delle Imprese – ai fini del decorso del termine annuale per la dichiarazione di fallimento – finisce con il riconoscere una valore sostanzialmente costitutivo all'iscrizione stessa, laddove, come testé detto, per i piccoli imprenditori l'iscrizione rappresenta solo una forma di pubblicità notizia, non assumendo alcun valore costitutivo.

Più in generale si è evidenziato come la disciplina sul fallimento “*abbia ad oggetto situazioni nelle quali l'organizzazione presenta un valore, giuridico ed economico, del tutto indipendente dalla persona dell'imprenditore e dal suo lavoro, configurandosi in termini di autonomo organismo produttivo: come dimostrano le numerose ipotesi nelle quali l'imprenditore è destinato ad essere sostituito, a seconda dei casi, di titolare dell'attività complessivamente considerata, di gestore dell'azienda e di parte contrattuale, sulla premessa allora che siffatta sostituzione, e la conseguente separazione dell'imprenditore dall'impresa, non comporti il venire meno del valore, e men che meno dell'identità, di quest'ultima*”<sup>209</sup>.

---

<sup>205</sup> Cfr. G.FERRI jr., *ult. op. cit.*, p. 430 che cita alcuni risalenti scritti in materia di P.FERRO LUZZI, *Alla ricerca del piccolo imprenditore*, Giur. Comm., 1980, I, pp. 37 ss.

<sup>206</sup> Questa dottrina pone l'accento anche sui principi della legge delega di cui all'art. 1, comma sesto, l. 14 maggio 2005, n. 80, secondo cui si doveva perseguire la semplificazione della disciplina fallimentare “*attraverso l'estensione dei soggetti esonerati dall'applicabilità dell'istituto*” che sostanzialmente imponeva all'interprete – ed al legislatore delegato – di ridurre il perimetro di applicabilità delle procedure concorsuali tradizionali, non rendendo di conseguenza possibile considerare addirittura un'estensione del perimetro della fallibilità a coloro che prima della riforma ne fossero esonerati. Così G.FERRI jr., *ult. op. cit.*, p. 431

<sup>207</sup> Ciò appare ancora più irragionevole qualora poi si volesse interpretare questo fenomeno alla luce di disposizione proprie delle legge speciali che abrogherebbero di fatto la disciplina codicistica.

<sup>208</sup> Tale obbligo è stato istituito con il d.P.R. 14 dicembre 1999, n. 558, mentre il fatto che l'iscrizione alla sezione del Registro delle Imprese assuma il valore di pubblicità notizia è espressamente indicato all'art. 8, comma quinto, L. 29 dicembre 1993, n. 580

<sup>209</sup> Cit. G.FERRI jr., *ult. op. cit.*, p. 434 ss.; in senso conforme P.FERRO-LUZZI, *ult. op. cit.*, p. 49; P.SPADA, *Diritto Commerciale*, Vol. I, *Parte generale, Storia, Lessico*, Istituti, II ed., Padova, 2009, p. 75;

In definitiva, il giudice in sede di ammissibilità nel concordato preventivo, ovvero di istruttoria prefallimentare, dovrà accertare la sussistenza dei requisiti propri del piccolo imprenditore, quale in particolare l'elemento qualitativo della prevalenza del lavoro proprio (o dei propri familiari) rispetto all'organizzazione, ovvero laddove il risultato dell'attività d'impresa finisca con l'assumere un carattere prevalentemente personalistico<sup>210</sup>. L'onere di dimostrare tale prevalenza (e dunque la qualità di piccolo imprenditore) grava sul debitore che avrà il non agevole compito di dimostrare la prevalenza del carattere personalistico sulla produzione. Seguendo questa linea interpretativa una volta dimostrata la sussistenza del fattore della prevalenza a nulla rileverebbe il fatto che l'imprenditore abbia superato una o più soglie di fallibilità, poiché sarebbe comunque esonerato dalla disciplina fallimentare e potrebbe dunque avvalersi della disciplina sul sovraindebitamento.

Di talché si può ricavare come l'ordinamento abbia generato due diverse *species* di imprese commerciali non fallibili: le "imprese piccole" dovendosi intendere con esse tutte le imprese che non raggiungano le soglie di fallibilità ed i "piccoli imprenditori" che rappresentano una categoria tipizzata e che – una volta dimostrata la sussistenza del requisito della prevalenza – possono essere esclusi *tout court* dalla disciplina sull'insolvenza commerciale (divenendo così assoggettabili alla legge n. 3).

### **2.1.7 Presupposti soggettivi: altri casi**

Soffermandosi poi sul dato letterale non si potrebbe escludere l'applicabilità delle procedure di composizione della crisi da sovraindebitamento anche agli enti pubblici, considerato che non si replica l'esclusione espressa di cui agli articoli 2221 c.c. e 1 L.fall.<sup>211</sup>

Questa disciplina non parrebbe, tuttavia, rispondere alle esigenze di questi soggetti, attesa la finalità non lucrativa degli enti pubblici e le implicazioni sociali di una loro crisi. In altre parole, la struttura di questo strumento difficilmente potrebbe rispondere alla crisi di questo soggetto atteso peraltro che – seppure in maniera piuttosto frastagliata – vi sono altre disposizioni che consentono di applicare ad enti pubblici procedure speciali di risanamento<sup>212</sup>.

La disciplina del sovraindebitamento parrebbe applicabile anche agli imprenditori che siano stati cancellati dal registro delle imprese da oltre un anno e che dunque non siano più fallibili ai sensi dell'art. 10, primo comma, L.fall. Costoro non sono più assoggettabili (nemmeno in astratto) alla disciplina dell'insolvenza commerciale<sup>213</sup>.

---

<sup>210</sup> Per approfondimenti si veda G.FERRI, *Manuale di diritto commerciale*, XIII ed., a cura di Angelici e G.B.Ferri, Torino, 2010, pp. 43 ss.; B.LIBONATI, *Corso di diritto commerciale*, Milano, 2009, pp. 11 ss.; F.GALGANO, *ult. op. cit.*, pp.55 ss.

<sup>211</sup> Peculiare è invece la figura delle c.d. società *in house*, ovvero le società strumentali all'esercizio dell'attività degli enti pubblici, delle quali questi sono soci totalitari o maggioritari. Sul punto si tornerà nel successivo capitolo 3.

<sup>212</sup> Cfr. Testo Unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali, approvato con il decreto legislativo 18 agosto 2000 n. 267 che comprende, tra l'altro, tutta la legislazione in materia di deficit e di dissesto finanziario ed alla quale, di recente si è aggiunta la disciplina, introdotta dal decreto-legge 10 ottobre 2012, n. 174; cfr. per approfondimenti cfr. G. VERDE, *Lo squilibrio degli enti locali*, [www.finanzalocale.interno.it](http://www.finanzalocale.interno.it)

<sup>213</sup> A. MAFFEI ALBERTI, *ult. op. cit.*, p.2031

Anche le società *start up innovative*, come descritte dall'art. 25 del decreto legge 18 ottobre 2012, n. 179 (convertito con modificazioni dalla legge 17 dicembre 2012, n. 221) beneficiano della possibilità di accedere al sovraindebitamento essendo espressamente preclusa l'applicabilità della disciplina sull'insolvenza commerciale nei primi tre anni dalla loro costituzione o dall'acquisizione di tale status.

Da ultimo, della legge n. 3/2012 può avvalersi il consumatore, la cui definizione<sup>214</sup> è stata sostanzialmente mutuata dall'omologa definizione prevista dall'art. 3, primo comma, lett. a), D.lgs. 6 settembre 2005, n. 206 (c.d. Codice del consumo)<sup>215</sup>. Deve trattarsi di una persona fisica che abbia contratto obbligazioni esclusivamente per scopi estranei all'attività professionale od imprenditoriale eventualmente svolta. Dunque, qualora il debitore abbia una massa passiva composita, potrà avanzare esclusivamente una proposta ai sensi dell'art. 10 ss., L.sov.<sup>216</sup>

Particolare è anche il caso del fideiussore del debitore sovraindebitato o insolvente, il quale al ricorrere dei presupposti di ammissibilità, potrà accedere alle procedure di sovraindebitamento, purtuttavia con la medesima veste (professionista/imprenditore o consumatore) del debitore principale come ormai pacificamente affermato dalla Suprema Corte<sup>217</sup>.

Tale tesi, seppure criticata da eminente dottrina<sup>218</sup>, viene espressamente a fondarsi sulla regola di accessorietà del rapporto di garanzia che connota, tra le altre, la figura della fideiussione: *accessorium sequitur principale*, insomma.

---

<sup>214</sup> Ai sensi dell'art. 6 L.sov, comma II, b), è consumatore “*il debitore persona fisica che ha assunto obbligazioni esclusivamente per scopi estranei all'attività imprenditoriale o professionale eventualmente svolta*”.

<sup>215</sup> L'art. 3, primo comma, lett. a), D.lgs n. 206/2005, definisce il consumatore o utente come “*la persona fisica che agisce per scopi estranei all'attività imprenditoriale, commerciale, artigianale o professionale eventualmente svolta*”. Il legislatore domestico nel declinare questa figura ha tratto spunto dalle indicazioni in sede comunitari che sono state sostanzialmente confermate con la riforma del sovraindebitamento, dove la definizione di cui all'art. 6, comma secondo, lett. b), L.sov. risulta del tutto affine a quella del codice del consumo un concetto di consumatore più ampio di cui è parte quello indicato all'art. 6 L.sov. Sebbene l'ambito di applicazione del “consumatore” di cui al D.lgs. 206/2005 appare più ampio rispetto a quello della legge n. 3/2012, poiché il riferimento all'agire del primo comprende, pur non essendo limitato a, l'assunzione di obbligazioni che connota il secondo.

<sup>216</sup> A tal proposito una recentissima pronuncia della Suprema Corte in materia ha chiarito come “*Le obbligazioni assunte esclusivamente per scopi estranei all'attività d'impresa o professionale, a propria volta, costituiscono un limite relativo: pur prestandosi l'impianto ad una lettura non univoca, ai fini della legge n. 3 del 2012 consumatore potrebbe infatti in astratto anche essere un imprenditore [...]*” infatti, prosegue il Collegio, “*anche i debiti d'impresa o relativi allo svolgimento delle professioni bene potrebbero essere stati assunti, ai fini qui considerati, ciò che rileva non essendo tanto la loro contrazione (od oggettiva insorgenza) quale fatto storico in sé, occorrendo piuttosto che essi non siano sopravvissuti al momento della prospettazione della predetta qualità personale in funzione ristrutturativa del passivo ai sensi della legge n. 3 del 2012*”. In merito ai criteri di individuazione di colui che possa svolgere il ruolo di consumatore ai sensi della legge n. 3 la Corte ha affermato che “*la prescritta destinazione dei debiti a scopi estranei rispetto all'attività d'impresa o di professione, precisata in negativo (e solo “eventualmente svolta”, cioè con riguardo al passato), permetta allora di rinvenire la compatibilità innanzitutto con il consumatore sovraindebitato che non sia o non sia mai stato né imprenditore né professionista, con chi lo sia stato e però non lo sia tuttora ovvero con chi lo sia tuttora – nell'accezione dimensionale interna ai requisiti di accesso più generali di cui alla l. n. 3 del 2012 – ma non annoveri più tra i debiti attuali quelli un tempo contratti in funzione di sostentamento ad una di quelle attività*”; Così Cass. n. 1869/2016, [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it).

<sup>217</sup> Tesi c.d. del professionista «di riflesso»; cfr. Cass. 11 gennaio 2001, n. 314; Cass. 6 ottobre 2010, n. 19484; e, da ultimo, Cass. 29 novembre 2011, n. 25212, reperibili su [www.dejure.it](http://www.dejure.it).

<sup>218</sup> Per tutti A.A.DOLMETTA, *Il fideiussore può anche essere consumatore*, [www.dirittobancario.it](http://www.dirittobancario.it); in senso anche ABF Milano con la decisione n. 4109/2013, [www.aribitrobancariofinanziario.it](http://www.aribitrobancariofinanziario.it).

Occorre tuttavia sottolineare come, di recente, anche il Giudice di legittimità parrebbe avere posto sostanzialmente in discussione la teoria del “professionista di riflesso” nell’ambito del sovraindebitamento, affermando – più in generale - che la definizione di consumatore nell’ambito della procedura di sovraindebitamento *“enfaticamente finalizza la finalizzazione delle obbligazioni e tuttavia, nonostante la sintesi della formula, consente di istituire un ulteriore collegamento implicito ancora negativo tra il debitore e lo svolgimento in proprio delle predette attività, lasciando unicamente aperta la ricognizione della figura del consumatore, dunque la sua compatibilità rispetto al soggetto, anche professionista o imprenditore indebitato per attività altrui, per le quali sia escluso un qualsivoglia rimando al perseguimento di operazioni che rivelino, oltre lo schema di sostegno solidaristico a terzi, un impiego del rischio così assunto in una dimensione partecipativa, per il comune interesse d’impresa o anche all’attività professionale”*<sup>219</sup>.

Rispetto alle argomentazioni proposte dal Supremo Collegio, chi scrive ritiene senz’altro condivisibile il fatto che la presenza di obbligazioni derivanti dall’esercizio di una attività professionale debba essere valutata caso per caso e non possa operare in astratto (*i.e.* non rileva ai fini dell’attribuzione della qualifica di consumatore il fatto, in sé, che il soggetto svolga o abbia svolto attività professionale o d’impresa, bensì la consistenza delle obbligazioni attuali oggetto di ristrutturazione). Ciò che invece non convince affatto è l’argomentazione secondo cui al giudice di merito spetterebbe un potere decisorio così discrezionale (sempre ai fini dell’attribuzione della qualifica più favorevole) connesso alla qualificazione dell’obbligazione con parametri anche diversi rispetto all’attività professionale svolta a titolo proprio (ovvero altrui nel caso del fideiussore); da ciò dipendendo addirittura la classificazione stessa del tipo di indebitamento contratto dal debitore e la conseguente procedura da instaurare.

Ebbene chi scrive ritiene questa impostazione non del tutto rispettosa del carattere letterale della norma di cui all’articolo 6, comma secondo, lett. b), L.sov., soprattutto in relazione alla portata (assai netta) della locuzione *“esclusivamente”* ivi contenuta. Inoltre, preme evidenziare come il sostegno (in termini economico – giuridici) prestato ad un terzo nello svolgimento della propria attività d’impresa, debba essere qualificato come una obiettiva assunzione del rischio sostenuto dal debitore principale, ancorché non si qualifichi con una forma di partecipazione diretta nell’impresa (es. il caso della fideiussione). Di tale elemento obiettivo non si può non tenere conto nella valutazione della composizione dell’indebitamento del soggetto insolvente. Diversamente opinando si finirebbe per incorrere nell’errore (come, ad avviso di chi scrive, è incorsa la Suprema Corte) di dare rilievo ai motivi che hanno mosso il debitore a sostenere una attività professionale o imprenditoriale, perdendo di vista proprio il fatto che di attività professionale comunque si tratti<sup>220</sup>.

---

<sup>219</sup> Cit. Cass. n. 1869/2016, [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it); tra i primi giudici di merito che si sono occupati della questione si segnala Trib. Pistoia 27.12.2013, che, anticipando in parte le argomentazioni della Suprema Corte ha affermato che *“Il piano del consumatore è omologabile anche se l’indebitamento globale è costituito principalmente da debiti contratti per sostenere l’attività professionale di un terzo. [...]”*; così nota di P.F.MARCUCCI, [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it).

<sup>220</sup> In senso conforme cfr. Trib. Monza 2.4.2014, [www.dejure.it](http://www.dejure.it).

Di talché il fideiussore di un soggetto che svolge attività imprenditoriale – indipendentemente dalle ragioni per le quali viene concessa la garanzia personale (es. rapporto di parentela) - non potrebbe avvalersi dello *status* di consumatore ai fini che qui interessano.

Si intuisce sin d'ora come tale distinzione non sia di poco momento, poiché al consumatore è consentito accedere ad ognuna delle tre procedure previste dalla legge n. 3/2012 ed in particolare al più favorevole piano del consumatore, mentre agli altri debitori civili, parrebbe invece applicarsi la sola proposta del debitore di cui all'art. 10 ss., L.sov.<sup>221</sup> (oltre naturalmente alla procedura liquidatoria).

## **2.2 PRESUPPOSTI OGGETTIVI PER L'ACCESSO ALLE PROCEDURE DI SOVRAINDEBITAMENTO**

Sotto il profilo oggettivo, invece, l'art. 6, comma secondo, lett. a), legge n. 3/2012, lo stato sovraindebitamento<sup>222</sup> oggi è definito 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”*.

L'analisi del presupposto oggettivo non può prescindere da una considerazione di fondo che balza all'attenzione del lettore ad una prima lettura della norma in oggetto; la complessità del fenomeno del sovraindebitamento è dovuta precipuamente all'eterogeneità che ha portato il legislatore a contemperare e sintetizzare esigenze di soggetti così diversi in un unico contesto normativo.

La novella dell'ottobre 2012 ha lasciato inalterato il concetto di squilibrio economico tra *“obbligazioni assunte”* e *“patrimonio prontamente liquidabile”*, con la precisazione che lo squilibrio deve essere perdurante nel tempo e deve determinare una rilevante difficoltà nell'adempimento delle obbligazioni da parte del debitore<sup>223</sup>.

Orbene, il concetto di *“patrimonio prontamente liquidabile”* crea non pochi dubbi all'interprete, riferibili anzitutto all'individuazione della porzione stessa del patrimonio del debitore che debba essere presa in considerazione ai fini della definizione del rapporto con le obbligazioni assunte.

Ci si domanda in sostanza quale sia la porzione del patrimonio del debitore da prendere in considerazione; ovvero se tra i beni del debitore prontamente liquidabili debbano essere inclusi

---

<sup>221</sup> Infatti, la procedura liquidatoria parrebbe applicabile ai soli consumatori essendo molteplici i riferimenti al solo debitore persona fisica nell'ambito di questo istituto (es. art. 14 ter comma terzo).

<sup>222</sup> In campo economico si è osservato come la definizione di sovraindebitamento non sia univoca *“in quanto i confini tra indebitamento e sovraindebitamento non sono sempre di facile demarcazione e pertanto torna utile definirlo come “ogni situazione di indebitamento (inteso in senso lato, comprendendo sia passività finanziarie, sia obbligazioni di pagamento di altra natura) insostituibile in relazione al livello di reddito ed alle integrazioni eventualmente possibili, dalla ragionevole liquidazione del patrimonio disponibile”*. Cit. G.BRESCIA – F.CALDIERO – S.DAMIANI – G.GIOIA, *La composizione della crisi da sovraindebitamento*, Rimini, 2013, pp. 37 ss.

<sup>223</sup> Ciò a testimoniare la volontà del legislatore di porre un filtro al rischio di abuso dello strumento di composizione della crisi da sovraindebitamento.

solo quelli “agevolmente monetizzabili”<sup>224</sup> e quale sia il parametro che, nel caso concreto, possa definire la liquidabilità o meno di un *asset*<sup>225</sup>.

Parrebbe quasi che il legislatore non abbia voluto riferirsi allo squilibrio patrimoniale come tradizionalmente inteso nell’ambito dell’insolvenza, ovvero la prevalenza del passivo sull’attivo, poiché l’aver qualificato il patrimonio come “prontamente liquidabile”<sup>226</sup> è sintomatico del fatto che l’attivo rilevante ai fini della disciplina sul sovraindebitamento si riferisca ai soli beni con attitudine ad essere dismessi in un breve arco di tempo.

Tale definizione, secondo alcuni interpreti, circoscriverebbe l’attivo rilevante ai beni espropriabili e non anche all’insieme di valori economici e dei fattori della produzione tipici del fenomeno imprenditoriale<sup>227</sup>, giustificando di conseguenza una lettura sostanzialmente statica del presupposto oggettivo dell’insolvenza civile.

Se ciò appare comprensibile proprio per l’ampiezza della portata della disciplina sul sovraindebitamento, ad una più attenta analisi non si può però fare a meno di notare come questa opzione sia foriera di distorsioni applicative di non poco momento.

Infatti si rischierebbe di scadere nel paradosso per cui proprio coloro che non possiedono alcun bene od altra utilità prontamente liquidabili (ed espropriabili) non potrebbero nemmeno accedere agli strumenti di composizione della crisi da sovraindebitamento. Insomma sarebbero esclusi proprio quei debitori civili che da questo istituto potrebbero trarne maggiori benefici.

Di talché questa linea interpretativa non appare pienamente condivisibile, poiché si deve rilevare come proprio chi detenga rilevanti beni immobilizzati o comunque non facilmente liquidabili, avrebbe interesse ad avvalersi delle procedure di composizione della crisi, mentre, d’altra parte, coloro che detenessero beni rapidamente commerciabili, verosimilmente perseguirebbero (probabilmente con successo) più volentieri soluzioni stragiudiziali e meno invasive (anche sotto il profilo reputazionale) con i propri creditori (magari sotto il cappello protettivo di cui all’art. 67, comma terzo, lett. d), L.fall.).

Altra parte della dottrina individua nel concetto di patrimonio prontamente liquidabile non già una componente del presupposto di ammissibilità della procedura, bensì una caratteristica funzionale propria del piano che deve essere proposto dal debitore<sup>228</sup>. Tuttavia nemmeno questa tesi convince pienamente, poiché il carattere letterale della disposizione non pare consentire

---

<sup>224</sup> Cfr. G.LO CASCIO, *La procedura di composizione delle crisi da sovraindebitamento*, Fall. n. 9/2012, p. 1036. I primi commentatori si sono domandati se debbano essere esclusi dal “patrimonio prontamente liquidabile” i beni indivisibili e le *res litigiosae*, oppure anche i cespiti necessari al sostentamento del debitore.

<sup>225</sup> Cfr. L.MODICA, *Profili giuridici del sovraindebitamento*, Napoli, 2012, p. 351.

<sup>226</sup> Ad ogni buon conto, con questa precisazione il legislatore della riforma, quantomeno in linea astratta, ha posto una deroga al principio dell’universalità oggettiva, ovvero dal vincolo espropriativo che la procedura concorsuale sancisce su tutto il patrimonio del debitore come declinata all’art. 42, primo comma, L.fall. ed all’art. 2740 c.c.; per approfondimenti si veda P.F.CENSONI, in Bonfatti-Censoni, cit., pp. 3 ss.

<sup>227</sup> V.DE SENSI, *La nuova disciplina sulla crisi da sovraindebitamento: dubbi sulla sua natura concorsuale*, op. cit., pp. 642 ss.

<sup>228</sup> Cfr. V.DE SENSI, *ult. op. cit.*, pp. 644 ss.

deroghe al fatto che il parametro del patrimonio prontamente liquidabile sia uno dei cardini su cui si fonda il presupposto oggettivo di ammissibilità al sovraindebitamento.

Appare più persuasiva la terza ipotesi ricostruttiva avanzata da certa altra dottrina<sup>229</sup> che attribuisce al concetto di “patrimonio prontamente liquidabile” valenza non in quanto fattore da essere analizzato di per sé, bensì nel rapporto con le obbligazioni assunte. Di talché, il patrimonio prontamente liquidabile sarebbe quella porzione di patrimonio necessaria a soddisfare in maniera regolare le obbligazioni assunte dal debitore. Se tale quota del patrimonio risultasse incapiante allora sussisterebbe lo stato di sovraindebitamento.

Da questo assunto si ricava pertanto che la componente patrimoniale non potrebbe trovare una propria consistenza in termini astratti ed assoluti ma dovrebbe essere valutata caso per caso rispetto alle passività assunte dal debitore.

Si è detto in precedenza che il sovraindebitamento vive di una logica statica da ricercarsi nello squilibrio economico – patrimoniale che determina la difficoltà o financo l’incapacità del debitore ad adempiere alle proprie obbligazioni ai sensi del primo periodo dell’art. 6, comma secondo, lett. a) L.sov.

Infatti, la differenza più marcata per taluni<sup>230</sup> tra sovraindebitamento ed insolvenza commerciale si fonda proprio sul rapporto tra patrimonio e indebitamento proprio del sovraindebitamento, mentre l’insolvenza rifugge dall’ottica dello squilibrio patrimoniale per concentrarsi maggiormente sulla componente reddituale e finanziaria legata alla (il)liquidità del debitore<sup>231</sup>.

In realtà, i confini tra insolvenza e sovraindebitamento appaiono, ad una più attenta analisi assai più sfumati: da un lato infatti la componente reddituale (anche futura) deve essere tenuta in considerazione anche nell’accertamento dello stato di sovraindebitamento, soprattutto con riguardo ai fenomeni imprenditoriali e professionali cui la disciplina si applica<sup>232</sup>.

D’altra parte è necessario sottolineare come, secondo un diverso orientamento condiviso da chi scrive, sia proprio la componente finanziaria a prevalere nella definizione del concetto di sovraindebitamento; infatti le “*obbligazioni assunte*”, fungendo da parametro per determinare il “*patrimonio prontamente liquidabile*”, dimostrano quanto in realtà non sia tanto la logica dello

---

<sup>229</sup> A.M.LEOZAPPA, *Il sovraindebitamento del debitore fallibile, delle società professionali e degli enti pubblici*, op. cit., pp. 574 ss.

<sup>230</sup> Cfr. G.LO CASCIO, *La procedura di composizione delle crisi da sovraindebitamento*, cit., p. 1036; M.FABIANI “*La gestione del sovraindebitamento del debitore “non fallibile” (d.l. 212/2011)*”, cit., che esprimendosi in senso critico verso il legislatore dubita che questa disciplina possa essere efficace nei confronti degli imprenditori.

<sup>231</sup> A meno che non si abbia riguardo delle imprese già inattive per le quali, secondo la giurisprudenza prevalente l’insolvenza può essere accertata mediante la valutazione dell’incapacità dell’attivo rispetto ai debiti assunti; Cfr. Cass. n. 21834/2009, Fall., 2009, pp. 1384 ss.; Cass. n. 19141/2006, Foro It., 2007, I, p. 1531, con nota di M.FABIANI; Cass. n. 6170/2003, www.dejure.it.

<sup>232</sup> Secondo eminente dottrina il reddito futuro è strumento di adempimento del piano ai sensi dell’art. 8, comma secondo L.sov., ma non incide sull’esistenza della situazione di sovraindebitamento; cfr. A.MAFFEI ALBERTI, *ult. op. cit.*, p. 2032; questa opzione, come detto, non consente di valorizzare l’elemento dei ricavi futuri, particolarmente rilevanti in ambito commerciale e professionale, non potendo essere, ricompresi nel concetto di patrimonio prontamente liquidabile. Di talché l’elemento reddituale dell’impresa non assumerebbe valore nell’accertamento dello stato di sovraindebitamento rischiando addirittura di escludere taluni soggetti dai benefici offerti da queste procedure.

squilibrio patrimoniale a determinare lo stato di sovraindebitamento, quanto invece l'eccessivo indebitamento raggiunto.

In tale guisa lo squilibrio patrimoniale è determinato proprio dall'indebitamento finanziario raggiunto e la variazione negativa della componente patrimoniale, di per sé, può risultare anche irrilevante ai fini della determinazione dello stato di sovraindebitamento. Infatti un soggetto può sovraindebitarsi anche senza alcun deterioramento della componente statica del proprio patrimonio, ma, semplicemente raggiungendo un livello tale di indebitamento finanziario da non consentire al debitore di adempiere regolarmente con il proprio patrimonio (prontamente liquidabile) alle obbligazioni assunte.

Questa lettura della norma ha il merito di avvicinare in maniera sostanziale il concetto di sovraindebitamento a quello di insolvenza e di stato di crisi, tenendo nella giusta considerazione – ai fini del suo accertamento – e la componente patrimoniale e quella reddituale.

La seconda parte dell'art. 6, comma secondo, lett. a) L.sov. introduce invece la nozione di *“rilevante difficoltà di adempiere le proprie obbligazioni ovvero la definitiva incapacità di adempierle regolarmente”* che appunto riecheggia da un lato lo stato di crisi e da un altro quello di insolvenza di cui all'art. 5 L.fall.<sup>233</sup>

Di talché il sovraindebitamento è suddivisibile in due categorie, quello reversibile, coincidente con la *“rilevante difficoltà di adempiere”* alle obbligazioni<sup>234</sup> assunte e quello definitivo, ricavabile dalla definitiva incapacità di adempiere che può essere sanato solo con l'ordinata liquidazione del patrimonio del debitore<sup>235</sup>.

Mentre nel primo caso il sovraindebitamento reversibile potrebbe astrattamente affliggere ogni debitore civile, la definitiva incapacità di adempiere parrebbe invece ricorrere in relazione ai soli debitori civili ricompresi nell'ambito di fenomeni economici, imprenditoriali o professionali, essendo strutturalmente affine alla definizione di insolvenza commerciale cui all'art. 5 L.fall. La definitiva incapacità di soddisfare regolarmente le obbligazioni contratte parrebbe conformarsi meno alle esigenze del consumatore proprio perché l'elemento della definitività non risulta conciliabile con un soggetto che è destinato, in ogni caso, a proseguire la propria azione sul mercato non potendo essere trattato alla stregua di un'entità giuridica.

Il sovraindebitamento reversibile appare più ampio e sfumato, trovando una forte correlazione con lo stato di crisi come descritto nell'ambito dell'insolvenza commerciale. Seguendo infatti un noto arresto della Suprema Corte per stato di crisi deve intendersi *“uno stato di difficoltà*

---

<sup>233</sup> Cfr. D.GALLETTI, *Commentario alla legge fallimentare*, a cura di Cavallini, Vol. I, Milano, 2012, pp. 77 ss.

<sup>234</sup> A tal proposito si segnala per alcuni autori la *“rilevante difficoltà di adempiere”* riecheggia il presupposto oggettivo dell'amministrazione controllata (i.e. la *“temporanea difficoltà di adempiere le proprie obbligazioni”*); cfr. D.VATTERMOLI, *La procedura di liquidazione del patrimonio del debitore alla luce del diritto «oggettivamente» concorsuale*, op. cit., p. 771.

<sup>235</sup> A questi dovrà essere consentito di esdebitarsi pagando i propri debiti con i beni disponibili (esclusi quelli necessari al sostentamento proprio e della propria famiglia) e con i redditi futuri (o con l'aiuto di terzi), ciò al fine di poter acquisire (anche gradualmente) di nuovo una piena libertà di azione sul mercato.

*economico-finanziaria non necessariamente destinato ad evolversi nella definitiva impossibilità di adempiere regolarmente alle proprie obbligazioni*<sup>236</sup>, di talché appare evidente come il concetto di sovraindebitamento reversibile rientri a pieno titolo nel concetto di insolvenza inserendosi in un rapporto di genere (*i.e.* stato di crisi) a specie (*i.e.* sovraindebitamento reversibile).

Anche in questo caso la soglia minima che determina lo stato di sovraindebitamento reversibile parrebbe essere quella dell'illiquidità che possa rilevare in misura tale da produrre una temporanea difficoltà ad adempiere che dovrà essere dimostrata dal debitore - ricorrente caso per caso<sup>237</sup>.

Mentre nel secondo deve ricorrere la definitiva incapacità di adempiere regolarmente alle proprie obbligazioni, alla stregua di quanto accade per l'accertamento dell'insolvenza a sensi dell'art. 5 L.fall.

Infine, l'avverbio "regolarmente" impone di distinguere tra debitore civile, per il quale è necessario riferirsi alla esattezza e tempestività nell'adempimento delle obbligazioni assunte, ed il debitore - imprenditore che soddisfa regolarmente le proprie obbligazioni quando adempie con i mezzi tipici della gestione caratteristica<sup>238</sup>.

In conclusione, la definizione di sovraindebitamento, da un lato si fonda su di uno squilibrio che tuttavia non è quello tra il patrimonio detenuto e i debiti assunti, bensì tra i debiti assunti che non possono essere coperti da quella porzione del patrimonio del debitore la cui liquidazione consentirebbe il regolare adempimento delle obbligazioni. Da questa interpretazione si vede che in realtà anche nel sovraindebitamento – e non solo nell'insolvenza – la componente reddituale e finanziaria risulti preponderante.

Ciò che appare inoltre chiaro è che l'ordinamento concorsuale "*ha cessato di appartenere al novero dei modelli dualistici puri ed è divenuto – sulla scia di altri ordinamenti – un modello dualistico misto*"<sup>239</sup> dove si ravvisa una bipartizione tra procedure concorsuali tradizionali e procedure concorsuali per la gestione dell'insolvenza civile e relativi presupposti di accesso.

---

<sup>236</sup> Cfr. Cass. n. 18437/2010, [www.dejure.it](http://www.dejure.it); e tra i provvedimenti dei giudici di merito, per tutti, Trib. Modena 16.10.2009, Fall., 2010, p. 121; App. Milano, 12.10.2006; Fall., 2007, p. 32; Trib. Palermo 17.2.2006, Fall. 2007, p. 32.

<sup>237</sup> P.F.CENSONI, *il "nuovo" concordato preventivo*, Giur. Comm., 2005, I, pp. 723 ss.

<sup>238</sup> Cfr. A.MAFFEI ALBERTI; *Commentario breve alla legge fallimentare*, cit., p.2032. Sul concetto di regolarità nell'adempimento nell'ambito dell'insolvenza commerciale si possono distinguere tre orientamenti distinti, un primo che si riferisce all'esatto adempimento delle obbligazione ed al valore sintomatico che uno o più inadempimenti ricoprono (unitamente ad altri elementi) nell'accertamento dell'insolvenza, cfr. P.F.CENSONI in Bonfatti - Censoni, *Lineamenti di diritto fallimentare*, cit., p. 14; un secondo orientamento identifica il regolare adempimento con l'adempimento effettuato impiegando mezzi tratti dall'ordinario esercizio dell'attività d'impresa, cfr. U.AZZOLINA, *Fallimento e altre procedure concorsuali*, Trattato diretto da Fauceglia e Panzani, Torino 2009, vol. I, p. 284; un terzo fa coincidere il concetto di regolarità con l'idoneità del patrimonio del debitore al soddisfacimento del ceto creditorio A.BONSIGNORI, *Il Fallimento*, in Galgano Tratt. Dir. Comm. e Pubblico dell'Eco., Padova, 1998, pp. 149 ss.; A.NIGRO – D.VATTERMOLI, *Diritto della crisi delle imprese*, Bologna 2009, p. 68.

<sup>239</sup> Cit. D.VATTERMOLI, *ult. op.cit.*, p. 772 che prosegue affermando che il modello dualistico misto "*è connotato dalla compresenza di due sottosistemi nettamente diversi, ma rigorosamente complementari: il sottosistema delle procedure concorsuali tradizionali, che ha come referente soggettivo l'area, in sé compatta, degli imprenditori commerciali di non*

## 2.3 LE PROCEDURE DI COMPOSIZIONE DELLE CRISI DA SOVRAINDEBITAMENTO

### 2.3.1 la natura delle procedure di sovraindebitamento: l'accordo del debitore

Prima di descrivere sommariamente la struttura delle tre procedure di composizione delle crisi da sovraindebitamento, occorre interrogarsi sulla natura di questi strumenti.

In particolare ci si domanda se possano essere considerate o meno procedure concorsuali; come visto nel capitolo precedente (§ 1.8) gli strumenti concorsuali devono presentare alcuni requisiti minimi comuni, propri delle procedure espressamente riconosciute come tali dall'ordinamento, ovvero il fallimento, il concordato preventivo, l'amministrazione straordinaria e la liquidazione coatta amministrativa<sup>240</sup>.

Come detto, le procedure concorsuali costituiscono anzitutto la modalità privilegiata di attuazione e tutela della *par condicio creditorum*, ovvero lo strumento processuale attraverso il quale tutti i creditori di un determinato soggetto (ad una certa data) possono essere soddisfatti in egual misura sui beni di questi, secondo il rispettivo ordine di preferenza accordato dalla legge.

Ebbene, se il cardine della concorsualità risiede nell'ordinato soddisfacimento di una collettività di creditori di un determinato soggetto insolvente, si comprende come i tratti peculiari di una siffatta procedura attengano prima di tutto all'accertamento del passivo e dell'attivo ed alle modalità di ripartizione di quanto ottenuto dalla liquidazione dell'attivo tra i creditori.

A tali fini la procedura concorsuale deve presentare alcuni tratti peculiari quali, *inter alia*, (i) un più o meno pervasivo sistema di segregazione del patrimonio del debitore tale da impedire che il patrimonio del debitore possa essere aggredito mediante azioni esecutive o cautelari dopo l'apertura della procedura, (ii) un momento preciso (da individuarsi con la data di apertura della procedura) da cui i rapporti debitori debbano ritenersi cristallizzati anche questo coincidente con l'apertura della procedura, (iii) una disciplina afferente al trattamento dei rapporti in corso di esecuzione la cui prosecuzione potrebbe incidere direttamente sulla consistenza dell'attivo ed (iii) un impianto revocatorio tale da consentire di ripristinare all'attivo del debitore quanto restituito a terzi creditori in violazione del principio della *par condicio*.

Queste circostanze ricorrono tutte nell'ambito del fallimento, mentre nei fenomeni concorsuali ancillari questi elementi ricorrono solo in parte (es. nel concordato preventivo), oppure ricorrono con sfumature differenti (es. nell'amministrazione straordinaria).

---

*piccole dimensioni e il sottosistema dei procedimenti di composizione o soluzione del sovraindebitamento, che ha come referente soggettivo l'area di tutti i soggetti diversi dagli imprenditori commerciali di non piccole dimensioni; un'area quest'ultima, composita e frastagliata, che va dal consumatore al piccolo imprenditore, dall'imprenditore agricolo al professionista intellettuale, dalle persone fisiche alle società, associazioni, fondazioni ecc."*

<sup>240</sup> Seppure non si può fare a meno di notare che il legislatore abbia voluto introdurre il seme della concorsualità anche negli accordi di ristrutturazione dei debiti con il nuovo art. 182 septies L.fall. per approfondimenti cfr. L.VAROTTI, *Appunti veloci sulla riforma della legge fallimentare 2015 – II parte*, [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it); F.LAMANNA, *La miniriforma (anche) concorsuale secondo il decreto "contendibilità e soluzioni finanziarie" n. 8372015 – Parte IV: le nuove figure di dell'"accordi di ristrutturazione con intermediari finanziari" e della "convenzione di moratoria"*, [www.ilfallimentarista.it](http://www.ilfallimentarista.it).

Ciò che però non viene mai meno nelle procedure concorsuali è la caratteristica principale dell'ordinato concorso di tutti i creditori nel soddisfacimento delle proprie ragioni, avente ad oggetto l'universalità di beni facenti capo al patrimonio del debitore.

Se quelli ivi definiti possono sommariamente considerarsi i capisaldi della concorsualità allora è il caso di analizzare come questa regola operi rispetto ad ogni singola procedura dettagliata dalla legge n. 3/2012 e se, per gli effetti, anche questi istituti possano definirsi concorsuali.

Già con i primi commenti, la dottrina<sup>241</sup> si è sostanzialmente sbilanciata nel senso di classificare la procedura c.d. "accordo del debitore" di cui all'articolo 10 e ss. L.sov. alla stregua dell'istituto del concordato preventivo, poiché basata sul medesimo principio, laddove la *par condicio creditorum* si esprime anche attraverso la valorizzazione dell'autonomia privata.

In altre parole la struttura di questo istituto è da ricercarsi nella sua natura, ovvero nell'accordo tra le parti, laddove i creditori liberamente ed autonomamente potranno decidere se aderirvi o meno, in maniera del tutto affine rispetto a quanto accade nel concordato preventivo.

Una volta però che l'accordo sia stato raggiunto con una maggioranza qualificata dei detentori del debito del soggetto proponente (*i.e.* almeno il 60% dell'indebitamento complessivo) allora anche i creditori dissenzienti (così come quelli che non si sono espressi entro i termini imposti dalla legge) saranno vincolati dall'accordo che diverrà obbligatorio per tutti ai sensi dell'articolo 12, comma terzo, L.sov.<sup>242</sup>

Dunque la natura concorsuale<sup>243</sup> dell'accordo del debitore risiede nella sua efficacia verso tutti i creditori antecedenti ad esito dell'omologa, così come nella segregazione del patrimonio del debitore disposta dall'art. 10, comma secondo, lett. c) a mente del quale con il decreto di ammissione alla procedura il giudice dispone che non possano essere iniziate o proseguite azioni esecutive o sequestri conservativi sui beni del debitore da parte di creditori aventi titolo o causa anteriore all'apertura della stessa<sup>244</sup>. Ma non mancano nemmeno i riferimenti testuali al concetto

---

<sup>241</sup> Come osservato da attenta dottrina "Ponendo lo sguardo in una visione complessiva, che coglie anche un effetto dell'omologazione, si può sostenere che la finalità del procedimento non è semplicemente quella di consentire l'accordo per sistemare l'indebitamento, ma di conferire ad esso un vincolo ed una forza superiori alla mera vincolatività di cui all'art. 1372 c.c.", cfr. V.DE SENSI, *op. cit.*, p. 639; così anche F.MICHELOTTI, *Osservazioni in tema di procedure di sovraindebitamento di cui alla legge n. 3/2012 e succ. mod ed integr.*, Fall., n. 11/2015, pp. 1224 ss.

<sup>242</sup> Per una prima analisi critica su questa struttura si vedano B.ARMELI, *Giustizia digitale e composizione della crisi da sovraindebitamento: una prima lettura*, [www.ilfallimentarista.it](http://www.ilfallimentarista.it), 21.12.2012; L.PANZANI, *La composizione della crisi da sovraindebitamento dopo il D.L. 179/2012*, 2013, p.4, [www.treccani.it](http://www.treccani.it).

<sup>243</sup> In senso conforme si veda, per tutti, F.DI MARZIO, *Introduzione alle procedure concorsuali in rimedio del sovraindebitamento*, 21.12.2012, [www.ilfallimentarista.it](http://www.ilfallimentarista.it), p. 7, secondo cui "l'esatta qualificazione della fattispecie "accordo di ristrutturazione" del sovraindebitamento come procedura concorsuale anziché (e sulla scorta dell'assimilazione alla figura disciplinata dall'art. 182-bis l.fall.) come contratto sulla crisi d'impresa serve a chiarire che anche in detta procedura – di natura appunto concorsuale – vige la parità di trattamento dei creditori, fatte salve le legittime cause di prelazione (art. 2741 c.c.). L'applicazione della regola della parità di trattamento è determinata dalle condizioni di legittimazione della deliberazione maggioritaria: che in tanto può vincolare anche i dissenzienti in quanto concerne una proposta di soddisfacimento uguale per tutti (o per tutti i creditori racchiusi in una classe omogenea). Questa appare essere la ragione decisiva per affermare la natura di procedura concorsuale deliberativa dell'istituto [...]".

<sup>244</sup> Sotto questa prospettiva risulta interessante valutare la portata del divieto con riguardo al mutuo fondiario, che costituisce una forma di finanziamento peculiare, tipica ed assai diffusa nell'operatività bancaria. Nello specifico,

di procedura concorsuale e di concorso, come all'articolo 7, comma secondo lett. a) o all'articolo 9, comma terzo-quater, L.sov.

Proprio quest'ultima norma fornisce un'ulteriore elemento per considerare l'accordo del debitore una procedura concorsuale, poiché dal deposito della domanda viene disposta la sospensione della maturazione degli interessi legali e convenzionali sui crediti antecedenti del debitori, potendo questi decorrere solo con riguardo ai crediti garantiti da diritti reali. Ebbene questa disposizione è stata mutuata da quanto previsto in materia per il fallimento ai sensi dell'articolo 55, comma primo L.fall.

È ancora il caso di notare poi che il decreto produce effetti nei confronti dei terzi in relazione ai beni immobili o mobili registrati indicati nel piano.

L'affinità di questo strumento con riguardo al concordato preventivo può essere riscontrata anche nel fatto che il debitore rimane in possesso del proprio patrimonio, seppure con l'obbligo di ottenere il consenso – a pena di inefficacia - del giudice al compimento degli atti di straordinaria amministrazione.

Dell'accertamento delle passività si occuperà l'Organismo con il debitore che dovranno redigere un elenco dei creditori con i relativi importi ed eventuali titoli di prelazione da allegare unitamente alla proposta, analogamente a quanto avviene nel concordato preventivo.

Altro dato di rilievo ai fini dell'individuazione della natura dell'accordo del debitore riguarda l'equiparazione del decreto di omologa all'atto di pignoramento. Da ciò deriva anche il parziale spossessamento operato nei confronti del debitori in vista della definitiva espropriazione di alcuni (o tutti) dei suoi beni/redditi.

Una ultima conferma - implicita - circa la natura concorsuale di questi strumenti deriva dalla possibilità di costituire una sotto massa del patrimonio del debitore a soddisfacimento delle esigenze fondamentali della vita del sovraindebitato o della propria famiglia, ai sensi dell'art. 9, comma secondo, L.sov. Tale disposizione mutuata dalla procedura fallimentare, fa intuire che le procedure da sovraindebitamento non siano meri strumenti negoziali, allorché non ne discenderebbe un parziale vincolo di indisponibilità sull'attivo del debitore. Infatti *“un accordo*

---

l'articolo 41, secondo comma del testo unico bancario consente di derogare al divieto di iniziare o proseguire le azioni esecutive nel fallimento sui beni ipotecati a garanzia di finanziamenti fondiari. Di talché ci si potrebbe interrogare sulla eventuale estensione di questa disposizione alle procedure concorsuali in generale (e dunque, come visto, anche a quelle di sovraindebitamento); tuttavia chi scrive ritiene di aderire alla tesi sull'eccezionalità di questa disposizione tale da generare un "privilegio processuale" fruibile esclusivamente in ambito fallimentare e non anche in quello concorsuale *tout court*, dove il divieto di iniziare o proseguire azioni esecutive o concorsuali, pertanto deve considerarsi non derogato nemmeno con riguardo ai crediti fondiari. In questo senso si sono espressi in dottrina S.BONFATTI, *La disciplina dei crediti speciali «nel testo unico in materia bancaria e creditizia»*, Giur. Comm., 1994, I, pp. 1010 ss.; in giurisprudenza Cass. 7.11.1991, n. 11879, Giur. Comm., 1992, I, p. 1279. In generale sulla disciplina del mutuo fondiario e del mutuo fondiario da intendersi come privilegio processuale si veda G.FALCONE, *Protezione del credito bancario e «particolari operazioni di credito»*, Napoli, 2012, pp. 116 ss.; G.FAUCEGLIA, *I contratti bancari*, in Tratt. Dir. Comm., diretto da Buonocore, Torino 2005, pp. 412 ss.

*non potrebbe, ai sensi dell'art. 1322 c.c., avere l'effetto di sottrarre una parte del patrimonio alla relativa garanzia senza una specifica disposizione normativa*<sup>245</sup>.

Per la verità la legge detta anche alcune deroghe al principio della parità di trattamento dei creditori stabilendo che il pagamento dei tributi costituenti risorse proprie dell'Unione Europea, l'imposta sul valore aggiunto e ritenute operate e non versate possa essere esclusivamente oggetto di mera dilazione e questi crediti non possano mai subire una falcidia del proprio valore nominale<sup>246</sup>.

Qualche dubbio sorge con riguardo all'ordine di soddisfacimento dei creditori ed al rispetto delle cause di prelazione ai fini della possibilità di suddividere i creditori in classi; infatti, sebbene da un lato l'art. 7, comma primo, L.sov. specifichi che il piano possa prevedere la suddivisione dei creditori in classi e che i creditori titolari di titolo di prelazione possano non essere soddisfatti integralmente solo *"allorché ne sia 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"*, dall'altro non prevede esplicitamente (così come accade nel concordato preventivo) alcuna preclusione per il debitore che intenda alterare le cause legittime di prelazione all'interno della classe medesima. Inoltre, la legge sul sovraindebitamento non impone che le classi indicate dal debitore vengano composte seguendo il principio dell'omogeneità della natura giuridica dei crediti e degli interessi economici.

Di talché, si sarebbe indotti a ritenere che questa procedura scalfisca proprio uno degli elementi maggiormente qualificanti della regola della *par condicio creditorum*, ovvero il rispetto dell'ordine di soddisfacimento dei creditori secondo le cause legittime di prelazione.

Sotto questo aspetto, di primo acchito, non si può fare a meno di notare una evidente affinità con gli accordi di ristrutturazione dei debiti, laddove nemmeno all'articolo 182 bis L.fall. è preclusa l'alterazione delle cause legittime di prelazione tra gli aderenti all'accordo.

Tuttavia, si tratta di una affinità solo apparente, poiché se questa logica è comprensibile con riferimento ad un istituto tipicamente negoziale quale gli accordi di ristrutturazione che, consentono di operare forme di postergazione relative su base volontaria - che in ogni caso non incidono negativamente sui creditori che non vi abbiano aderito - la stessa appare non solo discutibile, bensì in realtà errata con riguardo ad uno strumento che vincola anche i creditori dissenzienti, producendo un effetto esdebitatorio che potrebbe - unitamente alla falcidia - imporre una forma di subordinazione c.d. involontaria<sup>247</sup> ai creditori dissenzienti.

---

<sup>245</sup> Così V.DE SENSI, *op. cit.*, p. 641 e A.DI MAJO, *Responsabilità e patrimonio*, Torino, 2005, pp. 47 ss.

<sup>246</sup> Sebbene sia solo il caso di ricordare che la stessa dilazione di pagamento rappresenta di fatto una falcidia finanziaria per il debitore.

<sup>247</sup> Giova ricordare che, in termini generalissimi, il concetto di subordinazione attiene al trattamento di un credito che a seguito di una disposizione di legge, del provvedimento dell'organo giurisdizionale o di una pattuizione tra le parti viene postergato rispetto ad altri. Secondo D.VATTERMOLI *Crediti subordinati e concorso tra creditori*, Quad. Giur. Comm., n. 360, 2012, p. 5, nella subordinazione c.d. involontaria *"l'effetto della subordinazione non è voluto dalle parti (debitore e*

Chi scrive ritiene pertanto di aderire a quanto affermato da eminente dottrina secondo cui, ancorché il legislatore abbia mancato di operare un divieto espresso all'alterazione delle cause legittime di prelazione, non si può ritenere disapplicato l'articolo. 2741 c.c.<sup>248</sup>

L'apertura del concorso tra i creditori che determina l'applicazione della *par condicio creditorum* non può di per sé provocare un'alterazione delle cause legittime di prelazione dei crediti concorrenti; tant'è che il sistema di graduazione nel nostro ordinamento è disciplinato non già nella legge fallimentare, bensì nell'ambito del codice civile.

È il caso di osservare come, generalmente, le regole concorsuali siano neutre rispetto a quella che in dottrina è stata definita la “*questione distributiva*”<sup>249</sup>, pertanto il fatto che possano essere sovvertite le regole sulla ripartizione del patrimonio del debitore per avere il legislatore omesso l'espresso divieto di alterazione dei crediti appare una forzatura difficilmente accoglibile.

Piuttosto, in questa sede è necessario dare atto - così come accaduto nell'ambito del concordato preventivo e di quello fallimentare - che il legislatore, con l'introduzione delle classi che possono ipoteticamente prevedere il pagamento di percentuali diverse ai creditori di pari rango, evidentemente derogano al principio della *par condicio*, introducendo – qui sì – una forma di subordinazione involontaria per i creditori titolari di un privilegio generale sui beni del debitore<sup>250</sup>.

Infatti, i titolari di privilegi speciali (così come i creditori ipotecari e quelli pignorati) non subiranno alcun effetto postergativo dal concorso, bensì saranno soddisfatti nei limiti del valore di liquidazione del bene posto a garanzia di quel preciso credito, seguendo la regola della *par condicio*.

Il fatto poi che il legislatore non espliciti che le classi devono essere costituite “secondo posizione giuridica e interessi economici omogenei”, consente, solo apparentemente, maggiore libertà al debitore sovraindebitato, poiché egli non potrà comunque sovvertire l'ordine di soddisfacimento dei creditori secondo le cause legittime di prelazione<sup>251</sup>.

---

*creditore), ma è imposto dall'esterno della relazione di credito, tipicamente per effetto di una norma espressa (c.d. subordinazione legale), oppure, più raramente, per effetto dell'intervento del giudice (c.d. subordinazione giudiziale)”.*

<sup>248</sup> Cfr. L.PANZANI *La composizione della crisi da sovraindebitamento dopo il D.L. 179/2012*, op. cit., p. 5, secondo cui il divieto di alterazione della cause legittime di prelazione deriverebbe dall'espresso richiamo operato dall'art. 7, comma secondo, lett. a), L.sov., al termine “*procedure concorsuali*”, dovendosi concludere che la mancata applicazione della regola della “*par condicio creditorum*” non possa essere disattesa a causa del suo mancato richiamo nell'ambito del sovraindebitamento.

<sup>249</sup> Tra gli ultimi autori ad aver approfondito l'argomento si segnala D.VATTERMOLI, *Crediti subordinati e concorso tra creditori*, op. cit., pp. 42; nella letteratura internazionale sul tema si vedano, tra gli altri, J.M.GARRIDO, *The distributional question in insolvency: comparative aspects*, Int. Insol. Rev., 1995, pp. 25 ss.; D.E.INGBERMAN, *Triggers and priority: an integrated model of bankruptcy law on overinvestment and underinvestment*, Washington U.L.Q., 1994, pp. 1341 ss.; J.L.WESTBROOK, *Breaking away: local priorities and local assets*, Texas Int. Law Journal, 2011, pp. 601 ss.; L.A.BEBCHUCK, *A new approach to corporate reorganization*, Harvard Law Rev., 1988, pp. 775 ss.

<sup>250</sup> D.VATTERMOLI, *ult. op. cit.*, p. 46

<sup>251</sup> In assenza di una previsione esplicita quale quella dell'articolo 177, comma primo, L.fall., a chi scrive parrebbe che – in ossequio al principio della *par condicio* – nel caso in cui il debitore preveda diverse classi di debitori, allora la maggioranza del 60% dei crediti debba essere raggiunta in ogni singola classe, in maniera non dissimile da quanto oggi richiesto dal nuovo articolo 182 septies L.fall.

D'altronde non si può ritenere che la semplice omissione dell'inciso circa il rispetto dell'ordine di prelazione tra i creditori - anche con riguardo alla composizione delle classi - possa, di per sé, consentire una deroga alle disposizioni di cui all'articolo 2741c.c., proprio per il principio di neutralità della *par condicio*.

Una seconda questione di grande momento attiene al fatto che nessuna delle procedure di composizione della crisi da sovraindebitamento richiami, né il contenuto dell'articolo 55, comma secondo L.fall. circa la scadenza delle obbligazioni pecuniarie con l'apertura del concorso, né la disposizione concorsuale di cui all'articolo 45 L.fall. circa l'inopponibilità alla massa delle formalità perfezionate dopo l'apertura della procedura e nemmeno la previsione di cui all'articolo 56 L.fall. in materia di compensazione dei crediti anteriori con debiti successivi.

Ebbene, l'atteggiamento del legislatore non si è dimostrato irreprensibile nemmeno con riguardo a questa scelta, poiché instilla ulteriori dubbi circa la natura concorsuale di queste procedure. Si può tuttavia convenire che, quanto meno con riguardo alle regole sulla compensazione e sulla decadenza dal beneficio del termine, si possano comunque applicare, in una prospettiva analogica, le disposizioni di diritto comune di cui agli articoli 1186 e 1243 c.c.

Con riguardo invece al mancato richiamo agli articoli 44 e 45 L.fall., è il caso di osservare come la *ratio* di questa disposizione sia quella di estendere gli effetti prodotti in genere dall'atto di pignoramento - per ciò che concerne le alienazioni anteriori (articolo 2914 c.c.) - anche alle procedure concorsuali, così da realizzare la medesima tutela offerta ai creditori procedenti nei confronti dei terzi nell'ambito delle procedure esecutive.

Ebbene, l'espressa equiparazione al pignoramento, sia del decreto di apertura dell'accordo del debitore che di quello inerente al piano del consumatore parrebbero, di fatto consentire l'applicazione dell'articolo 2914 c.c. (il cui contenuto è sostanzialmente replicato in sede fallimentare) anche nell'ambito delle procedure di composizione della crisi da sovraindebitamento.

Quanto all'assenza di previsioni in merito al trattamento dei contratti pendenti preme sottolineare come, da un lato, l'interprete si trovi a valutare una procedura che vincola i creditori antecedenti alla stregua di uno strumento concorsuale e, dall'altro, rimette alla mera volontà dei paciscenti la decisione circa la prosecuzione o meno di rapporti raggiunti che potrebbero impattare in maniera rilevante sulla consistenza dell'attivo del debitore.

D'altra parte, a meno che della sorte dei rapporti pendenti non si tratti nel contesto della proposta sottoposta ai creditori ad esito di una specifica negoziazione tra il debitore ed il contraente *in bonis*, non parrebbe ipotizzabile che altri, rispetto ai contraenti, possano imporre lo scioglimento o la prosecuzione degli effetti del contratto in corso di esecuzione.

Questa facoltà infatti può derivare solo da una espressa disposizione legislativa di carattere eccezionale che deroghi (così come avviene nelle principali procedure concorsuali disciplinate dalla legge fallimentare e da quella sull'amministrazione straordinaria) ad uno dei principi

cardine del nostro ordinamento, ovvero la libera autonomia delle parti nella regolazione dei propri rapporti economico - giuridici.

Il debitore potrà pertanto decidere di non adempiere più alle obbligazioni dedotte nell'ambito dei contratti pendenti alla data dell'apertura della procedura, esponendosi però al rischio che il contraente *in bonis* esperisca i mezzi ordinari forniti dal codice civile per sciogliersi da questi obblighi e potendo questi soddisfarsi, per le obbligazioni di tempo in tempo maturate dopo l'apertura del concorso, fuori dal concorso con gli altri creditori ed in prededuzione rispetto a questi ai sensi dell'art. 13, comma quarto-bis, L.sov.

Pertanto si può concludere che questo istituto racchiuda tutti gli elementi tipici del c.d. concorso sostanziale, sebbene il legislatore, per esigenze di semplificazione o per mera superficialità, abbia mancato di prevedere direttamente nell'ambito della legge n. 3/2012 alcune previsioni di grande rilievo ai fini della piena affermazione della regola della *par condicio creditorum*. Parrebbe quasi di trovarsi dinnanzi ad fenomeno di concorsualità 'mitigata' o per meglio dire, 'imperfetta'<sup>252</sup>.

### **2.3.2 la natura delle procedure di sovraindebitamento: il piano del consumatore**

Per quanto concerne la natura del piano del consumatore di cui all'articolo 12-bis e ss. L.sov., si può affermare che esso è parzialmente accomunabile all'accordo del debitore, poiché anche in questo caso il consumatore deve presentare un piano con cui viene dettagliata la strategia proposta per il soddisfacimento del ceto creditorio, affinché ne possa essere apprezzata la fattibilità.

Tuttavia, questa seconda procedura esclude la regola del consenso da parte del ceto creditorio, elemento questo che, come anticipato, caratterizza la procedura del debitore civile<sup>253</sup>. Di fatto il

---

<sup>252</sup> Questa definizione appare viepiù fondata se si pensa al trattamento dei rapporti sinallagmatici alla data dell'apertura della procedura. Ebbene, generalmente gli strumenti concorsuali presentano una propria disciplina in merito ai rapporti pendenti, nella consapevolezza che nell'ambito della concorsualità non possa essere lasciata alla mera volontà dei paciscenti la prosecuzione di negozi giuridici la cui esecuzione potrebbe causare una riduzione della massa attiva a detrimento di tutto il ceto creditorio. La legge, è vero, consente di derogare alla regola della *par condicio* con riferimento ai contratti in corso di esecuzione, purtuttavia subordinando la prosecuzione del negozio e dei suoi effetti ad una precisa valutazione di convenienza da parte degli organi della procedura. In senso conforme cfr. V.DE SENSI, *op. cit.*, p. 658, secondo cui nella procedura indubbiamente si riscontrano "*indici rivelatori della concorsualità, ma la loro portata è abbastanza semplificata e per certi versi incompleta. Pur a fronte dell'applicazione del principio maggioritario e della sua vincolatività nei confronti di tutti i creditori, una volta omologato l'accordo, non riscontriamo tuttavia la disciplina dell'adunanza dei creditori, né si ravvisa un ruolo centrale del giudice nella verifica del raggiungimento dell'accordo, né ancora sono previste modalità di contestazione o di ammissione provvisoria dei crediti contestati.*"

<sup>253</sup> Il legislatore ha ritenuto questa scelta giustificata dal fatto che mentre i creditori potrebbero avere interesse a accettare la proposta dell'impresa, anche a costo sacrifici economici patiti con la falciatura del proprio credito, poiché l'eventuale superamento della crisi da parte di questa potrebbe consentire la prosecuzione dei rapporti commerciali con i creditori, con riferimento al consumatore essi non avrebbero alcun interesse ad accettare la remissione di parte del suo indebitamento per consentirgli un nuovo *fresh start*. Come espressamente affermato nella relazione illustrativa al disegno di legge n. 3533 (AS), p. 34, "*tale procedura è contrassegnata dall'assenza di un procedimento volto ad acquisire l'adesione o il dissenso dei creditori rispetto al piano proposto ma si basa esclusivamente su di una valutazione giudiziale di fattibilità della proposta e di meritevolezza della condotta d'indebitamento adottata dal consumatore, ciò in forza della considerazione che non sia rintracciabile alcun interesse economico dei creditori ad operare il "salvataggio" del soggetto di consumo*"; piuttosto critico rispetto a questa impostazione è L.PANZANI, *La composizione della crisi da sovraindebitamento dopo il D.L. 179/2012*, *op. cit.*, p. 17 che osserva "*Questa scelta del legislatore, introdotta dal d.l. n. 179/2012, lascia perplessi. È infatti nozione di comune esperienza che il sovraindebitamento del*

piano del consumatore deve essere valutato alla stregua di un atto unilaterale validato dal giudice al ricorrere di determinati presupposti (anche di meritevolezza soggettiva) imposti dalla legge.

Ciò ha indotto alcuni interpreti a considerare questa procedura alla stregua di un “*concordato coattivo*”<sup>254</sup>, ovvero una procedura concorsuale tipica del diritto amministrativo della crisi d’impresa, tra cui il concordato rinvenibile nell’ambito della liquidazione coatta amministrativa disciplinato all’articolo 214 L.fall.<sup>255</sup>, ovvero all’articolo 78 del D.lgs. 270/1999. Entrambe queste ipotesi prevedono, *mutatis mutandis*, la possibilità di avanzare una proposta concordataria da parte del debitore, di uno o più creditori o di un terzo, che dovrà essere autorizzata e vigilata dai rispettivi organi amministrativi competenti ma che non è necessario venga valutata dai creditori, i quali avranno semmai la facoltà di opporsi all’omologa.

Come si vedrà nel prosieguo le descritte modalità sono del tutto affini a quanto accade nel piano del consumatore. Di talché anche questa procedura assume i contorni dello strumento concorsuale, perché come l’accordo del debitore impone una falcidia a tutto il ceto creditorio, seppure nel limite del soddisfacimento dei creditori muniti di diritti reali di garanzia non inferiore a quello realizzabile, in ragione della collocazione preferenziale sul ricavato in caso di liquidazione, avuto riguardo del valore di mercato attribuibile ai beni oggetto di gravame.

Alla stessa si applicano le medesime regole in tema di decorso degli interessi, prededuzione e possibilità di introdurre classi di creditori facendo così ritenere che operi un meccanismo simile di cristallizzazione delle masse alla data del deposito della domanda.

Tuttavia, a ben vedere, in questa sede il principio segregativo opera in maniera più blanda rispetto all’accordo del debitore essendo subordinato non già al mero deposito della domanda, bensì da una specifica istanza del debitore che richieda il blocco delle azioni esecutive e cautelari in corso qualora la prosecuzione possa pregiudicare la fattibilità del piano. Infatti, l’inibizione dalle azioni esecutive o cautelari consegue all’omologa di questa procedura e non già alla sua apertura<sup>256</sup>.

Questa scelta appare viepiù singolare, poiché, pur risultando applicabili alla procedura molti degli effetti tipici del concorso sostanziale dalla data di emissione del decreto di ammissione (es. applicazione articoli 1186 c.c., 1243 c.c. e 2914 c.c.), non è ad essa immediatamente applicabile

---

*consumatore è conseguenza in genere di un ricorso eccessivo al credito al consumo e della mancanza di un’adeguata educazione finanziaria. Questa situazione ha indotto il legislatore americano, nel 2005, a prevedere che al debitore possa essere imposto di frequentare appositi corsi di educazione al ricorso al credito, ma non a negare la possibilità di raggiungere un accordo con i creditori”;* sul tema si segnala anche l’interessante contributo di N.RONDINONE, *Note critiche sul declino della lex concursus commerciale e sull’avvento del novus concursus civile*, Dir. Fall., 2014, I, pp. 149 ss.

<sup>254</sup> Così F.DI MARZIO, *op. cit.*, pp. 8 ss.

<sup>255</sup> Per un approfondimento su questo istituto si veda A.CASTIELLO D’ANTONIO – G.FALCONE, *Le altre procedure concorsuali*, in Tratt. di diritto fall. e delle altre proc. conc., diretto da Vassalli, Luiso e Gabrielli, Vol. IV, Torino 2014, pp. 778 ss.

<sup>256</sup> Proprio su questo assunto e sul fatto che il meccanismo inibitorio dalle azioni esecutive e cautelari opera nella fase di omologa e dunque a valle della procedura (a meno che non richiesta prima) V.DE SENSI, *op. cit.*, p. 659 mette in discussione la tesi sulla concorsualità del piano del debitore finendo col negarlo.

proprio quello segregativo, a cui tutti gli altri effetti sono strettamente connessi e da cui - anche dal punto di vista logico e secondo buon senso- dipendono.

In definitiva, anche questo strumento parrebbe assumere i caratteri della procedura concorsuale, dovendo tuttavia essere qualificata alla stregua di una procedura concorsuale amministrativa i cui principali esempi nel nostro ordinamento sono rinvenibili nell'ambito della liquidazione coatta amministrativa e dell'amministrazione straordinaria<sup>257</sup>.

### **2.3.3 la natura delle procedure di sovraindebitamento: la procedura liquidatoria**

Da ultimo, anche la procedura di liquidazione del patrimonio presenta un carattere marcatamente concorsuale<sup>258</sup>, all'apparenza ispirato alla disciplina fallimento.

Per quanto qui maggiormente rileva, occorre segnalare come anche questa procedura disponga la segregazione del patrimonio del debitore all'emissione del decreto di apertura della liquidazione da parte del giudice e confermi anche in questa sede il richiamo all'articolo 55, comma primo L.fall., in tema di sospensione degli interessi.

Inoltre, a differenza delle altre procedure che hanno una evidente conformazione concordataria, la liquidazione del patrimonio presenta elementi tipici del fallimento, quali la disposizione sulla formazione dello stato passivo, quella sulla predisposizione dell'inventario e le norme relative alla liquidazione dei beni. In questa guisa il legislatore si è prestato anche a forzature quale la previsione sull'acquisizione all'attivo dei beni e dei crediti sopravvenuti nei quattro anni successivi alla domanda di liquidazione. Pur comprendendone l'intento, non si può non segnalare come quest'ultima disposizione appaia pericolosa e 'strida' vistosamente con l'assenza di una normativa relativa alla revocabilità degli atti e dei pagamenti compiuti dal debitore nel "periodo sospetto".

Altri sintomi della concorsualità della procedura liquidatoria attengono alla possibilità di avviare d'ufficio la (macchinosa) procedura ai sensi e nei limiti di cui all'art. 14 *quater* L.sov. e di consentire l'esdebitazione al debitore persona fisica, ritenuto meritevole, solo ad esito dell'esperimento di un sub procedimento di cui all'articolo 14 *terdecies*, L.sov.

Ciò detto, non si è mancato di osservare come alcuni elementi innovativi della procedura suscitino nell'interprete non poche perplessità circa la natura di questo strumento. In particolare l'art. 14 *octies*, L.sov. delinea uno strumento di formazione del passivo sostanzialmente stragiudiziale, poiché lo stato passivo può formarsi a cura del liquidatore senza necessità dell'intervento del giudice e, qualora divenga definitivo per assenza di osservazioni da parte dei creditori, nessuno potrà di fatto opporvisi poiché non è frutto di provvedimento giudiziale di omologa.

---

<sup>257</sup> Così F.DI MARZIO, *op. cit.*, pp. 8 ss.; così anche Circolare ABI serie legale n. 3/2013, pp. 9 ss. [www.bancariaeditrice.it](http://www.bancariaeditrice.it).

<sup>258</sup> Cfr. A.MAFFEI ALBERTI; *ult. op. cit.*, p. 2061, secondo cui "il carattere della concorsualità risulta confermato dal carattere della universalità, ossia dell'attitudine [...] ad impattare l'intero patrimonio del debitore, per interessare l'intera sua esposizione debitoria senza che rilevino creditori estranei"; così anche F.DI MARZIO, *ult. op. cit.*, pp. 10 ss.; cfr. in giurisprudenza Trib. Vicenza 8.7.2013, cit, laddove traspare chiaramente che questa procedura sia da considerarsi a tutti gli effetti uno strumento concorsuale.

Inoltre, a mente dell'articolo 14 *novies*, comma quinto, L.sov., la fase di liquidazione dell'attivo viene di fatto posta fuori dal perimetro processuale, nonostante la procedura si debba chiudere proprio con la liquidazione. Ebbene nulla viene disposto in merito ai riparti dell'attivo e questo, secondo taluni<sup>259</sup>, consente di mettere quantomeno in dubbio la natura concorsuale della procedura.

Inoltre è solo il caso di segnalare che anche in questa sede – al pari di quanto già accade nella altre due procedure negoziali – non viene richiamata, né la norma sulla scadenza anticipata dei crediti, né quella sulla compensazione tra debiti e crediti e nemmeno i divieti di cui agli articoli 44 e 45 L.fall. relativi all'inefficacia degli atti a contenuto patrimoniale, ai pagamenti ed alle formalità compiuti dal debitore dopo l'apertura della procedura.

Come visto, con riguardo alla compensazione ed all'inefficacia degli atti dispositivi del debitore posteriori, appare comunque che i principi della legge fallimentare trovino albergo anche in questa procedura in virtù della natura oggettivamente concorsuale della liquidazione (e delle altre procedure negoziali) e poiché in tema di compensazione è comunque applicabile l'articolo 1243 c.c.

Anche con riferimento alla scadenza anticipata dei debiti dovrà farsi riferimento alla generale regola di cui all'articolo 1186 c.c., essendo questa una norma applicabile in via di analogia anche alla disciplina concorsuale del sovraindebitamento<sup>260</sup>.

Le preclusioni di cui agli articoli 44 e 45 parrebbero invece ricomprese dall'espressa equiparazione operata tra il decreto di ammissione alla procedura e l'atto di pignoramento in attuazione dell'articolo 2914 c.c.

Orbene, seppure con le aporie e le contraddizioni intrinseche di cui si è testé dato conto (*i.e.* la mancanza di una disciplina sui contratti pendenti e di una regolamentazione sulla revocabilità degli atti e dei pagamenti posti in essere dal debitore nel “periodo sospetto”), non si può negare che l'istituto in esame abbia natura evidentemente concorsuale anche in ragione della sua evidente affinità (se non altro ontologica) con la procedura concorsuale principale contemplata dal nostro ordinamento (*i.e.* il fallimento).

#### **2.4 IL CONTENUTO DELL'ACCORDO DEL DEBITORE E DEL PIANO DEL CONSUMATORE E LA SUDDIVISIONE IN CLASSI**

Gli articoli 7 e 8 L.sov. disciplinano la struttura ed il contenuto della proposta e del piano<sup>261</sup> che compongono le procedure c.d. accordo del debitore e piano del consumatore e che possono

---

<sup>259</sup> V.DE SENSI, *op. cit.*, p. 661

<sup>260</sup> D.VATTERMOLI, *La procedura di liquidazione del patrimonio del debitore alla luce del diritto «oggettivamente» concorsuale*, *op. cit.*, p. 776

<sup>261</sup> È stato sottolineato come “il piano di superamento della crisi d'impresa si compone, solitamente, di tre elementi essenziali per la scienza aziendalistica: - Business restructuring - Asset restructuring - Debt restructuring e provvede a organizzare secondo precise scelte strategiche (di conservazione dell'impresa o di liquidazione dell'attività) il superamento della crisi. Alla base dell'idea stessa di piano è l'impresa come attività; essenziale presupposto concettuale del rilievo del piano nel diritto della crisi d'impresa è la dimensione dinamica della responsabilità patrimoniale e, dunque, la consapevolezza che la capacità adempitiva dell'imprenditore è strettamente connessa – piuttosto che al

essere elaborate dal debitore con l'ausilio dell'Organismo di composizione della crisi con sede nel circondario nel circondario del tribunale competente.

Da queste norme si può desumere ancora una volta la natura ibrida degli strumenti in analisi, i quali, ancorché definiti da tratti marcatamente concorsuale, sono frutto di una commistione tra concordato preventivo e accordi di ristrutturazione dei debiti<sup>262</sup>.

Anzitutto è necessario avere riguardo alle condizioni di ammissibilità per l'accesso alle procedure; infatti oltre alla sussistenza dei presupposti soggettivi ed oggettivi il legislatore rimarca come il debitore non debba – come visto - essere “*soggetto*” a procedure concorsuali diverse, con questo volendo enfatizzare soprattutto il fatto che il debitore divenuto astrattamente assoggettabile alla disciplina sull'insolvenza non possa vedere interrotta la procedura o cessati i suoi effetti a meno che non sia dichiarato fallito o non acceda (volontariamente) a diversa procedura concorsuale<sup>263</sup>

Un'altra condizione di ammissibilità riguarda il limite temporale che deve intercorrere nell'utilizzo delle procedure di sovraindebitamento. Come correttamente osservato<sup>264</sup> il divieto di utilizzare la procedura di sovraindebitamento nei cinque anni successivi al primo accesso agli strumenti di composizione della crisi da sovraindebitamento serve a prevenire comportamenti opportunistici del debitore nel rispetto delle direttive comunitarie in materia di *responsible lending*<sup>265</sup> e per arginare il fenomeno del *moral hazard*<sup>266</sup>.

La terza condizione di ammissibilità attiene all'assenza di precedenti procedure di sovraindebitamento revocate, risolte, cessate o annullate ai sensi degli articoli 14 e 14-bis L.sov., per cause a imputabili al debitore; assumono dunque rilievo gli atteggiamenti dolosi o gravemente colposi del debitore che abbia aumentato o diminuito il passivo, ovvero abbia dissimulato parte dell'attivo, o ancora abbia dolosamente simulato attività inesistenti.

L'ultima condizione di ammissibilità riguarda la completezza della documentazione allegata dal debitore che deve consentire all'Organismo di composizione della crisi ed al Tribunale di

---

*patrimonio staticamente considerato – allo svolgimento dell'attività produttiva. Il debitore civile, infatti, non ha che un patrimonio incapiente e una massa di debiti. Non svolge alcuna azione sul mercato. Non deve procedere a nessuna ristrutturazione di attività produttive. Deve, piuttosto, controllare e limitare la dannosa propensione al consumo, e aborrire il consumo irresponsabile. Non vi sarebbe, dunque, nessuno spazio apprezzabile per la pianificazione del recupero della solvibilità. In conclusione, mentre la pianificazione può essere utile e comprensibile per il trattamento della crisi della piccola impresa non fallibile, in nessun modo, invece, sembra essere proficuamente utilizzabile (e nemmeno effettivamente comprensibile) per il trattamento dell'insolvenza civile e non perché l'insolvenza civile non sia componibile consensualmente, ma perché nella composizione negoziale dell'insolvenza civile non si apprezza nessuna rilevanza dell'aspetto finanziario prospettico inteso questo come la capacità futura di generare risorse finanziarie. Proprio la connessione tra l'aspetto finanziario attuale e quello atteso, ossia prospettico, giustifica sopra tutti, la pianificazione”;* cit. C.FAVERO, *Procedura di composizione delle crisi da sovraindebitamento*, AA.VV., paper U.G.D.C.E.C., 2014, [www.ilsovraindebitamento.it](http://www.ilsovraindebitamento.it), p. 11

<sup>262</sup> Così A.MAFFEI ALBERTI, *op. cit.*, p. 2034

<sup>263</sup> Così A.MAFFEI ALBERTI, *op. cit.*, p. 2033 e A.M.LEOZAPPA, *op. cit.*, pp. 574 ss.

<sup>264</sup> Così sempre A.MAFFEI ALBERTI, *ult. op. cit.*, p. 2033

<sup>265</sup> Per una ricostruzione del tema in ambito comunitario si veda G.PIEPOLI, *Sovraindebitamento e credito responsabile*, Banca borsa tit. cred., n. 1/2013, pp. 38 ss.

<sup>266</sup> Cfr. L.STANGHELLINI, *Le crisi di impresa fra diritto ed economia*, *op. cit.*, pp. 108 ss.

ricostruire, compiutamente, la situazione economica del debitore. Questa previsione traduce in senso negativo, semplificandola, la disposizione di cui all'articolo 161, comma secondo, lett. a), L.fall., laddove tra gli elementi necessari da accludere al ricorso per concordato preventivo viene disposta una relazione sulla situazione economica, finanziaria e patrimoniale del debitore. Nonostante le differenze enunciative, parrebbe che anche in ipotesi di sovraindebitamento una analoga relazione sia non solo opportuna, bensì anche necessaria all'ammissione del debitore alla procedura.

È necessario osservare come (già) in questa fase assuma un ruolo centrale l'Organismo di composizione della crisi, figura questa istituita dal legislatore per esternalizzare gran parte della procedura a cominciare proprio dal momento della redazione della domanda<sup>267</sup>.

Da un punto di vista contenutistico il legislatore ha esplicitato alcune indicazioni di rilievo circa la posizione dei creditori; anzitutto il debitore deve pagare regolarmente<sup>268</sup> i creditori che vantano crediti impignorabili nei suoi confronti ai sensi dell'articolo 545 c.p.c.<sup>269</sup>

La ragione dell'antegazione di questi crediti rispetto a quelli garantiti appare molto chiara. Infatti, data la particolare natura e finalità sociale di questi, l'ordinamento non solo si preoccupa di tutelarli dal rischio che terzi creditori possano aggredirli in fase di esecuzione, bensì offre una tutela più ampia e rafforzata anche laddove sia a rischio la realizzazione stessa del credito nell'ambito del concorso.

E d'altra parte, proprio la peculiare natura di questi crediti ha indotto il legislatore ad utilizzare lo strumento dell'impignorabilità che funge qui da garanzia processuale in deroga alle regole della concorsualità con riguardo al rispetto dei tempi ed all'ordine dei privilegi.<sup>270</sup>

La legge n. 3/2012 dispone altresì che non possano essere falcidiati nemmeno i crediti derivanti da tributi costituenti risorse proprie dell'Unione Europea, dall'imposta sul valore aggiunto e da ritenute operate e non versate. Questi crediti potranno essere esclusivamente dilazionati.

La previsione in realtà richiama parte dell'articolo 182 ter L.fall. con riguardo alla transazione fiscale nel concordato preventivo e negli accordi di ristrutturazione dei debiti<sup>271</sup>. Pertanto, anche

---

<sup>267</sup> Per approfondimenti si veda M.DEL LINZ, *ult. op. cit.*

<sup>268</sup> Per pagamento regolare deve intendersi il soddisfacimento dell'obbligazione alla data in cui diviene certa liquida ed esigibile e con mezzi di pagamento che non siano anomali.

<sup>269</sup> A mente dell'art. 545 c.p.c. non sono pignorabili (i) i crediti alimentari, (ii) i crediti aventi per oggetto sussidi di grazia o di sostentamento a persone comprese nell'elenco dei poveri, (iii) i sussidi dovuti per maternità, malattie o funerali da casse di assicurazione, enti di assistenza o istituti di beneficenza. Il limite alla pignorabilità per crediti alimentari di stipendi, salari o altre indennità è indicato dall'articolo 545, comma terzo, c.p.c. nella misura stabilita dal giudice che non può in ogni caso superare la metà dell'importo che deve essere percepito dal debitore. Nel caso di crediti erariali questi crediti sono pignorabili nel limite del quinto. Un ulteriore limite posto alla pignorabilità delle somme dovute al debitore riguarda quelle che devono essere corrisposte a titolo di pensione o altro indennizzo che non possono comunque essere pignorate nel limite dell'assegno sociale minimo aumentato della metà. Tali limiti tuttavia parrebbero essere derogati nella disciplina del sovraindebitamento laddove sarà il debitore con l'ausilio dell'OCC a proporre al giudice e, se del caso, ai creditori un prospetto con le spese necessarie al sostentamento proprio e della propria famiglia ex articolo 9, comma secondo L.sov.

<sup>270</sup> Questa soluzione, di per sé, non è troppo difforme dal meccanismo della prededuzione.

in questa sede opera un meccanismo che da un lato consente la generale falcidiabilità dei tributi e dall'altro, pone una specifica deroga per quei crediti erariali e previdenziali. Ciò rende la legge sul sovraindebitamento ancora più rigida rispetto alla legge fallimentare in merito al trattamento dei crediti IVA ed a quelli derivanti alle ritenute operate e non versate.

Infatti nella giurisprudenza di merito è assolutamente prevalente<sup>272</sup> l'orientamento secondo cui la transazione fiscale rappresenti una mera facoltà per il debitore che intenda cristallizzare una volta per tutte la propria posizione con il Fisco. In questa prospettiva l'articolo 182-ter L.fall. è norma eccezionale e non può quindi essere considerato uno strumento obbligatorio ai fini della falcidiabilità dei crediti derivanti da tributi.

Da ciò taluni hanno evinto che, nell'ambito delle procedure di concordato preventivo e negli accordi di ristrutturazione dei debiti, siano liberamente falcidiabili anche l'IVA e le ritenute operate e non versate<sup>273</sup>.

Questo orientamento – fondato sull'eccezionalità della transazione e sul carattere non sostanziale del divieto di falcidia del valore nominale dei crediti di cui all'articolo 182-ter L.fall. - appare comunque minoritario e non supportato dalla giurisprudenza di legittimità. Purtroppo si deve osservare come nell'ambito degli strumenti di composizione negoziale della crisi dei soggetti fallibili il dubbio rimanga ed il dibattito risulti ancora in evoluzione, mentre con riguardo al sovraindebitamento si deve semplicemente prendere atto della volontà del legislatore di affermare l'assoluta infalcidiabilità di questi tributi<sup>274</sup>, rendendo, per gli effetti, molto più rigidi gli strumenti della L. n. 3/2012.

È però il caso di precisare che non si produce alcuna antergazione o sovversione delle cause legittime di prelazione, così come la previsione del pagamento integrale obbligatorio non sottrae il credito erariale al concorso (ovvero al rispetto dell'ordine dei privilegi ed ai tempi di pagamento per i riparti), ovvero non si genera alcun fenomeno di prededuzione. Bensì l'integrale pagamento (ancorché dilazionato) si impone come “*precondizione di ammissibilità*”<sup>275</sup> alle procedure da sovraindebitamento.

Sempre con riguardo alla posizione dei creditori è necessario rimarcare quanto già affermato nel paragrafo precedente in merito ai crediti privilegiati che possono essere soddisfatti parzialmente purché “*ne sia 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*

---

<sup>271</sup> Per approfondimenti sull'istituto della transazione fiscale si veda M.ALLENA, *Le altre procedure concorsuali*, op. cit., pp. 585 ss.

<sup>272</sup> Cfr. per tutti Cass. 12.10.2011, n. 22931; Trib. Bari 3.7.2014; App. Torino 23.4.2010; Trib. Roma 16.12.2009; tutte le pronunce sono reperibili su [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it).

<sup>273</sup> Cfr. per tutti App. Venezia 23.12.2013; Trib. Como 22.10.2013; App. Brescia 13.9.2013, tutte edite su [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it), *contra* cfr. Cass. 30.4.2014, n. 9541; Cass. Penale 31.10.2013, n. 44283; Trib. Pordenone 27.11.2014; Trib. Rimini 8.10.2014; Trib. Firenze 10.6.2014; Trib. Monza 2.10.2013, tutte edite su [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it).

<sup>274</sup> Questa tesi è stata confermata anche dalla Circolare dell'Agenzia delle Entrate n. 19/E del 6 maggio 2015, [www.agenziadellentrate.it](http://www.agenziadellentrate.it).

<sup>275</sup> Così Trib. Monza 2.10.2013, cit.

*mercato attribuibile ai beni o ai diritti sui quali insiste la causa di prelazione*»<sup>276</sup>. I crediti privilegiati, per la parte rimasta incapiente, alla luce della vendita del bene oggetto di garanzia, vengono degradati a crediti chirografari anche ai fini dell'esercizio del voto, che, analogamente a quanto avviene nell'ambito del concordato preventivo, potrà essere esercitato solo nei limiti della porzione di credito falciata.

Come anticipato, il fatto che il legislatore non si sia curato di prevedere espressamente alcun divieto di alterazione dell'ordine delle cause legittime di prelazione non può certo condurre l'interprete a ritenere derogabili le regole di cui all'articolo 2741 c.c.

Si rileva poi come l'assenza di regole per la formazione delle classi con riguardo ai criteri dell'omogeneità giuridica ed economica<sup>277</sup>, introduca nel nostro ordinamento un concetto di classe in senso a-tecnico, necessaria al solo fine di raggruppare soggetti (creditori) a cui viene offerto il medesimo trattamento economico al fine dell'esercizio del voto o dell'approvazione del piano, ciò indipendentemente dalla natura del creditore o dal tipo garanzia del credito.

Tuttavia in questa sede – nonostante l'apparente ampia discrezionalità concessa al creditore - il limite alla “fantasia” del debitore parrebbe risiedere proprio nel rispetto delle regole sulle cause legittime di prelazione che non possono essere sovvertite all'interno della singola classe<sup>278</sup>.

---

<sup>276</sup> Cit. art. 7, primo comma, legge n. 3/2012 che a sua volta ha ripreso il dettato dell'art. 160, secondo comma, L.fall.

<sup>277</sup> Per indicare il concetto di omogeneità di posizione giuridica dottrina e giurisprudenza hanno individuato plurimi criteri che possono essere così sintetizzati: (i) il tipo di gradazione offerta al credito (chirografario, privilegiato, ipotecario, pignoratorio prededucibile); (ii) la natura e l'oggetto del credito, ricavabili da elementi peculiari del credito quali le aspettative soddisfatorie, l'assenza di un titolo esecutivo, l'esistenza di contestazioni del debitore, la qualità del creditore (socio finanziatore, obbligazionista etc.), la natura contrattuale o extracontrattuale della pretesa (Trib. Milano 4.12.2008, [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it)). Per quanto attiene all'omogeneità degli interessi economici sono stati individuati i seguenti criteri distintivi: (i) diversa propensione ad aderire all'accordo da parte dei creditori in relazione alle dimensioni del credito ed alla possibilità di proseguire i rapporti commerciali con l'impresa; (ii) la fonte del credito ed il suo ammontare; (iii) le concrete possibilità di soddisfacimento del creditore, con conseguente rilevanza di circostanze esterne (es. garanzie collaterali) all'epoca della formazione della classe (Trib. Monza 7.4.2009 e Trib. Milano 4.12.2008, [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it)); (iv) per altri ancora, il requisito dovrebbe coincidere non solo con le concrete possibilità soddisfatorie del singolo, bensì con le aspettative di questi. In giurisprudenza (App. Roma 15.12.2014, [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it)) si è recentemente riscontrato un interesse economico omogeneo sulla mera circostanza che taluni creditori avessero concesso da molti anni sostegno finanziario al debitore. Il Collegio dunque ha stabilito che il sindacato del giudice debba rilevare tutte le disomogeneità funzionali all'espressione del diritto di voto, ovvero quelle disequaglianze che portano un soggetto ad esprimersi in senso difforme per la tutela di un interesse singolare proprio e diverso da quello degli altri appartenenti alla classe. Per altri sono da considerarsi omogenee le posizioni dei creditori in cui il grado e i tempi di soddisfacimento nell'alternativa concretamente praticabile non siano tra loro significativamente diversi. Cfr. per un ricostruzione A.MAFFEI ALBERTI, *ult. op. cit.*, pp. 1066 ss.

<sup>278</sup> È stato inoltre rilevato come, nonostante la norma non ne faccia espressa menzione, parrebbe applicabile anche in questa sede il divieto di trattare in maniera differenziata soggetti della medesima categoria. Ciò perché si verrebbe a creare una violazione della *par condicio* in presenza di un istituto di formazione del consenso a base maggioritaria (e dunque dai connotati essenzialmente concorsuali). Infatti, non si possono ritenere disapplicate le generali disposizioni di cui agli artt. 2741 e ss. c.c. per il solo fatto che il legislatore abbia mancato di richiamare il citato divieto. In materia di *par condicio* si è infatti evidenziato come generalmente le regole concorsuali sono neutre rispetto alla “*questione distributiva*”, pertanto le regole di diritto comune sulla ripartizione del patrimonio del debitore non parrebbero derogabili, a meno che non vi sia accordo espresso tra le parti in tal senso, ovvero una disposizione normativa speciale che deroghi espressamente: e questo non sembra il caso.

Insomma, l'articolo 2741 c.c. rappresenta norma imperativa dell'ordinamento, la cui portata applicativa può essere limitata solo mediante deroga esplicita; che, nel caso di specie, parrebbe non essere stata in alcun modo introdotta.

È invece del tutto ammissibile in questa sede la deroga alla regola della *par condicio* tra classi con creditori di rango diverso potendo prevedersi l'istituzione delle c.d. classi a "trattamento zero" per quelle porzioni di credito privilegiato degradate a chirografo atte ad incentivare l'approvazione di una procedura che consenta a tutti i soggetti coinvolti di ottenere qualcosa in più rispetto alla mera liquidazione atomistica del patrimonio del debitore. In ogni caso, in assenza di disposizioni in merito, il raggiungimento della maggioranza parrebbe molto più difficoltoso rispetto al concordato, poiché in ogni classe dovrebbe esservi il 60 % dei creditori assenzienti.

È inoltre possibile, analogamente a quanto accade nell'ambito del concordato preventivo, che il creditore privilegiato rinunci a tutto o parte della propria prelazione ai sensi dell'art. 11, comma secondo L.sov.

Peraltro, il debitore sarà soggetto ad un ulteriore limite legato alla possibilità di ogni singolo creditore di opporsi all'omologa dell'accordo chiedendo al giudice di accertare la non convenienza della proposta rispetto alle alternative concretamente praticabili (art. 12, comma secondo, L.sov.). Tale disposizione rappresenta un *unicum* nel panorama concorsuale domestico ed attua in maniera piena il c.d. "*best interests of creditors test*" nel panorama concorsuale, avendo il merito di uscire dalle c.d. "*sabbie mobili della tutela di classe*", che tanti dubbi ha creato in ambito concordatario e che potrebbe creare nel contesto del nuovo articolo 182 septies, L.fall.<sup>279</sup>

Passando ora ad analizzare il contenuto della proposta è necessario separare la parte necessaria di essa, ovvero l'indicazione dei termini e delle modalità dei creditori, da quella eventuale che consiste nella suddivisione in classi, nell'introduzione di garanzie prestate da terzi qualora i redditi o i beni del debitore non siano sufficienti a garantire la fattibilità dell'accordo o del piano, l'indicazione di eventuali limitazioni al mercato del credito al consumo o all'utilizzo di mezzi di pagamento elettronico a credito o ancora alla sottoscrizione di strumenti creditizi o finanziari che possano incrementare l'indebitamento del proponente e, infine, la temporanea moratoria dei pagamenti privilegiati.

Con riguardo alla moratoria sono necessarie alcune considerazioni; la disposizione in sostanza ricalca quanto previsto, *mutatis mutandis*, in tema di concordato preventivo c.d. di risanamento<sup>280</sup> all'art. 186-bis, L.fall. Infatti la moratoria di cui all'art. 8, comma quarto, L.sov. prevede che per gli accordi con continuità aziendale e per i piani del consumatore possa essere

---

<sup>279</sup> Cfr. D.VATTERMOLI, *Accordi di ristrutturazione con intermediari finanziari e convenzione di moratoria*, 6.7.2015, p. 6, [www.giustiziacivile.com](http://www.giustiziacivile.com).

<sup>280</sup> Per una ricostruzione dell'istituto si veda L.STANGHELLINI, *Il concordato con continuità aziendale*, Fall., n. 10/2013, pp. 1222 ss. e F.PASQUARIELLO, *Il concordato in continuità*, Nuove leggi civ. comm., n. 5/2013, pp. 1131 ss.

disposta una moratoria annuale sui crediti ipotecari, pignorati o privilegiati, salvo il caso in cui i beni su cui sussista la causa di prelazione non vengano liquidati.

Per meglio comprendere l'operatività di questa disposizione è utile richiamare quanto già osservato in merito all'art. 186-bis, comma secondo, lett. c), L.fall.<sup>281</sup>.

I crediti interessati dalla moratoria sono quelli garantiti da ipoteca, pegno, privilegio speciale e generale, laddove i beni oggetto di garanzia siano funzionali al proseguimento dell'esercizio dell'attività d'impresa. Tuttavia, per i crediti garantiti da specifiche cause di prelazione, il legislatore ha sottolineato come, in caso di liquidazione del bene, il periodo di moratoria venga meno, poiché viene meno la finalità stessa della norma che consente di assicurare al debitore la disponibilità di beni funzionali all'esercizio dell'attività d'impresa. Ciò non può valere invece con riguardo ai beni oggetto di privilegio generale perché è chiaro che nell'esercizio dell'attività d'impresa essi saranno quotidianamente soggetti a liquidazione (si pensi ai prodotti del magazzino, ai crediti ecc.). Di talché il limite all'operatività della moratoria vale solo per i crediti garantiti da cause specifiche di prelazione<sup>282</sup>.

La finalità della disposizione in sede concordataria è dunque quella di favorire al prosecuzione dell'attività d'impresa, consentendo al debitore di proporre una moratoria annuale dalla data dell'omologazione ai creditori titolari di garanzia reale su beni specifici del proprio patrimonio. “*In tal caso*”, precisa il legislatore, i creditori garantiti non avranno comunque diritto di voto.

La migliore dottrina ha perciò interpretato questa disposizione non come un divieto generale di proporre ai creditori privilegiati una moratoria ultrannuale, bensì come la possibilità per il creditore privilegiato, in quest'ultimo caso, di esprimere il proprio voto sulla proposta concordataria, rappresentando la dilazione temporale ultrannuale una forma rilevante di falcidia di carattere finanziario (altro tema è se dovrà votare per la quota interessi maturata in epoca successiva all'anno della moratoria, ovvero, integralmente per il proprio credito)<sup>283</sup>.

Venendo alla analoga disposizione prevista all'art. 8, comma quarto, L.sov., si rileva come il legislatore abbia mancato di escludere espressamente l'esercizio del diritto di voto da parte dei creditori garantiti nell'ipotesi di moratoria annuale. Ciò, tuttavia, non può condurre – *mutatis mutandis* - a discostarsi dall'orientamento testé riportato in materia di concordato in continuità, atteso che la semplice dilazione di un pagamento che resta comunque integrale (entro i limiti di

---

<sup>281</sup> S.BONFATTI, *La disciplina dei crediti privilegiati nel concordato preventivo con continuità aziendale*, doc. 28 ottobre 2013, [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it); G.BOZZA, *Una lettura controcorrente dell'art. 186-bis, comma secondo, lett. c) della legge fallimentare*, 18 aprile 2014, [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it); S.AMBROSINI, *Appunti in tema di concordato con continuità aziendale*, 2013, [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it); M.FABIANI, *Nuovi incentivi per la regolazione concordata della crisi d'impresa*, *Corr. Giur.*, 2012, pp. 1265 ss.; A.MAFFEI ALBERTI, *op. cit.*, p. 1329.

<sup>282</sup> Cfr. G.BOZZA, *op. cit.*, p. 4.

<sup>283</sup> Cfr. S.BONFATTI, *ult. op. cit.*, pp. 3 ss.; *contra* G.BOZZA, *op. cit.*, pp. 7 ss. laddove l'autore per confutare la tesi avversa (e condivisa da chi scrive) si basa su elementi letterali della norma (quale l'inciso di cui all'art. 8, comma quarto, che dispone espressamente che la moratoria proposta possa durare “*fino ad un anno*”) ovvero sul principio generale della ragionevole tempistica nell'adempimento delle obbligazioni affermato dalle Sezioni Unite della Cassazione con la pronuncia n. 1521/2013. Tale principio verrebbe violato laddove non venisse posto un limite temporale massimo alla moratoria con il rischio concreto di una alterazione anche delle cause legittime di prelazione.

cui all'art. 7, comma prima, L.sov.) non viene ritenuta sufficiente a far sì che i creditori privilegiati possano esercitare il proprio voto nella procedura.

Anche in questo caso – nonostante manchi l'espresso divieto di voto – il limite annuale di moratoria imposto dal legislatore funge da soglia di rilevanza dei creditori garantiti da beni specifici ai fini dell'esercizio del voto in merito alla proposta di accordo del debitore.

Risulta invece piuttosto inopportuno e criptico il riferimento in questa sede al piano del consumatore. Da un lato, come suesposto, la *ratio* di questa disposizione - nata in sede concordataria - è quella di incentivare la prosecuzione dell'attività d'impresa, fissando un tempo limite di un anno dall'omologa al fine di neutralizzare eventuali voti contrari (o comportamenti egoistici) da parte dei creditori garantiti e, dall'altro, si osserva come nel piano del consumatore i creditori non possano esprimere mai alcun voto sulla proposta.

Pertanto, ciò se ne ricava rischia di essere paradossale, laddove un incentivo quale la moratoria annuale, inserita nel contesto del piano del consumatore, in realtà finirebbe per irrigidire non poco la procedura, dovendo essere interpretata – qui sì – come un limite temporale non valicabile per il pagamento dei creditori privilegiati.

In altre parole, nel piano del consumatore i creditori privilegiati devono comunque essere pagati entro un anno dall'omologazione, pena l'inammissibilità dello stesso.

Tornando ai tratti generali della proposta occorre sottolineare come, ai sensi dell'art. 7, comma primo, L.sov., essa debba essere basata su un piano che descriva analiticamente tempi e modalità di adempimento della proposta<sup>284</sup>.

La proposta può avere contenuto piuttosto flessibile, potendo assumere, a seconda del caso, una veste esdebitatoria, dilatoria, ovvero ibrida, cumulando insieme entrambe le soluzioni<sup>285</sup>.

I concetti di “*ristrutturazione dei debiti*” e “*soddisfazione dei crediti*” richiamati dall'art. 7, comma primo, L.sov., inducono l'interprete ad accomunare questi concetti ai loro omologhi di cui all'articolo 160 L.fall., laddove “*per ristrutturazione dei debiti deve intendersi la riprogrammazione, quanto ad entità e a scadenza, dei debiti contratti dall'imprenditore, cui deve conseguire, secondo un rapporto di successione logica-temporale, la previsione della soddisfazione dei crediti, ossia le modalità di adempimento del debito ristrutturato*”<sup>286</sup>.

Le modalità di soddisfacimento dei creditori possono essere estremamente varie, essendo possibile, *inter alia*, operare pagamenti in denaro in favore dei creditori come previsto dall'articolo 7 comma primo L.sov., cedere propri crediti futuri *ex art. 8, comma primo, L.sov.*, ovvero soddisfare i crediti “*attraverso qualsiasi forma*”.

---

<sup>284</sup> Analogamente a quanto previsto dall'art. 160, primo comma, L.fall., il piano rappresenta un elemento essenziale della proposta e dunque integra una condizione dell'azione, cfr. A.MAFFEI ALBERTI, *op. cit.*, pp. 1055 ss.

<sup>285</sup> Cfr. A.MAFFEI ALBERTI, *op. cit.*, p. 2036.

<sup>286</sup> Cit. A.MAFFEI ALBERTI, *op. cit.*, p. 1056; si veda anche L.MANDRIOLI, *La Legge fallimentare. Commentario teorico-pratico* a cura di Ferro, Padova, 2011, p. 1745; M.SANDULLI, *La crisi dell'impresa. Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, Torino, 2009, pp. 984 ss.; P.F.CENSONI, *ult. op. cit.*, p. 243.

Tale flessibilità consente all'interprete, *mutatis mutandis*, di equiparare l'ampiezza contenutistica della proposta e del piano di sovraindebitamento a quella concordataria.

Di talché, nonostante non venga esplicitamente richiamata la cessione dei beni tra le modalità di soddisfacimento, è da preferire un'interpretazione estensiva della norma proprio in virtù del carattere onnicomprensivo e latamente atipico che il legislatore ha voluto conferire a questo genere di accordi giurisdizionalizzati. Pertanto, anche lo strumento della *cessio bonorum* parrebbe applicabile agli istituti in esame, così come la cessione di beni ad opera del terzo.

Un elemento di rigidità maggiore rispetto alla proposta concordataria, è invero contrassegnato, come visto in precedenza, dall'ipotesi in cui i beni del debitore non siano sufficienti a garantire la fattibilità del piano. Ebbene, in tal caso la proposta deve essere 'rafforzata' mediante la sottoscrizione da parte di uno o più terzi garanti che conferiscono –anche solo in garanzia – propri beni o redditi all'attivo.

D'altra parte la recente riforma del concordato preventivo, operata con il decreto legge 22 giugno 2015, n. 83, convertito con modificazioni dalla legge 7 agosto 2015, n. 134 ha (i) re-introdotto quale condizione di ammissibilità in ambito concordatario una soglia minima del venti per cento del valore nominale per il soddisfacimento dei crediti chirografari nell'ambito dei concordati senza continuità aziendale e (ii) ha disposto che nella proposta deve essere indicata "*l'utilità specificamente identificata ed economicamente valutabile che il proponente si obbliga ad assicurare a ciascun creditore*"<sup>287</sup>.

Di talché le recenti modifiche (che hanno risparmiato il sovraindebitamento) rendono oggi il contenuto della proposta concordataria più rigido rispetto a quello prescritto per la proposta nell'ambito del sovraindebitamento.

È possibile altresì immaginare forme di assunzione del debito da parte di un terzo, soprattutto in relazione ad imprese sovraindebitate in continuità aziendale. Sempre nel caso di accordo del debitore proposto da un'impresa sovraindebitata in continuità aziendale sarà possibile imputare ai creditori anche i futuri flussi di cassa generati dall'attività stessa.

La proposta ed il piano devono altresì indicare nel dettaglio il programma di dismissione dei cespiti in caso di finalità anche solo parzialmente liquidatoria della procedura, con precisazione del prezzo dei cespiti e relative tempistiche di vendita, le eventuali garanzie offerte ai creditori sui beni del proprio patrimonio, ovvero la volontà di affidarsi ad un eventuale terzo gestore che si occupi della liquidazione del patrimonio del debitore. Quest'ultimo verrebbe nominato dal giudice competente tra i soggetti che hanno i requisiti di cui all'articolo 28 L.fall. A tal proposito sarà possibile utilizzare forme di dismissione quale l'affitto o la vendita del ramo d'azienda o altre modalità simili, non avendo il legislatore posto alcuna preclusione in merito.

---

<sup>287</sup> Per approfondimenti sul tema si veda Trib. Pistoia 29 ottobre 2015, [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it); S.AMBROSINI, *Il diritto della crisi d'impresa nella legge n. 132 del 2015 e nelle prospettive di riforma*, 30.11.2015, pp. 8 ss., [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it).

## CAPITOLO III

### LA STRUTTURA PROCESSUALE DELLE PROCEDURE DI COMPOSIZIONE DELLE CRISI DA SOVRAINDEBITAMENTO

#### 3.1 L'ACCORDO DEL DEBITORE

L'art. 10 della legge n. 3/2012 disciplina l'accordo del debitore, una procedura che, come già si è potuto apprezzare in precedenza, presenta caratteristiche affini al concordato preventivo (e solo parzialmente agli accordi di ristrutturazione dei debiti), configurandosi come un accordo tra debitore sovraindebitato ed una maggioranza qualificata di creditori, perfezionatosi in via giudiziale il cui contenuto obbliga anche i creditori dissenzienti.

Questo istituto si rivolge in particolare a tutti i soggetti non fallibili diversi dal consumatore e per essere omologato deve trovare l'adesione del 60% del ceto creditorio (con diritto di voto) sulla base della proposta (e del piano) formulata dal debitore.

La gestione concorsuale è rimessa a quattro figure previste dalla legge: (i) il giudice che apre la procedura ed ha funzione di “*direzione e controllo*” della procedura, mantenendo le fondamentali prerogative di *ius dicere* durante il corso della stessa; (ii) l'Organismo di composizione della crisi che, soprattutto nell'ambito delle due procedure di composizione negoziata non meramente liquidatorie, svolge numerose (ed apparentemente confliggenti) funzioni tra cui quella di ausilio al debitore nella redazione della proposta, del piano e della documentazione, quella consultiva per il giudice con l'attestazione sulla fattibilità della proposta e quella di ausiliario del giudice con la gestione - verrebbe da dire in *outsourcing* - della fase di formazione dell'accordo; (iii) il liquidatore che può essere nominato - ove necessario - dal giudice su proposta dell'Organismo per gestire la fase dell'esecuzione<sup>288</sup>; (iv) il debitore che rimane *debtor in possession* degli *asset* oggetto della proposta, durante il corso della procedura, potendo disporre su di essi ogni atto di ordinaria amministrazione.

La procedura può essere suddivisa in tre fasi, quella introduttiva, quella di formazione dell'accordo e quella di omologazione.

#### 3.1.1 La fase introduttiva

La prima fase<sup>289</sup> è diretta all'instaurazione del contraddittorio e si apre con il deposito presso il tribunale del luogo in cui si trova la residenza o la sede principale del debitore. Unitamente alla proposta ed al piano dovrà essere allegata la documentazione ancillare prevista dall'articolo 9 L.sov. che consiste (i) nell'elenco di tutti i creditori, con l'indicazione delle somme dovute (ii) nell'elenco dei beni e degli eventuali atti di disposizione compiuti dal debitore negli ultimi cinque anni, (iii) nell'attestazione da parte dell'Organismo di composizione della crisi in merito

---

<sup>288</sup> Per un approfondimento su queste figure si veda (seppure in merito al diverso istituto liquidatorio) D.VATTERMOLI, *La procedura di liquidazione del patrimonio del debitore alla luce del diritto «oggettivamente» concorsuale*, op. cit., pp. 777 ss.

<sup>289</sup> Si veda per approfondimenti G.BRESCIA – F.CALDIERO – S.DAMIANI – G.GIOIA, *La composizione della crisi da sovraindebitamento*, Rimini, 2013, pp. 94 ss.

alla fattibilità del piano che assume veste e contenuto analoghi a quelle previste nell'ambito del concordato preventivo e degli accordi di ristrutturazione dei debiti, sebbene, in tale ipotesi, “*si tratta di una pre-attestazione in quanto l’attestazione definitiva verrà disposta solo in un momento successivo ai sensi di quanto previsto dall’art. 12, 1° co.*”<sup>290</sup>, (iv) nell’elenco delle spese correnti necessarie al sostentamento proprio e (se del caso) della propria famiglia con indicazione dei componenti del nucleo familiare e relativa certificazione sullo stato di famiglia.

Se il debitore svolge attività d’impresa devono essere altresì accluse le scritture contabili degli ultimi tre esercizi e la dichiarazione dell’imprenditore che ne attesti la conformità all’originale, al fine di consentire la ricostruzione dell’attivo e del passivo e di poter stimare anche l’effettiva necessità finanziaria per le spese correnti.

Peraltro, è solo il caso di segnalare come, per colui che svolge attività imprenditoriale o professionale, potrebbe rivelarsi assai difficile – se non impossibile – fornire un elenco dettagliato degli atti dispositivi posti in essere nel quinquennio precedente al deposito della domanda, atteso che questi soggetti difficilmente disporranno di un sistema di contabilità ordinaria. Una soluzione potrebbe essere quella di adottare una “*franchigia di valore*”<sup>291</sup> o una soglia di materialità, la cui definizione tuttavia rimarrebbe nel mero arbitrio del debitore e dell’Organismo.

La proposta deve essere depositata dall’Organismo contestualmente, ed in ogni caso non oltre tre giorni dal deposito in tribunale, presso l’agente della riscossione, gli uffici fiscali e gli enti locali competenti in base all’ultimo domicilio fiscale del debitore. Alla proposta dovrà essere altresì allegata una ricostruzione della posizione fiscale del debitore e le relative esposizioni verso l’erario, oltre all’indicazione di eventuali contenziosi pendenti.

Il giudice può concedere un termine perentorio di quindici giorni al debitore per integrare la proposta o produrre nuovi documenti ai sensi dell’articolo 9, comma terzo *ter*, L.sov.

Ai sensi dell’articolo 9, comma terzo *bis*, L.sov., si specifica che dalla data del deposito viene sospeso il decorso degli interessi legali e convenzionali sui crediti diversi da quelli privilegiati, ipotecari o pignorati. Come evidenziato in precedenza (§ 2.2.1) questa circostanza rappresenta uno degli indizi più significativi circa la natura concorsuale della procedura.

Peraltro, il richiamo anche in questa sede agli articoli 2749, 2788 e 2855 c.c. definisce un meccanismo per il calcolo degli interessi in presenza della procedura concorsuale del tutto analogo a quanto stabilito dalla legge fallimentare per il fallimento ed il concordato preventivo ai sensi del combinato disposto tra gli articoli 54 ultimo comma e 55 L.fall.

---

<sup>290</sup> Cit. A.MAFFEI ALBERTI, *op. cit.*, p. 2038.

<sup>291</sup> Cit. A.MAFFEI ALBERTI, *op. cit.*, p. 2038.

Perciò con il deposito della proposta si apre un procedimento affidato al giudice in funzione monocratica che è regolato dagli articoli 737 e ss. c.p.c.<sup>292</sup>

Il giudice, una volta verificata la completezza della proposta e la sussistenza dei presupposti di cui agli articoli 7, 8, 9 L.sov., apre la fase propedeutica al raggiungimento dell'accordo. Questa fase appare non dissimile al filtro di ammissibilità previsto dall'art. 162 L.fall. per ciò che concerne il concordato preventivo<sup>293</sup>. Si deve però notare come la struttura della procedura, alla luce delle esigenze di maggior semplicità di questa procedura rispetto al concordato, parrebbe conferire al giudice un potere di controllo di mera legittimità formale circa la sussistenza delle condizioni di ammissibilità, la coerenza del contenuto dell'accordo e la completezza della documentazione<sup>294</sup>.

In particolare – per riprendere in parte le argomentazioni formulate dalla Suprema Corte con il noto arresto 1521/2013 in tema di giudizio di fattibilità in materia di concordato – al giudice, in questa sede non spetta un giudizio sulla c.d. “*fattibilità economica*”, bensì una verifica di legittimità sulla completezza e coerenza della documentazione e sulla sussistenza dei presupposti per la “*fattibilità giuridica*” della proposta<sup>295</sup>.

Con parole efficaci eminente dottrina ha sostenuto che il tribunale in sede di ammissibilità debba operare la valutazione formale di legittimità, poiché “*se veramente la fattibilità della proposta (quale che essa sia) fosse una “condizione prescritta per l'ammissibilità del concordato”, una volta accertatane l'infattibilità, tribunale – raccolta la segnalazione – dovrebbe revocare tout*

---

<sup>292</sup> Di talché contro i provvedimenti emessi dal giudice del sovraindebitamento è ammesso reclamo al medesimo tribunale in composizione collegiale, dal quale sarà escluso il giudice che ha emesso il provvedimento.

<sup>293</sup> Cfr. anche A.MAFFEI ALBERTI, *op. cit.*, p. 2041, il quale ritiene che il sindacato di merito sulla fattibilità del piano e sulla veridicità dei dati spetti al solo Organismo di composizione della crisi. Tale giudizio è basato sul contenuto dell'articolo 17, comma secondo, L.sov., ora abrogato, a mente del quale “*lo stesso organismo verifica la veridicità dei dati contenuti nella proposta e nei documenti allegati, attesta la fattibilità del piano ai sensi dell'articolo 9, comma 2, e trasmette al giudice la relazione sui consensi espressi e sulla maggioranza raggiunta ai sensi dell'articolo 12, comma 1.*”. Con l'eliminazione della citata disposizione l'Organismo oggi, di fatto, attesta solo la fattibilità del piano, generando invero qualche dubbio sui reali poteri il giudice del sovraindebitamento, ancorché parrebbe pacifico che questi non possa sindacare il merito economico della proposta.

<sup>294</sup> M.FABIANI, *La gestione del sovraindebitamento del debitore “non fallibile” (d.l. 212/2011)*, *op. cit.*, p. 9.

<sup>295</sup> Per una ricostruzione completa in merito al citato arresto della Suprema Corte si vedano, tra gli altri, P.F.CENSONI, *I limiti del controllo giudiziale sulla “fattibilità” del concordato preventivo*, *Giur. Comm.*, n. 40.3/II, 2013, pp. 343 ss. e M.FABIANI, *Guida rapida alla lettura di Cass. s.u. n. 1521/2013*, 30 gennaio 2013, [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it), secondo cui “*i Giudici di legittimità distinguono la fattibilità giuridica dalla fattibilità economica e senza titubanze precisano che sulla prima il sindacato del tribunale non può essere messo in discussione. Si tratta di una distinzione non diffusa, ma neppure originale posto che si evoca, in qualche misura, il tema dell'impossibilità dell'attuazione del piano. Nella motivazione si fa l'esempio della previsione della cessione di un bene altrui e si precisa che un concordato con cessione dei beni che avesse un piano fondato sulla vendita di un bene altrui sarebbe giuridicamente non fattibile. L'esempio è perspicuo ma non proprio calzante perché occorre intendersi sulla nozione di cessione dei beni: certo se la proposta avesse come oggetto la cessione traslativa di un bene altrui mancherebbe la fattibilità giuridica e questo non sarebbe, però, un profilo che attiene alla fattibilità, quanto invece, all'ammissibilità ma di questo i Giudici si sono resi conto (pag. 44). In ogni caso la questione della reale o supposta distinzione fra fattibilità giuridica e fattibilità pratica-economica del piano non va enfatizzata, quanto meno per il fatto che la prima sembra albergare in fattispecie marginali, se non quasi di scuola. In tal senso il focus dell'interprete deve dirigersi verso altri brani della motivazione assai più stimolanti. Un aspetto importante è rappresentato dal fatto che la Corte assume che la fattibilità sia direttamente sindacabile (vedremo, poi, in che limiti) dal tribunale e non solo in via mediata per il tramite della attestazione; ciò sul presupposto che l'art. 162 l.fall. rimanderebbe ai requisiti di ammissibilità fra i quali andrebbe compresa la fattibilità”; A.M.LEOZAPPA, *Concordato preventivo: fattibilità giuridica e modifiche organizzative*, *Fall.*, 8-9/2015, pp. 881 ss.*

*court il concordato, senza attendere l'adunanza dei creditori, sottraendo conseguentemente a costoro ogni potere di valutazione del piano (così proposto) e al debitore appunto di modificarlo*"<sup>296</sup>.

Ebbene, questa impostazione parrebbe applicabile, *mutatis mutandis*, anche alla procedura in esame atteso che ogni valutazione sulla fattibilità è espressamente assegnata dalla legge all'Organismo mediante lo strumento dell'attestazione<sup>297</sup> e non costituisce una condizione che debba essere verificata nel merito. Vieppiù, al debitore è consentito modificare la proposta anche dopo l'inizio della fase di raggiungimento dell'accordo come si evince dall'articolo 11, comma prima, L.sov. a mente del quale *"i creditori fanno pervenire [...] dichiarazione sottoscritta del proprio consenso alla proposta, come eventualmente modificata [...]"*.

Una volta verificata l'ammissibilità della proposta nei termini sopradescritti il giudice fissa immediatamente con decreto l'udienza di cui all'articolo 10, terzo comma, L.sov., disponendo che il decreto e la proposta siano comunicati ai creditori a mezzo telegramma, lettera raccomandata con avviso di ricevimento, telefax ovvero posta elettronica certificata. A mente dell'articolo 10, comma primo, L.sov., il giudice deve fissare l'udienza entro 60 giorni dalla data del deposito della proposta e della relativa documentazione<sup>298</sup>.

Il decreto ha un contenuto piuttosto complesso e produce numerosi effetti, come si evince dall'articolo 10, comma secondo, L.sov. Il più rilevante risulta sicuramente quello segregativo sul patrimonio del debitore, tipico delle procedure concorsuali maggiori. Tuttavia proprio rispetto a tali procedure vi sono alcuni elementi peculiari. Anzitutto il divieto di iniziare o proseguire *"azioni esecutive individuali"* a pena di nullità nei confronti dei debitori non preclude comunque ai creditori di agire perché ne venga dichiarato il fallimento; inoltre il divieto di iniziare o proseguire i soli sequestri conservativi sul patrimonio del debitore limita il perimetro della segregazione offerto dalle procedure di sovraindebitamento rispetto al concordato e agli accordi di ristrutturazione, giacché in questi ultimi casi l'effetto preclusivo riguarda le azioni cautelari in generale.

Sempre in relazione all'effetto segregativo, il legislatore ha imposto il divieto di acquistare diritti di prelazione sul patrimonio del debitore da parte dei creditori per titolo o per causa anteriore.

---

<sup>296</sup> Cit. P.F.CENSONI, *ult. op. cit.*, p. 351; in senso parzialmente contrario si veda Cass. n. 9476/2014, [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it), secondo cui *"il controllo di legittimità da parte del Giudice, che deve svolgersi in tutte le fasi del concordato, non è limitato alla completezza, alla congruità logica ed alla coerenza complessiva della relazione del professionista, ma si estende alla fattibilità giuridica della proposta, la cui valutazione implica un giudizio in ordine alla sua compatibilità con le norme inderogabili e con la causa in concreto dell'accordo"*.

<sup>297</sup> In proposito il Trib. Bergamo 31.3.2015 ha precisato che *"nell'ambito della composizione della crisi da sovraindebitamento, la presenza di una relazione redatta dall'organismo di composizione della crisi che si presenti provvista dei requisiti di analiticità motivazionale, esaustività, coerenza logica e non contraddittorietà, comporta che il giudice delegato possa limitarsi a recepirne contenuti e conclusioni, ovviamente a condizione che vi sia rispondenza logica tra i contenuti del piano e l'argomentare dell'organismo. In tal caso, il giudice delegato deve valutare se l'argomentare dell'organismo sia stato corretto e si presenti quindi come convincente. Il giudice delegato dovrà, pertanto, valutare anche i contenuti del piano, al fine di verificare, oltre alla loro coerenza e logicità intrinseca, la loro corrispondenza ai contenuti della attestazione definitiva."*, [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it).

<sup>298</sup> Nella normativa previgente non era fissato alcun termine per la fissazione dell'udienza, generando così incertezza sulla durata della procedura stessa.

Un ulteriore tratto che accomuna questa procedura al concordato preventivo attiene al fatto che i suddetti divieti siano stati espressamente sanciti “*a pena di nullità*”, di talché, qualora la proposta non vada a buon fine o non venga omologata, gli atti di prelazione acquisiti, gli atti esecuzione ed i sequestri compiuti risultano nulli e pertanto non produrranno alcun effetto verso terzi. Il riferimento alla nullità di questi atti non è presente invece negli accordi di ristrutturazione laddove l’effetto protettivo assume rilievo solo temporaneo (*i.e.* 60 giorni dall’apertura della procedura) e, nel caso in cui la procedura non vada a buon fine, non rende inefficaci gli atti cautelari, esecutivi posti in essere o i titoli di prelazione acquisiti durante il periodo di segregazione. Tale sospensione a pena di nullità non opera a favore dei creditori titolari crediti impignorabili che potranno pertanto avvantaggiarsi rispetto agli altri creditori avendo la facoltà di aggredire da subito ed in via ‘esclusiva’ il patrimonio del debitore.

Anche in questa sede è possibile fornire titoli di prelazione per i crediti sorti successivamente da nuovi finanziamenti e destinati a fornire la provvista per l’esecuzione dell’accordo. Invero, tali crediti, così come quelli sorti in occasione della procedura, godranno anche della predeazione ai sensi dell’art. 13, comma quarto *bis*, L.sov.

Il decreto di ammissione deve considerarsi poi equiparato all’atto di pignoramento<sup>299</sup> e produce uno spossessamento attenuato sul patrimonio del debitore, analogamente a quanto accade nel concordato preventivo. Infatti egli potrà compiere atti eccedenti l’ordinaria amministrazione che siano efficaci nei riguardi dei creditori anteriori solo con la previa autorizzazione del giudice, ai sensi di quanto previsto dall’articolo 10, comma terzo *bis*, L.sov.<sup>300</sup>

Come osservato da attenta dottrina “*l’equiparazione in commento servirebbe ad attribuire al decreto predetto un, tanto automatico quanto implicito, effetto di ingiunzione al debitore di astenersi da qualunque atto diretto a sottrarre, alla garanzia dei crediti contemplati nell’accordo, i beni e i frutti di essi nel medesimo ricompresi. La sostanziale equivalenza del decreto di apertura della procedura di accordo di composizione della crisi all’atto di*

---

<sup>299</sup> “Il pignoramento può essere inteso sia come atto processuale che come complesso di effetti processuali e sostanziali che derivano dall’atto stesso. Con il compimento dell’atto si individuano e determinano i beni sui quali avviene l’esecuzione, trasformando così la generica assoggettabilità enunciata dalla norma generale dell’art. 2740, in una specifica individuazione e assoggettamento di beni; l’atto del pignoramento fa sorgere altresì un effetto di indisponibilità giuridica da parte del debitore sul bene, creando un vincolo”, cit., L.P.COMOGLIO – C.FERRI – M.TARUFFO, *Lezioni sul processo civile – Procedimenti speciali, cautelari ed esecutivi*, Vol. II, Bologna, 2006, p. 349.

<sup>300</sup> Per identificare il rapporto tra atti di straordinaria e di ordinaria amministrazione si può sostanzialmente richiamare quanto in dottrina e giurisprudenza è stato osservato in tema di spossessamento attenuato nel concordato preventivo (art. 167 L.fall.). Tra gli atti di ordinaria amministrazione sono annoverabili in linea di principio tutti quegli atti che appaiono normali in relazione allo scopo della gestione e alla entità del patrimonio. Sotto una prospettiva di conservazione del patrimonio gli atti di ordinaria amministrazione non implicano un mutamento dell’essenza economica o della situazione giuridica dei vari elementi che formano il patrimonio. Nell’ambito del concordato peraltro è stata introdotta la possibilità per il tribunale di prevedere un limite di valore al di sotto del quale non è dovuta l’autorizzazione. Di talché due sono i parametri che possono demarcare gli atti di ordinaria da quelli di straordinaria amministrazione: (i) un criterio qualitativo rispetto alla connessione dell’atto con l’ordinario esercizio dell’attività d’impresa e (ii) un criterio quantitativo, rispetto all’impatto economico (in termini numerici) che l’atto di disposizione produce sul patrimonio. Sul tema, *inter alios*, si vedano in dottrina: F.CORSI, *Il concetto di amministrazione nel diritto privato*, Milano, 1974, pp. 109 ss., S.AMBROSINI, *le nuove procedure concorsuali. Dalla riforma «organica» al decreto «correttivo»*, Commentario a cura di Ambrosini, Bologna, 2008, pp. 96 ss. e P.F.CENSONI, *Lineamenti di diritto fallimentare*, op. cit., pp. 255 ss.; in giurisprudenza di legittimità si veda Cass. nn. 17999/2011, 20291/2005 e 9262/2002, [www.dejure.it](http://www.dejure.it); per la giurisprudenza di merito si vedano Trib. Rovigo 24.11.2015, Trib. Verona 6.5.2014, Trib. Terni 13.6.2011, [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it).

*pignoramento svolgerebbe pertanto una funzione servente a vincolare i beni da assoggettare all'esecuzione dell'accordo al fine di assicurare il programmato soddisfacimento dei creditori. Il che produrrebbe l'ulteriore e complementare effetto di rendere inefficaci nei confronti dei creditori (divenuti) concorsuali gli atti di alienazione o disposizione compiuti dal debitore aventi ad oggetto i beni ricompresi nell'accordo.*"<sup>301</sup>

Il decreto - sempre a fini conservativi e a mente dell'articolo 10, comma secondo, lett. b) L.sov. - può ordinare, ove il piano lo preveda, la cessione o l'affidamento dei beni mobili registrati ed immobili a terzi. In tal caso il decreto deve essere trascritto, a cura dell'Organismo, nei pubblici registri presso gli uffici competenti.

Il decreto deve altresì contenere le forme di pubblicità della proposta e del provvedimento medesimo che il giudice riterrà più idonee rispetto al singolo caso. Ferma tale libertà, il legislatore si preoccupa solo di precisare che nel caso in cui il debitore eserciti un'attività d'impresa la proposta ed il decreto di ammissione dovranno essere pubblicati nel Registro delle Imprese dove lo stesso è iscritto.

Al provvedimento di cui all'articolo 10, L.sov.<sup>302</sup>, saranno applicabili le disposizioni di cui agli articoli 737 e ss. c.p.c., pertanto potrà essere soggetto a reclamo di fronte al tribunale competente in composizione collegiale, con l'esclusione del giudice che ha emesso il provvedimento<sup>303</sup>.

### **3.1.2 La fase di formazione dell'accordo**

Successivamente all'emissione del decreto di ammissione si apre la fase di formazione del consenso di cui all'articolo 11 L.sov., che, rispetto a quello concordataria, si raggiunge mediante

<sup>301</sup> Cit. B.ARMELI, *op. cit.*, pp. 44 ss.

<sup>302</sup> Sul punto un recente arresto del Supremo Collegio - seppure in relazione ad un piano del consumatore - ha dichiarato inammissibile un ricorso avverso decreto con cui il giudice ha rigettato un piano del consumatore in quanto carente di quel carattere decisorio necessario ai fini della proposizione del ricorso al Giudice di legittimità. Con questa pronuncia il Giudice di ultima istanza ha inteso porre un limite alla ricorribilità per cassazione avverso i provvedimenti emessi nell'ambito di una procedura concorsuale che consentano comunque al debitore di modificare la propria domanda per l'ottenimento dei fini sperati (e che di fatto vengono equiparate ai provvedimenti aventi efficacia endo-processuale). Infatti, afferma la Suprema Corte, il decreto di rigetto in sede di ammissibilità *"non pregiudica in tesi la stessa possibilità di presentare un altro e diverso piano (del consumatore), pur se con gli eventuali limiti temporali - posti dal legislatore a fronteggiare un uso ripetuto ed indiscriminato dell'istituto - di cui all'art. 7 co.2 lett.b), peraltro dettato a carico del debitore che "vi abbia fatto ricorso", dunque fruendo degli effetti pieni dell'istituto stesso nel quinquennio anteriore. Il provvedimento denegativo, a questa stregua, non esprime allora tratti rilevantemente diversi, riguardato sotto il profilo della ricorribilità per cassazione, dai corrispondenti provvedimenti negativi (o di rigetto dello stato degli atti) assunti nella procedura pre-fallimentare (Cass. 6683/2015), in quanto anch'esso esplicita una specifica idoneità a tradursi, per via giudiziale, nella validazione del singolo progetto ristrutturativo del passivo quale proposto in un dato ricorso e dunque riflette una situazione economico-finanziaria parzialmente mutevole, né assimilabile, [...] al diniego dell'esdebitazione fallimentare di cui all'art. 143 l.f., soggetta ad altri presupposti, delimitazioni e finalità."*; cfr. Cass. n. 1869/2016, [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it). Anche in materia di concordato preventivo si è recentemente espressa la Cassazione che ha negato la possibilità di proporre ricorso straordinario ex art. 111 Cost. al provvedimento con cui il tribunale nega l'omologa del concordato. Infatti *"il provvedimento di diniego della omologazione del concordato preventivo che non sia seguito dalla sentenza di fallimento non è impugnabile con ricorso straordinario ex articolo 111 Cost., in quanto non dotato di natura decisoria, se non nel caso in cui il diniego dell'omologazione dipenda da ragioni che escludono una consequenziale declaratoria di fallimento (quali ad esempio l'esclusione della qualità di imprenditore commerciale o l'assenza dello stato di insolvenza, o il difetto di giurisdizione)"*; Cass. 653/2016, nota di F.BENASSI, [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it).

<sup>303</sup> Avverso il provvedimento di ammissione non parrebbe possibile proporre ricorso in Cassazione attesa la natura provvisoria del decreto che dovrà in ogni caso essere assorbito nel provvedimento di omologa (ovvero di diniego); cfr. in senso conforme A.MAFFEI ALBERTI, *op. cit.*, p. 2041.

adesione in sede stragiudiziale. Infatti, sarà l'Organismo di composizione della crisi a dover organizzare e gestire le operazioni di voto dei creditori e non sarà necessaria alcuna adunanza dei creditori avanti al giudice<sup>304</sup>.

Sotto questo aspetto (così come nella percentuale minima del 60 % per il raggiungimento dell'accordo) si ravvisa l'elemento di maggiore affinità tra questa procedura e gli accordi di ristrutturazione dei debiti.

In merito alla formazione del consenso è necessario precisare che la soglia minima ai fini del raggiungimento dell'accordo deve riguardare non tutti i creditori, bensì solo quelli chirografari o quelli privilegiati che abbiano rinunciato in tutto o in parte al proprio diritto di prelazione. Pertanto, analogamente a quanto accade nell'ambito del concordato preventivo, ai creditori che abbiano una causa legittima di prelazione viene in linea di principio precluso l'esercizio del diritto di voto.

Questa esclusione è figlia del tradizionale principio dell'indifferenza rispetto alla procedura concordataria dei creditori privilegiati, i quali, al di fuori del caso di incapacità dei beni oggetto di garanzia o di rinuncia volontaria al rango privilegiato, hanno diritto esclusivamente all'integrale pagamento nell'ambito della procedura<sup>305</sup>. Per altra dottrina la ragione dell'esclusione del voto dei privilegiati nelle procedure concordatarie risiede nell'eccesso di interesse di questi al perseguimento di simili soluzioni<sup>306</sup>.

Ne consegue che i soggetti legittimati ad esercitare il diritto di voto sono tutti i creditori anteriori, esclusi quelli con causa legittima di prelazione di cui sia previsto l'integrale pagamento, i creditori privilegiati ai quali viene applicata una moratoria annuale, i parenti e gli affini entro il quarto grado del debitore ed i cessionari o gli aggiudicatari dei crediti di questi ultimi.

La manifestazione di assenso deve avvenire per iscritto, mediante sottoscrizione della dichiarazione di adesione alla proposta e deve essere inviata all'Organismo di composizione almeno dieci giorni prima dell'udienza fissata dal giudice con il decreto di ammissione. Peraltro l'articolo 10, comma primo, L.sov. assegna un termine di trenta giorni ai creditori per esercitare il diritto di voto. Il legislatore ha disposto l'applicazione del principio del silenzio - assenso per i creditori che non facciano pervenire alcuna dichiarazione all'Organismo entro il termine di cui all'articolo 11, comma primo, L.sov.

Se alla proposta aderiscono i creditori rappresentanti almeno il sessanta per cento dei crediti, allora l'accordo può considerarsi raggiunto e l'Organismo di composizione della crisi redige ed invia a ciascun creditore una relazione con il dettaglio dei consensi espressi e della percentuale di creditori aderenti.

---

<sup>304</sup> Cfr. G.BRESCIA – F.CALDIERO – S.DAMIANI – G.GIOIA, *La composizione della crisi da sovraindebitamento*, op. cit., pp. 125 ss.

<sup>305</sup> F.GUERRERA, *Diritto fallimentare. Manuale breve*, in Abriani e altri, Milano, 2013, pp. 153 ss.; L.GUGLIELMUCCI, *la riforma in via d'urgenza della legge fallimentare*, Torino, 2005, pp. 51 ss.; Trib. Monza 21 aprile 1978, Giur. Comm., 1980/II, p. 143.

<sup>306</sup> Per tutti si veda R.SACCHI, *Il principio di maggioranza nel concordato e nell'amministrazione controllata*, Milano, 1984, pp. 447 ss.

Sulla relazione i creditori possono sollevare eventuali contestazioni nei dieci giorni successivi al ricevimento. Decorso tale termine, l'Organismo dovrà inoltrare la relazione e le eventuali contestazioni ricevute al giudice affinché decida in merito all'omologa dell'accordo. Data l'assenza di un termine perentorio per l'invio della relazione ai creditori è verosimile che l'Organismo effettui l'invio successivamente all'udienza per accertare la presenza di iniziative o atti in frode ai creditori di cui all'articolo 10, terzo comma L.sov., allegando alla relazione l'ordinanza di prosecuzione della procedura<sup>307</sup>.

Sempre in relazione alla fase di raggiungimento dell'accordo preme segnalare che ogni modifica alla proposta del debitore debba essere soggetta ad una nuova adesione da parte dei creditori, salvo che la modifica non rilevi in alcun modo sulla posizione creditoria del singolo<sup>308</sup>.

L'articolo 11, comma quarto, L.sov., specifica altresì come tale accordo non determini una novazione oggettiva dell'obbligazione, così come previsto in materia di concordato preventivo ed accordi di ristrutturazione. Pertanto, nell'ipotesi di eventi patologici che determinino la cessazione degli effetti dell'accordo nella fase di esecuzione del piano, l'obbligazione di ogni singolo creditore non sarà quella soggetta a falcidia, come determinata agli esiti dell'accordo, bensì il diritto di credito originario<sup>309</sup>.

In deroga al principio della comunicabilità degli effetti favorevoli tra condebitori nel diritto comune, frutto del combinato disposto tra gli articoli 1239, 1301 e 1941 c.c., l'articolo 11, comma terzo esclude che l'accordo possa produrre effetti esdebitatori anche nei riguardi di fideiussori, coobbligati od obbligati in via di regresso, analogamente a quanto disposto dall'articolo 184 L.fall. nell'ambito del concordato preventivo e 135, secondo comma, L.fall. in relazione al concordato fallimentare<sup>310</sup>.

L'unica udienza prevista dal legislatore è fissata ad esito della fase di formazione dell'accordo ed è declinata nel suo contenuto minimo dall'articolo 10, terzo comma L.sov. In particolare, la norma dispone che all'udienza il giudice accerti la presenza di iniziative in o atti in frode ai creditori e per gli effetti revochi il decreto di ammissione e disponga la cancellazione della trascrizione del decreto e della proposta e di ogni altra forma di pubblicità ivi disposta<sup>311</sup>.

Tale previsione rappresenta un *unicum*, poiché, pur avendo questa udienza finalità simile al sub-procedimento di cui all'articolo 173 L.fall., essa rappresenta un momento fisiologico (e non solo eventualmente patologico) della procedura nel quale il giudice dispone di poteri officiosi per

---

<sup>307</sup> Così B.ARMELI, *op. cit.*, pp. 44 ss.

<sup>308</sup> Secondo Trib. Pistoia, 8.7.2014 è possibile modificare la proposta sino alla fase dell'omologa ed all'eventuale fissazione dell'udienza di omologazione, [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it).

<sup>309</sup> L'esdebitazione genera infatti obbligazione naturale per la parte del credito falcidiata ed in caso di risoluzione o annullamento del piano o della proposta, il debitore tornerà obbligato per l'intero nei confronti dei creditori tutti, fatti salvi ovviamente gli atti posti in essere in esecuzione delle procedure.

<sup>310</sup> Tale deroga è stata storicamente giustificata dalla natura storicamente pubblicistica dell'accordo concordatario. Per una ricostruzione sull'argomento cfr. A.MAFFEI ALBERTI, *op. cit.*, p. 1306 ss.

<sup>311</sup> I primi commentatori hanno osservato come “*sembrerebbe dunque un'iniziativa officiosa del giudice di accertamento del presupposto oggettivo fondante una revocatoria ordinaria, alla quale i soggetti interessati (ceto creditorio e debitore) sono comunque – potenzialmente – invitati a partecipare essendo stati notiziati della data dell'udienza tramite apposita comunicazione*”, cit. B.ARMELI, *op. cit.*, p. 44

accertare la condotta del debitore. Infatti l'indagine del giudice potrebbe riguardare tanto le circostanze portate all'attenzione dalle parti, quanto i fatti emergenti dalla documentazione disponibile, ivi compresi gli atti di disposizione operati dal debitore nel quinquennio precedente.

Tuttavia, questa udienza non è solo propedeutica all'accertamento di tali circostanze ed alla eventuale revoca del decreto di ammissione (e delle connesse trascrizioni e pubblicità), bensì, di converso, in assenza di alcuna iniziativa o atto di frode del debitore, all'esito dell'udienza, il giudice potrà emettere un'ordinanza di prosecuzione della procedura - nell'attesa di ricevere la relazione dell'Organismo sulle adesioni e sulle eventuali contestazioni - in ordine ad un accordo che sostanzialmente si sia già perfezionato entro dieci giorni prima dell'udienza<sup>312</sup>.

Nel caso in cui, prima dell'udienza, sia già certo il mancato raggiungimento del *quorum* per l'approvazione, il giudice, ad esito della stessa, potrà invece revocare il decreto di ammissione, disponendo la cancellazione delle trascrizioni e delle altre forme di pubblicità disposte nella fase introduttiva.

### **3.1.3 La fase dell'omologazione**

Quella dell'omologazione rappresenta la fase conclusiva della procedura ed il provvedimento che ne scaturisce può condurre a tre diverse conseguenze. Nel caso di mancato raggiungimento dell'accordo - al di fuori del caso in cui il decreto sia già pronunciato ad esito dell'udienza di cui all'articolo 10, comma terzo, L.sov. - il giudice provvederà a revocare il decreto contenente l'inibitoria nei confronti dei creditori, che vedranno così una nuova espansione del proprio diritto<sup>313</sup>.

Se l'accordo invece è raggiunto, il giudice può omologare l'accordo dopo aver verificato l'effettivo raggiungimento (i) della percentuale minima del sessanta per cento dei crediti richiesto dalla legge, (ii) l'idoneità dell'accordo ad assicurare il pagamento integrale dei crediti impignorabili e di quelli tributari previsti dall'articolo 9, L.sov. e (iii) dopo aver risolto ogni contestazione dei creditori presentata al giudice dall'Organismo di composizione della crisi, unitamente alla relazione sulle adesioni.

A differenza del concordato preventivo e degli accordi di ristrutturazione dei debiti, la fase di omologazione nell'accordo del debitore non contempla né la celebrazione di una udienza per l'omologa, né la previsione di alcuna comunicazione ai creditori (bensì il giudice potrà disporre le forme di pubblicità già utilizzate per il decreto di ammissione anche per il provvedimento di omologa).

Pertanto le contestazioni che potranno giungere al giudice saranno solo quelle inviate dai creditori ammessi, da quelli esclusi e da terzi interessati all'Organismo di composizione. A tal proposito parrebbe che anche i creditori privilegiati per i quali sia previsto il pagamento integrale, ma dilazionato nel tempo, possano presentare le proprie contestazioni, atteso che la

---

<sup>312</sup> Mentre il giudice nemmeno in questa sede parrebbe poter esprimere alcun giudizio di merito circa la fattibilità della proposta.

<sup>313</sup> Cfr. G.BRESCIA – F.CALDIERO – S.DAMIANI – G.GIOIA, *ult. op. cit.*, pp. 131 ss.

posticipazione dei pagamenti imposta anche con l'utilizzo della moratoria annuale, rappresenta comunque una forma di falcidia finanziaria<sup>314</sup>.

Il legislatore non ha individuato specificamente cosa possa essere oggetto di contestazioni, pertanto queste potrebbero riguardare tanto il contenuto dell'accordo quanto il credito vantato dal singolo<sup>315</sup>.

L'articolo 12, comma secondo, secondo periodo, L.sov., consente ad ogni creditore dissenziente, a quelli esclusi e a tutti i terzi interessati di contestare la convenienza dell'accordo rispetto alla procedura liquidatoria di cui agli articoli 14 ter e ss. L.sov.

Al giudice viene dunque conferito un potere piuttosto ampio nell'ambito del giudizio di "*cram down*". Infatti l'organo giurisdizionale può valutare (ciò che probabilmente sarà già anticipata nella relazione di attestazione dell'Organismo) il soddisfacimento del credito in sede di esecuzione dell'accordo in misura non inferiore rispetto all'alternativa liquidatoria.

Il fatto che la legge attribuisca al giudice il potere di verificare l'idoneità del piano a soddisfare i crediti impignorabili, nonché quelli di cui all'articolo 7, comma primo, L.sov. suscita nell'interprete qualche dubbio rispetto al tipo di sindacato che dovrà essere operato in sede di omologa non essendo chiaro se esso si estenda solo alla completezza ed alla coerenza dell'attestazione di fattibilità rilasciata dall'Organismo, ovvero se abbia ad oggetto un vero e proprio giudizio di merito sul piano stesso.

Pur con qualche perplessità rispetto alla portata letterale dell'articolo 12, chi scrive ritiene che il sindacato del giudice nemmeno in questa sede possa estendersi al merito del piano (sindacato questo che, peraltro, non è contemplato né nel concordato preventivo né negli accordi di ristrutturazione dei debiti)<sup>316</sup>.

Ciò perché già nella fase di ammissione il giudice verifica la sussistenza (*i.e.* giudizio formale di legalità) dei presupposti e di tutte le condizioni richieste dalla legge, ivi compresa l'attestazione. Pertanto, parrebbe incoerente che solo all'esito della procedura - e dopo l'approvazione da parte dei creditori - il giudice allora possa d'ufficio sindacare il piano nel merito con riguardo al soddisfacimento di taluni creditori<sup>317</sup>.

---

<sup>314</sup> Attinente, ad esempio, alla perdita di chance dovuta alla mancata disponibilità della somma di denaro da parte del creditore che avrebbe potuto impiegarla nel periodo di moratoria per ottenerne nuovo lucro.

<sup>315</sup> Secondo A.MAFFEI ALBERTI, *op. cit.*, p. 2044 le contestazioni possono avere ad oggetto "*L'erroneo calcolo delle adesioni, ma anche il loro mancato inserimento nell'elenco dei creditori, ovvero la non fattibilità del piano e l'incapacità del debitore di adempiere alla proposta. Poiché il legislatore non elenca le contestazioni che possono essere sollevate la prassi potrà individuarne di volta in volta altre.*"

<sup>316</sup> Cfr. P.F.CENSONI, *I limiti del controllo giudiziale sulla "fattibilità" del concordato preventivo*, *op. cit.*, p. 355; così anche Cass. 23.6.2011, n. 13817, [www.dejure.it](http://www.dejure.it).

<sup>317</sup> *Contra* si veda Trib. Bergamo 31.3.2015, secondo cui "*nell'ambito della composizione della crisi da sovraindebitamento, il giudice delegato è chiamato ad una valutazione di fattibilità del piano, poiché soltanto quest'ultima garantisce l'attuabilità degli accordi e che da essi scaturisca il soddisfacimento dei creditori in termini coerenti con la proposta*", [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it).

Piuttosto, preme sottolineare come la norma richieda al giudice di verificare che nelle more della procedura e dopo il raggiungimento dell'accordo non siano intercorse circostanze che mettano concretamente in pericolo la fattibilità del piano con riferimento ai menzionati crediti<sup>318</sup>.

In altre parole, quando sulla base di dati obiettivi il giudice sia notiziato (di norma) dalle parti, da terzi interessati o dall'Organismo, in merito a circostanze che possano inficiare il soddisfacimento della predetta condizione, egli allora dovrà verificare se alcuno dei presupposti della procedura sia venuti meno (*i.e.* il soddisfacimento minimo imposto dalla legge per taluni creditori)<sup>319</sup>.

Non essendo prevista invece alcuna udienza, il legislatore non ha specificato un termine entro il quale il giudice debba provvedere sull'omologa. Di talché l'unico limite temporale invalicabile è quello di sei mesi dalla presentazione dell'accordo che coincide con il tempo massimo che il legislatore ha imposto per la durata della procedura di sovraindebitamento.

L'effetto principale dell'omologa è senz'altro quello di obbligare tutti creditori anteriori al momento in cui viene disposta la pubblicità del decreto di ammissione *ex* articolo 10, secondo comma, ad uniformarsi al suo contenuto, vincolando così ad esso anche i dissenzienti.

Un'altra ulteriore e rilevante conseguenza attiene invero alla sospensione ed all'inibizione dalle azioni esecutive sui beni compresi nel piano per i titolari di crediti sorti posteriormente al momento in cui viene disposta la pubblicità del decreto di ammissione *ex* articolo 10, secondo comma.

Infine, il provvedimento emesso dal giudice in sede di omologa è reclamabile ai sensi dell'articolo 739 c.p.c. (e dal collegio deve essere escluso il giudice che lo ha pronunciato). Nel caso di provvedimento di omologa è ammissibile anche il ricorso per Cassazione, poiché la pronuncia attiene da un lato all'applicabilità o meno del concorso tra i creditori ed in secondo luogo poiché produce rilevanti effetti obbligatori su tutti i creditori anteriori alla pronuncia.

Come correttamente osservato in dottrina *“sebbene tali effetti siano transitori, tuttavia il creditore può in alcuni casi vedere differita, contro la sua volontà, la soddisfazione del suo credito per un anno (creditori privilegiati in caso di continuazione dell'attività d'impresa), o per un periodo anche maggiore [...], non potendo in quel periodo non solo iniziare azioni esecutive, ma neppure tutelare il proprio credito con l'acquisizione di garanzie giudiziali. È stato osservato che se tale previsione può essere certamente tollerabile nel quadro di una più complessa sistemazione debitoria, nondimeno a quel debitore deve riconoscersi il diritto ad un controllo di legittimità del provvedimento in quanto decide sul suo diritto a procedere con l'azione esecutiva”*<sup>320</sup>.

---

<sup>318</sup> In senso contrario si veda A.MAFFEI ALBERTI, *op. cit.*, p. 2045.

<sup>319</sup> *Contra* si veda Trib. Pistoia 19.11.2014, [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it).

<sup>320</sup> Cit. A.MAFFEI ALBERTI, *op. cit.*, p. 2045 che a sua volta richiama M.FABIANI, *La gestione del sovraindebitamento del debitore “non fallibile” (d.l. 212/2011)*, *op. cit.*, p. 12

### 3.1.4 i profili patologici dell'accordo

Quanto ai profili patologici dell'accordo preme sottolineare come il legislatore abbia inteso distinguere tra la fattispecie della cessazione di diritto degli effetti dell'accordo di cui all'articolo 11, comma quinto, l'ipotesi di risoluzione per provvedimento del giudice di cui all'articolo 12, comma quarto L.sov., quella di annullamento di cui all'articolo 14 L.sov. e la revoca dell'accordo.

La cessazione degli effetti dell'accordo di diritto dell'accordo attiene (i) alla mancata esecuzione, entro novanta giorni, dei pagamenti dovuti alle pubbliche amministrazioni ed agli enti gestori di forme di previdenza e assistenza obbligatorie<sup>321</sup> e (ii) all'intervenuta sentenza di fallimento – sempreché la fase di esecuzione dell'accordo non sia già esaurita - <sup>322</sup> nei confronti di un soggetto nel frattempo divenuto fallibile<sup>323</sup>. In tale ultimo caso viene a generarsi un fenomeno di consecuzione tra procedura di sovraindebitamento e fallimento<sup>324</sup>, atteso che – come visto - vengono fatti salvi dalla revocatoria fallimentare tutti gli atti, i pagamenti posti in essere e le garanzie concesse e viene concessa la prededuzione sui crediti sorti in occasione o in funzione dell'accordo.

L'accordo può invece essere impugnato davanti al giudice con le azioni di risoluzione e annullamento. L'annullamento viene pronunciato dal giudice quando il debitore abbia, con dolo o colpa grave, aumentato o diminuito il passivo o dissimulato una parte rilevante dell'attivo, ovvero dolosamente simulato altre passività inesistenti. Il ricorso per l'annullamento deve essere proposto da qualsiasi creditore entro sei mesi dalla scoperta e non oltre due anni dalla scadenza del termine fissato per l'ultimo adempimento previsto<sup>325</sup>.

Dall'annullamento non vengono pregiudicati i diritti dei terzi in buona fede, ne consegue che gli atti posti in essere in occasione od in esecuzione della procedura restano validi ed efficaci, salvi i casi in cui il ricorrente provi la mala fede del terzo.

Anche il procedimento di annullamento segue il rito camerale di cui all'art. 737 e ss. c.p.c. e il provvedimento emesso dall'organo monocratico può essere impugnato avanti al tribunale in composizione collegiale, collegio da cui è escluso il giudice che ha emesso il provvedimento.

---

<sup>321</sup> Come puntualmente osservato da A.MAFFEI ALBERTI, *op. cit.*, p. 2043, questa disposizione che introduce – per motivi sociali – un *favor* nei riguardi dei creditori istituzionali non può comunque condurre alla conclusione che questi crediti debbano essere pagati in ogni caso entro novanta giorni dalla loro scadenza. È più opportuno ritenere che questo termine decorra non dalla data originaria di scadenza del debito bensì alla (eventuale) diversa data che risulterà dalle pattuizioni inserite nell'accordo. Così anche M.FABIANI, *ult. op. cit.*, p. 15.

<sup>322</sup> Cfr. P.CELENTANO, *La caducazione degli effetti dell'accordo omologato*, Fall, 2012, pp. 1089 e ss.

<sup>323</sup> In tale caso il legislatore fa salvi dal rischio di revocatoria fallimentare gli atti, i pagamenti e le garanzie poste in essere in esecuzione dell'accordo omologato, concedendo altresì la prededuzione ai finanziamenti effettuati in esecuzione o in funzione dell'accordo omologato, ai sensi dell'articolo 111 L.fall.

<sup>324</sup> Attenta dottrina ha puntualizzato come si avrà il fenomeno della conversione tra procedure allorché ricorra “*la sostituzione di una procedura ad un'altra, senza soluzione di continuità e con salvezza degli atti già compiuti e degli effetti già prodotti, la nuova procedura innestandosi su quella originaria, di cui viene a costituire, quindi, prosecuzione o sviluppo*”. Cit. D.VATTERMOLI, *La procedura di liquidazione del patrimonio del debitore alla luce del diritto «oggettivamente» concorsuale*, *op. cit.*, p. 775.

<sup>325</sup> Cfr. L.PANZANI, *la composizione della crisi da sovraindebitamento dopo il D.L. 179/2012*, *op. cit.*, pp. 14 e 15.

Una ulteriore ipotesi patologica attiene all'azione di risoluzione dell'accordo di cui all'articolo 14 L.sov. In tal caso, ogni creditore può proporre al tribunale azione per la risoluzione dell'accordo ai sensi dell'art. 737 c.p.c. se (i) il debitore non adempie agli obblighi derivanti dall'accordo, (ii) le garanzie promesse non vengono costituite e (iii) l'esecuzione dell'accordo diviene impossibile per cause non imputabili al debitore. In tale ultimo caso, laddove l'inadempimento sia dovuto a causa non imputabile al debitore, questi, a mente dell'articolo 13, comma quarto-ter, può, con l'ausilio dell'Organismo di composizione della crisi, modificare la proposta. Tale strumento mira a sanzionare l'inadempimento colposo del debitore, consentendo a colui che senza colpa non è stato in grado di adempiere di modificare i termini dell'accordo (ove trovi l'assenso dei creditori).

Il termine di decadenza per la proposizione dell'azione di risoluzione è di sei mesi dalla scoperta e, in ogni caso, non oltre un anno dalla scadenza del termine fissato per l'ultimo adempimento previsto dall'accordo. La risoluzione non pregiudica i diritti acquisiti dai terzi in buona fede.

Una ipotesi peculiare di risoluzione è invece disciplinata all'articolo 12, comma quarto, L.sov. ed attiene al mancato pagamento dei crediti fiscali di cui all'articolo 7, primo comma L.sov. e di quelli impignorabili. Anche in tal caso l'azione di accertamento dell'inadempimento e di risoluzione dovrà essere proposta al giudice competente nelle forme di cui agli articoli 737 ss. c.p.c.

Infine, il compimento da parte del debitore di atti diretti a frodare i creditori<sup>326</sup> durante la procedura conduce alla revoca dell'accordo.

Da ultimo, è solo il caso di segnalare che l'ipotesi di cessazione di diritto degli effetti dell'accordo, di annullamento *ex* articolo 14, comma primo e di risoluzione *ex* articolo 14, comma secondo, L.sov. consentono al debitore o a ciascun creditore di chiedere la conversione dell'accordo nella procedura liquidatoria di cui si accennerà a breve. Anche tale esito dunque genera una vera e propria consecuzione tra procedure<sup>327</sup>.

## **3.2 IL PIANO DEL CONSUMATORE**

### ***3.2.1 Struttura della procedura e principali differenze rispetto all'accordo del debitore***

La procedura di sovraindebitamento del consumatore è strutturalmente affine all'accordo del debitore, con particolare riferimento alla fase della proposta, dell'ammissibilità, ai termini per la fissazione dell'udienza (sempre sessanta giorni dal deposito) ed alle forme di pubblicità previste.

Anche il procedimento in esame è fondato su un'unica udienza e l'omologa deve intervenire nel termine massimo di sei mesi dal deposito della domanda per l'ammissione alla procedura del

---

<sup>326</sup> L'accertamento del compimento di atti in frode è compito del giudice che deve provvedere d'ufficio con decreto; l'eventuale reclamo proposto dal debitore deve essere fatto dinanzi al tribunale ai sensi dell'art. 739 c.p.c.

<sup>327</sup> Così D.VATTERMOLI, *ult. op. cit.*, p. 776

sovraindebitamento, infine anche decreto di omologa del piano del consumatore deve intendersi equiparato ad un atto di pignoramento<sup>328</sup>.

Al di là delle affinità segnalate, la procedura di sovraindebitamento del consumatore agisce però secondo una *ratio* molto diversa rispetto a quella di cui all'art. 10. Infatti il legislatore ha disposto che, ai fini dell'approvazione del piano, non sia richiesta alcuna maggioranza<sup>329</sup>, ponendo anzi quale condizione necessaria e sufficiente per l'omologa la valutazione da parte del giudice sulla fattibilità del piano in relazione ai presupposti di cui agli artt. 7, 8 e 9 ed al complessivo atteggiamento del consumatore<sup>330</sup>.

Invero, è ivi prevista la sola convocazione dei creditori all'udienza per l'omologa<sup>331</sup> e la comunicazione a questi del piano; non vengono infatti richiamate in alcun modo le disposizioni della procedura di sovraindebitamento del debitore non fallibile, relative all'esercizio del diritto di voto da parte dei creditori, nonché quelle sull'obbligo di formare una maggioranza nel ceto creditorio ai fini dell'approvazione del piano<sup>332</sup>.

Dunque i creditori potranno opporsi al piano del consumatore solo nell'udienza di omologa al fine di ottenere il giudizio di *cram down* e, nonostante ciò, il giudice potrà approvarlo quando ritenga questo più conveniente rispetto all'alternativa liquidatoria, ai fini della soddisfazione dei crediti.

Inoltre la procedura di sovraindebitamento del consumatore, a differenza dell'accordo del debitore, non prevede la sospensione od il blocco per le azioni esecutive o cautelari esperite dai creditori, almeno sino alla data di emissione del decreto di omologazione del piano del consumatore.

In questa sede sarà il giudice (ai sensi dell'art. 12 *bis*, secondo comma, L.sov.) a valutare se, nelle more della convocazione dei creditori all'udienza di omologa, siano pendenti procedure di

---

<sup>328</sup> Cfr. E.FRASCAROLI SANTI, *Le altre procedure concorsuali*, op. cit., pp. 567 ss.

<sup>329</sup> "Per l'omologazione del piano del consumatore è sufficiente la positiva deliberazione del tribunale sulla fattibilità dello stesso, mentre i creditori possono soltanto contestare la convenienza del piano omologato. Questa configurazione normativa risponde ad una particolare figura di concordato rinvenibile nel diritto amministrativo delle crisi d'impresa: il c.d. concordato coattivo"; così F.DI MARZIO, *ult. op. cit.*

<sup>330</sup> Il giudice, ai fini dell'omologa deve escludere che il consumatore abbia assunto obbligazioni senza la ragionevole prospettiva di poterle adempiere, ovvero che abbia colposamente determinato il proprio stato di sovraindebitamento anche per mezzo di un ricorso al credito non proporzionato alle proprie capacità. Dunque vi saranno diverse valutazioni che il giudice dovrà effettuare, ed in particolare: i) sulla fattibilità del piano; ii) sull'idoneità del piano ad assicurare il pagamento integrale di taluni crediti; iii) sulla convenienza del piano stesso. Cfr. per approfondimenti B.ARMELI, *ult. op. cit.*, p. 52; G.TERRANOVA, *Le nuove forme di concordato*, Torino, 2013, pp. 100 ss.; S.BONFATTI, *Lineamenti di diritto fallimentare*, op. cit., p. 335.

<sup>331</sup> Affinché in quella sede possano contestare la convenienza del piano e possano chiedere al giudice di operare un giudizio di *cram down* rispetto all'alternativa liquidatoria.

<sup>332</sup> Cfr. rel. ill., cit., p. 34, dove si afferma che "tale procedura è, essenzialmente, contrassegnata dall'assenza di un procedimento volto ad acquisire l'adesione o il dissenso dei creditori rispetto al piano proposto ma si basa esclusivamente su di una valutazione giudiziale di fattibilità della proposta e di meritevolezza della condotta d'indebitamento del consumatore, ciò in forza della considerazione che non sia rintracciabile alcun interesse economico dei creditori ad operare il "salvataggio" del soggetto di consumo".

esecuzione forzata atte a pregiudicare la fattibilità del piano e, solo in tal caso, avrà la facoltà di sospenderle sino al momento in cui il provvedimento di omologa sia divenuto definitivo<sup>333</sup>.

Questa circostanza appare di un certo rilievo non solo per le evidenti ricadute pratiche della scelta (*i.e.* maggiore facilità di aggredire il patrimonio del consumatore e minore efficacia dell'istituto), ma poiché, valutandolo in una prospettiva sistematica, l'assenza del fattore della segregazione patrimoniale priva lo strumento concorsuale probabilmente della sua pietra miliare, tant'è che alcuni interpreti si sono interrogati circa la reale concorsualità del piano del consumatore<sup>334</sup>.

All'organo giurisdizionale è lasciata dunque un'ampia discrezionalità circa l'accertamento della meritevolezza del consumatore e rispetto al fatto che egli si sia o meno indebitato colposamente (o che comunque lo abbia fatto con la ragionevole prospettiva di adempiere alle obbligazioni assunte).

Per operare questo giudizio il giudice dovrà basarsi sulla documentazione fornita dal consumatore e soprattutto sulla relazione particolareggiata fornita dall'Organismo di composizione della crisi ai sensi dell'articolo 9, comma terzo bis, L.sov.

Con questa valutazione dovrà essere concesso il beneficio dell'esdebitazione esclusivamente al 'consumatore buono e sfortunato' che agendo, senza dolo o colpa, si sia trovato oppresso dai debiti per cause sostanzialmente atterranò a fattori esterni ed imprevedibili<sup>335</sup>.

Al giudice potranno altresì rivolgersi i creditori, l'Organismo o il debitore laddove insorgano delle contestazioni sui crediti ammessi o sui diritti sostanziali (anche nella fase esecutiva) che questi potrà risolvere *incidenter tantum*.

Anche nel piano del consumatore gli effetti esdebitatori si producono automaticamente con l'omologa giudiziale e l'esecuzione del piano e, come per l'accordo del debitore, restano salvi i diritti verso i coobbligati, fideiussori ed obbligati in via di regresso<sup>336</sup>.

### **3.2.2 Effetti dell'omologa**

Qualora il giudice con decreto omologhi il piano, gli effetti prodotti risultano sostanzialmente analoghi a quelli all'accordo del debitore ed in particolare viene disposto che (i) i creditori con causa o titolo anteriore alla data dell'omologa – esclusi i titolari di crediti impignorabili – non possano iniziare o proseguire le azioni esecutive individuali, ovvero cautelari o, ancora,

---

<sup>333</sup> Come si legge nella citata relazione illustrativa la scelta di non anticipare qui gli effetti protettivi sul patrimonio del debitore è dovuta al "carattere di maggiore semplificazione del procedimento illustrato", nonché alla "assenza dell'esigenza di conservazione dell'unità produttiva, propria esclusivamente dei debitori non consumatori".

<sup>334</sup> V.DE SENSI, *La nuova disciplina sulla crisi da sovraindebitamento: dubbi sulla sua natura concorsuale*, cit., pp. 642 ss.

<sup>335</sup> Es. uno stato di malattia, la morte di un parente o del coniuge, la perdita del posto di lavoro ecc. Cfr. M.RISPOLI FARINA, *I rimedi alle crisi da sovraindebitamento: un assetto definitivo alla crisi del consumatore?*, in Bonfatti – Falcone, *Quad. Giur. Comm.*, n. 372, 2014, pp. 273 ss.; sia permesso fare richiamo anche a P.F.MARCUCCI, *La procedura di composizione della crisi da sovraindebitamento del consumatore: tra esperienza nazionale e riflessioni comunitarie*, op. cit., pp. 293 ss.

<sup>336</sup> Cfr. G.BRESCIA – F.CALDIERO – S.DAMIANI – G.GIOIA, *ult. op. cit.*, pp. 147 ss.

acquistare diritti di prelazione sul patrimonio del debitore<sup>337</sup>, (ii) il piano omologato sia obbligatorio per tutti i creditori anteriori, (iii) i creditori posteriori alla data dell'omologa non possano procedere esecutivamente sui beni compresi nel piano e (iv) l'omologa non pregiudichi i diritti dei creditori nei confronti dei terzi fideiussori del consumatore, dei suoi coobbligati e degli obbligati in via di regresso.

### **3.2.3 Revoca ipso iure del piano del consumatore e cessazione e revoca degli effetti del piano**

Anche il piano del consumatore cessa di diritto di produrre effetti se il debitore, entro novanta giorni dalle scadenze previste, non effettua l'integrale pagamento delle somme dovute alle amministrazioni pubbliche ed agli enti previdenziali ed assistenziali obbligatori. Il piano è altresì revocato se il giudice accerti il compimento da parte del debitore di atti diretti a frodare i creditori<sup>338</sup>. Il piano omologato diviene altresì inefficace in caso di mancato pagamento dei titolari di crediti impignorabili.

Ai sensi dall'articolo 14 bis, comma secondo, L.sov, qualsiasi creditore può proporre al tribunale, sempre *ex* articolo 737 e ss. c.p.c., in contraddittorio con il debitore, istanza per la cessazione degli effetti dell'omologazione del piano qualora (a) il debitore abbia dolosamente o con colpa grave aumentato o diminuito il passivo, (b) il debitore abbia dolosamente o con colpa grave sottratto o dissimulato una parte rilevante dell'attivo, (c) il debitore abbia dolosamente simulato attività esistenti, (d) il debitore non adempia agli obblighi derivanti dall'accordo, (e) le garanzie promesse non vengano costituite dal debitore o da terzi e l'esecuzione dell'accordo divenga impossibile per cause non imputabili al debitore.

Il ricorso per la cessazione degli effetti dell'omologa di cui alle lettere (a), (b), (c), è soggetto a decadenza nel termine di sei mesi dalla scoperta del fatto rilevante e, in ogni caso, non oltre due anni dalla scadenza del termine fissato per l'ultimo adempimento previsto dall'accordo (ultimo adempimento previsto nella fase esecutiva).

Il ricorso per la cessazione degli effetti dell'omologa di cui alle lettere (d), (e), (f), è soggetto invece a decadenza, nel termine di sei mesi dalla scoperta del fatto rilevante e, in ogni caso, non oltre un anno dalla scadenza del termine fissato per l'ultimo adempimento previsto dall'accordo.

Il procedimento per la cessazione degli effetti dell'omologa in ogni caso non pregiudica i diritti acquisiti dai terzi in buona fede.

### **3.2.4 Fase esecutiva**

La disciplina della fase esecutiva di cui all'art. 13 L.sov è comune ad entrambe le procedure di sovraindebitamento descritte e prevede una funzione chiave esercitata dall'Organismo di composizione della crisi.

---

<sup>337</sup> In sostanza il blocco alle azioni esecutive o cautelari dei creditori - che nella procedura di cui all'art. 10 si concretizza quale effetto del decreto di ammissione alla stessa - nella procedura in oggetto costituisce uno degli effetti del decreto di omologa.

<sup>338</sup> L'accertamento di tali atti è dunque compito del giudice che deve provvedere d'ufficio con decreto, mentre l'eventuale reclamo del debitore deve essere proposto dinanzi al tribunale competente ai sensi dell'art. 739 c.p.c.

In particolare per quanto attiene alla liquidazione dei beni compresi nel piano, l'Organismo potrà provvedere direttamente alla liquidazione. Qualora tali beni siano sottoposti a pignoramento, ovvero, se previsto nel piano, il giudice su proposta dell'Organismo di composizione della crisi - nominerà un liquidatore che potrà disporre in via esclusiva dei beni da liquidare e delle somme incassate. Inoltre l'Organismo dovrà risolvere eventuali difficoltà insorte nell'esecuzione dell'accordo e vigilare sull'esatto adempimento dello stesso.

Il giudice, nella fase dell'esecuzione, dovrà intervenire in taluni specifici casi, al fine di:

1. risolvere contestazioni che abbiano ad oggetto la violazione di diritti soggettivi e la sostituzione del liquidatore;
2. autorizzare lo svincolo delle somme per pagare i creditori impignorabili e quelli erariali;
3. ordinare la cancellazione della trascrizione del pignoramento, delle iscrizioni relative ai diritti di prelazione, nonché di ogni altra forma di pubblicità;
4. sospendere gli atti di esecuzione dell'accordo qualora ricorrano gravi e giustificati motivi.

Infine, sempre ai sensi dell'articolo 13, L.sov., i pagamenti e gli atti dispositivi posti in essere nella fase dell'esecuzione in violazione dell'accordo del debitore non fallibile o del piano del consumatore sono inefficaci rispetto ai creditori anteriori. Qualora l'esecuzione dell'accordo/piano divenga impossibile per cause non imputabili al debitore, questi può modificare la propria proposta con l'ausilio dell'organismo di composizione della crisi e proporre una nuova domanda di ammissione alla relativa procedura di sovraindebitamento.

### **3.3 LA PROCEDURA DI LIQUIDAZIONE DEL PATRIMONIO DEL DEBITORE**

#### ***3.3.1 natura e finalità***

Questa procedura dovrebbe occupare nell'ambito dell'ordinamento dell'insolvente civile il ruolo occupato dal fallimento nelle procedure concorsuali tradizionali. L'importanza della procedura risiede nel suo carattere residuale rispetto alle due sopradescritte che hanno carattere negoziale ed immediatamente esdebitatorio. Non si può fare a meno di notare come tale procedura – al pari del fallimento – non richieda il raggiungimento di alcun accordo<sup>339</sup> con i debitori e l'esdebitazione non consegue direttamente ad esito dell'omologazione della procedura.

Invero essa configura un'ipotesi di procedura concorsuale in senso pieno, atteso che nell'attivo devono essere ricompresi tutti i beni pignorabili del debitore<sup>340</sup> ed al passivo vengono iscritti tutti i crediti sorti anteriormente all'apertura della procedura.

---

<sup>339</sup> A tal proposito è stato notato come “*a differenza delle soluzioni concordate della crisi, la procedura de qua non prevede alcuna forma di accordo, tra il debitore e i suoi creditori, in ordine alle modalità di attuazione della responsabilità patrimoniale del primo che, quindi, deve avvenire secondo il principio cardine della par condicio creditorum*”, cit. D.VATTERMOLI, *ult. op. cit.*, p. 765

<sup>340</sup> Cfr. (i) articolo 14, ter, comma terzo L.sov.; e (ii) rel. ill., cit., p. 38, secondo cui “*La procedura di liquidazione [...] deve avere ad oggetto tutti i beni del debitore*”.

Dalla sua apertura poi si genera l'effetto segregativo già visto per l'accordo del debitore, atto a neutralizzare le pretese dei creditori anteriori ed a veicolarle in una struttura concorsuale, vincolando il patrimonio del debitore.

Se questo è vero allora ci si domanda come mai il legislatore non abbia imposto coattivamente l'utilizzo di questa procedura alla stregua del fallimento, con funzione anche deterrente (o di *extrema ratio*) per l'insolvenza del debitore civile.

Infatti la procedura può essere aperta sostanzialmente su base volontaria dal debitore, essendo consentito ai creditori soltanto chiedere la conversione della procedura di accordo del debitore non andata a buon fine a causa di cessazione di diritto degli effetti dell'accordo o del piano, di risoluzione e di annullamento, mentre alcun potere officioso viene lasciato al giudice in merito<sup>341</sup>.

Ma vi è di più, nella fase di ammissione, *mutatis mutandis*, il legislatore ha sostanzialmente ricalcato quanto già affermato per le due procedure precedenti. Infatti il giudice può aprire la liquidazione solo una volta che sia verificata la completezza della documentazione e, soprattutto, l'assenza di atti in frode ai creditori ai sensi dell'articolo 14 *quinquies*, L.sov. Ne deriva che anche questa procedura viene considerata alla stregua di un beneficio per il debitore.

Ebbene questo potrebbe generare un equivoco di fondo; infatti ci si domanda cosa ci sia di migliorativo per il debitore tra l'essere assoggettato ad una serie di procedure esecutive individuale sui propri singoli beni e l'utilizzo di uno strumento concorsuale nel quale debbano concorrere comunque tutti i propri beni pignorabili con la sola finalità di essere liquidati a favore dei creditori secondo le regole della *par condicio*.

Se poi si considera che da un lato la procedura di liquidazione è configurata come strumento volontario che può essere concesso solo a titolo premiale al debitore meritevole e dall'altro, questo stesso debitore potrebbe esservi assoggettato come sanzione per non aver portato a buon esito un accordo o un piano del debitore, non si può fare a meno di notare l'assoluta incoerenza tra i presupposti di accesso o ammissione e la finalità concreta dell'istituto.

Infatti è del tutto evidente che la finalità reale dello strumento attiene precipuamente alla liquidazione ordinata di tutti i beni pignorabili del debitore ed alla massima soddisfazione dei creditori. Questa procedura non contempla opzioni di continuità aziendale o di spossessamento attenuato (come invece previsto per ipotesi peculiari nell'ambito del fallimento).

### ***3.3.2 l'esdebitazione del debitore come beneficio apparente***

Sempre con riguardo alle finalità dello strumento, preme sottolineare poi come il meccanismo esdebitatorio<sup>342</sup> operi in questa sede in maniera del tutto differente rispetto all'accordo del debitore ed al piano del consumatore. Infatti l'articolo 14 *terdecies*, L.sov., si pone come mera

---

<sup>341</sup> Per approfondimenti si veda E.FRASCAROLI SANTI, *Le altre procedure concorsuali*, op. cit., pp. 578 ss.

<sup>342</sup> È solo il caso di segnalare che l'esdebitazione in esame produce una mera inesigibilità dell'obbligazione mentre non costituisce una forma di novazione, infatti eventuali diritti verso coobbligati in solido o fideiussore resteranno impregiudicati.

eventualità per la quale è necessaria la positiva conclusione della liquidazione all'esito della quale si dovrà instaurare un separato giudizio la meritevolezza del debitore.

Tale sistema esdebitatorio è del tutto affine alla disciplina dall'articolo 142 L.fall., che viene considerato dai più come un esempio della mancanza di coraggio da parte del legislatore del 2006 che ha preferito mantenere salva la previgente farraginoso struttura<sup>343</sup>.

Ciò che colpisce è che la procedura di esdebitazione nell'ambito del sovraindebitamento assume contorni ancora più rigidi ed angusti per il debitore consentendo al giudice di operare un sindacato che talvolta denuncia un grado di indeterminatezza tale da generare dubbi circa l'effettiva tenuta costituzionale della norma.

Oltre a richiamare numerose previsioni di cui all'articolo 142 L.fall., il legislatore richiede che, ai fini dell'esdebitazione del debitore civile, il giudice debba altresì apprezzare che il debitore abbia svolto nel periodo (che potremmo definire di 'attrazione') di quattro anni - che di fatto rappresenta quello di durata minima della procedura *ex* articolo 14 *undecies*, L.sov. - un'attività produttiva redditualmente consona alle proprie competenze e che i crediti con causa anteriore all'apertura della procedura siano stati soddisfatti almeno in parte.

Soprattutto questa seconda previsione desta enormi perplessità, poiché escluderebbe dall'unico effetto latamente favorevole proprio la fascia di soggetti più deboli che non possono pagare in tutto o in larga parte l'indebitamento raggiunto, nemmeno conferendo all'attivo tutti i propri beni pignorabili.

Anche il perimetro di esclusione dall'esdebitazione appare più ampio rispetto a quello dell'omologo istituto fallimentare, poiché alle tradizionali ipotesi di esclusione dall'esdebitazione per i debiti derivanti da obblighi di mantenimento ed alimentari e per quelli derivanti da responsabilità extracontrattuale e da sanzioni penali ed amministrative, in questa sede è stata introdotta anche l'esclusione per i debiti fiscali che, pur avendo causa anteriore alla procedura di liquidazione, siano stati accertati in data posteriore, alla luce dell'emersione di nuove circostanze.

---

<sup>343</sup> Art. 142 L.fall: "*I. Il fallito persona fisica è ammesso al beneficio della liberazione dai debiti residui nei confronti dei creditori concorsuali non soddisfatti a condizione che: 1) abbia cooperato con gli organi della procedura, fornendo tutte le informazioni e la documentazione utile all'accertamento del passivo e adoperandosi per il proficuo svolgimento delle operazioni; 2) non abbia in alcun modo ritardato o contribuito a ritardare lo svolgimento della procedura; 3) non abbia violato le disposizioni di cui all'articolo 48; 4) non abbia beneficiato di altra esdebitazione nei dieci anni precedenti la richiesta; 5) non abbia distratto l'attivo o esposto passività insussistenti, cagionato o aggravato il dissesto rendendo gravemente difficoltosa la ricostruzione del patrimonio e del movimento degli affari o fatto ricorso abusivo al credito; 6) non sia stato condannato con sentenza passata in giudicato per bancarotta fraudolenta o per delitti contro l'economia pubblica, l'industria e il commercio, e altri delitti compiuti in connessione con l'esercizio dell'attività d'impresa, salvo che per tali reati sia intervenuta la riabilitazione. Se è in corso il procedimento penale per uno di tali reati, il tribunale sospende il procedimento fino all'esito di quello penale. II. L'esdebitazione non può essere concessa qualora non siano stati soddisfatti, neppure in parte, i creditori concorsuali. III. Restano esclusi dall'esdebitazione: a) gli obblighi di mantenimento e alimentari e comunque le obbligazioni derivanti da rapporti estranei all'esercizio dell'impresa; b) i debiti per il risarcimento dei danni da fatto illecito extracontrattuale nonché le sanzioni penali ed amministrative di carattere pecuniario che non siano accessorie a debiti estinti. IV. Sono salvi i diritti vantati dai creditori nei confronti di coobbligati, dei fideiussori del debitore e degli obbligati in via di regresso.*"; per approfondimenti si veda E.FRASCAROLI SANTI, *Le altre procedure concorsuali*, op. cit., pp. 581 ss.

Il ricorso per l'esdebitazione dovrà essere presentato entro l'anno dalla chiusura della liquidazione e verrà concesso dal giudice con decreto una volta sentiti i creditori non integralmente soddisfatti e verificate le predette condizioni.

I creditori non integralmente soddisfatti potranno comunque proporre reclamo ai sensi dell'art. 739 c.p.c. ed, in ogni caso, il decreto di esdebitazione è revocato dal giudice su istanza dei creditori, qualora il debitore con dolo o colpa grave abbia aumentato o diminuito il passivo, ovvero sottratto o dissimulato un parte consistente dell'attivo o, ancora, abbia simulato attività inesistenti<sup>344</sup>.

Dal punto di vista soggettivo, poi, la legge chiarisce espressamente che l'esdebitazione possa essere concessa solo al debitore persona fisica, escludendo per gli effetti le altre categorie di debitori civili che potremmo definire 'entificati'.

Insomma, non pare che questo strumento in realtà possa operare quale incentivo per il debitore in virtù della sua farraginosità e della complessità nell'ottenimento e per l'esplicito riferimento ai soli debitori persone fisiche. Di talché, nella prospettiva del debitore, non si rileva alcun reale beneficio diretto prodotto dall'utilizzo della procedura liquidatoria.

Sarebbe stato perciò più coerente che il legislatore avesse posto la liquidazione alla stregua di uno strumento puramente coattivo (e solo eventualmente volontario) quale il fallimento o la liquidazione coatta, rendendo però più concreta la possibilità di ottenimento di un vero *fresh start*<sup>345</sup>.

### **3.3.3 Gli organismi della procedura**

Nella liquidazione, l'ufficio concorsuale viene attribuito a tre soggetti: (i) il giudice, (ii) il liquidatore e (iii) l'Organismo di composizione della crisi

Come anticipato, invece, tra i soggetti cui la legge attribuisce un ruolo attivo nell'ambito del concorso non c'è il debitore poiché nella liquidazione viene operato uno spossessamento pieno dal proprio patrimonio a favore della procedura.

Al giudice viene sempre attribuito un ruolo di direzione e controllo di ultima istanza sulla procedura; infatti egli emette il decreto di apertura con il quale nomina il liquidatore e sancisce la definitività dello stato passivo formato dal liquidatore.

Pur nel silenzio della legge si riterrebbe logico, alla stregua dei principi generali che governano le procedure concorsuali ed i procedimenti civili, che il giudice abbia un potere di controllo su tutti gli atti posti in essere dal liquidatore e possa revocarlo per giustificati motivi che devono essere espressi nel provvedimento di revoca. In realtà al giudice potrebbero essere applicate, *mutatis mutandis*, buona parte delle previsioni di cui all'articolo 25 e ss. L.fall., sull'assunto che,

---

<sup>344</sup> Tale facoltà di proporre istanza per la revoca parrebbe non soggiacere ad alcun limite temporale.

<sup>345</sup> Per una critica sull'istituto si vedano D.VATTERMOLI, *ult. op. cit.*, pp. 762 ss., L.PANZANI, *La composizione della crisi da sovraindebitamento dopo il D.L. 179/2012*, pp. 23 ss.; E.FRASCAROLI SANTI, *Le altre procedure concorsuali*, op. cit., pp. 581 ss.

anche in tal caso, l'organo giurisdizionale funge da garante e controllore della regolarità della procedura liquidatoria<sup>346</sup>.

Il vero protagonista della procedura è invece il liquidatore cui è affidata la gestione della procedura. Ad esso, fra l'altro, sono assegnati la redazione dell'inventario su tutti i beni pignorabili del debitore, la gestione delle domande di ammissione, la formazione di una proposta di stato passivo e la predisposizione (e gestione) di un programma di liquidazione dell'attivo.

Egli, ai sensi dell'articolo 14 *novies*, amministra il patrimonio del debitore, rientrando in questa attività non solo *“la conversione in denaro (ossia liquidazione in senso stretto) dei beni e quelle ad esse strettamente connesse, ma anche quelle volte alla conservazione, alla gestione, alla ricostruzione e alla distribuzione del patrimonio”*<sup>347</sup>.

Tuttavia, la legge in merito a questa figura si cura esclusivamente di richiedere che egli possieda i requisiti di professionalità di cui all'articolo 28 L.fall., non essendo invece declinata una disciplina organica sul liquidatore. Infatti ci si domanda se i suoi poteri gestori debbano essere limitati o meno all'ordinaria amministrazione del patrimonio, ovvero quale sia la diligenza che il liquidatore debba tenere o ancora quali siano i parametri per calcolarne il compenso<sup>348</sup>.

Ebbene, parrebbe comunque che per il compimento degli atti di straordinaria amministrazione (svincolo di somme per pagare i creditori, cancellazione o trascrizione di vincoli su beni ecc.), il liquidatore debba sempre essere autorizzato dal giudice della procedura, non fosse altro perché la sua funzione è quella – per quanto possibile - di conservare il valore del patrimonio ed ogni atto modificativo dovrebbe essere valutato dal soggetto che detiene il potere di direzione della procedura<sup>349</sup>.

L'ultima figura che ricorre nella procedura in esame è l'Organismo di composizione della crisi che nella procedura riveste un ruolo sostanzialmente consultivo per il giudice ed il debitore; egli infatti potrà assistere il debitore nella redazione della domanda di liquidazione, redigerà una relazione particolareggiata in merito alla causa dell'indebitamento, alle ragioni dell'incapacità a soddisfare i creditori, alla presenza di atti impugnati dai creditori ed alla completezza e attendibilità della documentazione. Inoltre, l'Organismo dovrà occuparsi delle relative comunicazioni agli agenti della riscossione ed agli uffici fiscali interessati.

Il giudice può altresì stabilire – soprattutto per ragioni di economia processuale e di riduzione dei costi - che l'Organismo assuma anche funzioni di liquidatore nella procedura.

---

<sup>346</sup> In tal senso parrebbero essersi espressi anche D.VATTERMOLI, *ult. op. cit.*, p. 778; E.FRASCAROLI SANTI, *ult. op. cit.*, p. 580.

<sup>347</sup> Cit. D.VATTERMOLI, *ult. op. cit.*, p. 779.

<sup>348</sup> Su questi punti si veda ancora D.VATTERMOLI, *ult. op. cit.*, pp. 780 e 781, laddove in merito alla diligenza afferma che nel caso di specie non si possa fare riferimento a quella del buon padre di famiglia, bensì alla diligenza imposta dalla natura dell'incarico, considerati anche i requisiti di professionalità richiesti per l'esercizio di questa funzione. L'autore afferma altresì che pur non essendovi un obbligo espresso di rendicontazione come nel fallimento lo stesso debba considerarsi una immediata conseguenza dall'attività di amministrazione della massa concorsuale attiva. Infine con riguardo ai compensi l'autore afferma che è possibile definirne i parametri solo qualora a svolgere l'attività di liquidatore sia l'Organismo i cui compensi sono fissati ai sensi dell'articolo 15 l.sov.

<sup>349</sup> Conforme E.FRASCAROLI SANTI, *ult. op. cit.*, p. 580.

### 3.3.4 la procedura

I presupposti di ammissibilità sono quelli indicati all'articolo 7, comma secondo, lett. a) e b) ed attengono al fatto che il debitore non debba essere soggetto ad altra procedura concorsuale e che nei cinque anni precedenti non abbia utilizzata altra procedura liquidatoria.

Come anticipato, la procedura liquidatoria può essere attivata in due modi differenti; in alternativa alle procedure di sovraindebitamento su iniziativa del debitore, oppure, in conversione, conseguentemente alla risoluzione, all'annullamento o alla cessazione di diritto degli effetti dell'accordo o del piano, da parte del debitore o di ciascun creditore ai sensi dell'articolo 14 quater, L.sov.<sup>350</sup>.

Analogamente alle altre procedure, la prima fase è diretta all'instaurazione del contraddittorio e si apre con il deposito della domanda presso il tribunale del luogo in cui si trova la residenza o la sede principale del debitore. Unitamente alla proposta ed al piano dovrà essere allegata la documentazione prevista dall'articolo 9 L.sov. che consiste nell'elenco (i) di tutti i creditori, con l'indicazione delle somme dovute (ii) dei beni e degli eventuali atti di disposizione compiuti dal debitore negli ultimi cinque anni e (iii) delle spese correnti necessarie al sostentamento proprio e della propria famiglia con indicazione dei componenti del nucleo familiare e relativa certificazione sullo stato di famiglia.

Nonostante l'articolo 14 *ter*, richiami in toto il comma secondo dell'articolo 9 e dunque anche l'attestazione da parte dell'Organismo di composizione della crisi in merito alla fattibilità del piano, tale previsione parrebbe non applicarsi alla procedura in esame atteso che non vi è nessun piano e nessuna proposta avanzata dal debitore, bensì un insieme di beni che dovrà essere liquidato.

Se il debitore svolge attività d'impresa devono essere altresì accluse le scritture contabili degli ultimi tre esercizi e la dichiarazione dell'imprenditore che ne attesti la conformità all'originale, al fine di consentire la ricostruzione dell'attivo e del passivo e di poter stimare anche l'effettiva necessità finanziaria per le spese correnti.

Il ricorso per l'ammissione alla procedura di liquidazione deve altresì contenere l'inventario dei beni del debitore, oltre ad una relazione dell'organismo di composizione della crisi che attesti le cause che hanno cagionato lo stato di sovraindebitamento, il comportamento tenuto dal soggetto sovraindebitato e la completezza della documentazione depositata.

La domanda è inammissibile nel caso in cui la documentazione prodotta non consenta di ricostruire la situazione economica e patrimoniale del debitore. Dal patrimonio liquidabile devono comunque essere esclusi: i) i crediti impignorabili *ex art.* 545 c.p.c.; ii) i crediti aventi carattere alimentare, di mantenimento, stipendi, salari, pensioni, ecc., nei limiti di quanto occorra

---

<sup>350</sup> Così anche Trib. Massa 20 febbraio 2015, con nota di F.MICHELOTTI, *Osservazioni in tema di procedure di sovraindebitamento di cui alla L. n. 3/2012 e succ. mod ed integr.*, op. cit., pp. 1224 ss.

al mantenimento del debitore e della sua famiglia; iii) i frutti derivanti dall'usufrutto dei beni dei figli o costituiti in fondo patrimoniale; iv) i beni impignorabili per legge<sup>351</sup>.

Da ultimo, sempre ad evidenza della natura concorsuale della liquidazione il legislatore ha previsto che il deposito della domanda sospenda il corso legale degli interessi (convenzionali o legali) per tutti i crediti senza diritto di prelazione.

Il giudice, qualora ammetta il ricorso, apre la procedura con decreto e provvede alla nomina del liquidatore, a meno che il debitore non vi abbia già provveduto nella proposta, disponendo le forme di pubblicità prescritte, presso gli uffici competenti ed ordinando lo spossessamento dei beni del debitore a favore del liquidatore che ne diventa esclusivo gestore.

Il decreto di ammissione alla procedura è equiparato all'atto di pignoramento, così vincolando tutti i beni al soddisfacimento dei creditori. Il liquidatore, ai sensi dell'articolo 14 *octies*, predispone poi l'inventario e comunica ai creditori la data entro la quale andranno presentate le domande di ammissione al passivo e la data entro la quale lo stato passivo verrà comunicato a questi ed al debitore. Appare invece piuttosto critico che la norma non fissi un termine per la redazione dell'inventario a carico del liquidatore.

Per quanto riguarda la domanda di partecipazione alla liquidazione e la formazione dello stato passivo il legislatore sostanzialmente richiama le disposizioni previste in tema di fallimento. Nel procedimento in esame la domanda va presentata al liquidatore con allegati i documenti giustificativi del credito per il quale si chiede l'ammissione.

Il liquidatore, dopo aver esaminato tutte le domande, predispone il progetto di stato passivo (entro la data indicata nelle comunicazioni di cui sopra) e lo comunica ai creditori, i quali avranno un termine di quindici giorni per proporre eventuali osservazioni<sup>352</sup>.

Nel caso non vi siano osservazioni lo stato passivo viene approvato e comunicato ai soggetti interessati, mentre, nel caso in cui vengano presentate osservazioni, il liquidatore può alternativamente (i) accogliere le osservazioni ove fondate e predisporre nei quindici giorni successivi un nuovo progetto di stato passivo, (ii) risolvere le contestazioni degli interessati e formare lo stato passivo definitivo e (iii) rimettere gli atti al giudice della procedura che provvederà alla definitiva formazione del passivo, in quanto le contestazioni sollevate dagli interessati non risultano superabili.

Si apre poi la fase della liquidazione con l'elaborazione di un programma di liquidazione<sup>353</sup> – sul cui contenuto la legge dice poco o nulla - da parte del liquidatore nominato, da depositare presso la cancelleria del tribunale competente entro trenta giorni dalla formazione dell'inventario. Sotto

---

<sup>351</sup> A questa stregua, seppure non ripresi dalla disposizione che di fatto è mutuata dall'articolo 46 L.fall., parrebbero esclusi anche i beni del debitore di natura strettamente personale; così anche D.VATTERMOLI, *ult. op. cit.*, pp. 762 ss.

<sup>352</sup> Dubbio è peraltro se sia possibile in questa sede per il creditore proporre domande di ammissione tardive, ovvero se il termine fissato debba considerarsi perentorio.

<sup>353</sup> Si concorda con D.VATTERMOLI, *ult. op. cit.*, p. 794 che ritiene "ipocrita" il riferimento del legislatore al fatto che il programma di liquidazione assicuri l'idonea durata della procedura, poiché comunque la legge prescrive una durata minima di quattro anni.

questo aspetto non si è mancato di notare come di fatto manchi una disciplina puntuale circa le operazioni di liquidazione dell'attivo ed i riparti, come invece previste nell'ambito del fallimento dagli articoli 107, 108 e 110 e ss. L.fall.<sup>354</sup>

Alle vendite parrebbero doversi applicare per analogia i criteri di cui all'articolo 107 L.fall., essendo tuttavia apparentemente preclusa al liquidatore la facoltà di apportare alcuna correzione alle operazioni di vendita non convenienti per la massa dei creditori, così come non è previsto il potere del giudice di impedire vendite poco vantaggiose per i creditori.

È pur vero che nel rispetto delle rispettive funzioni – ed invero operando una forzatura rispetto alla portata letterale dell'articolo 14 *novies* – queste azioni sarebbero anche possibili (e per certi versi auspicabili) qualora si ponesse l'accento sulla tutela della garanzia patrimoniale dei creditori e sul perseguimento del loro massimo soddisfacimento.

Come detto il liquidatore ha l'amministrazione esclusiva dei beni soggetti alla procedura liquidatoria<sup>355</sup> di cui fanno parte anche gli accessori, le pertinenze ed i frutti prodotti<sup>356</sup> e, prima di procedere alle operazioni di vendita previste nel programma, deve informarne sia il debitore sia i creditori. Questi può subentrare nelle procedure esecutive pendenti al momento dell'apertura della procedura di liquidazione e può gestire il patrimonio nella maniera più idonea alla sua conservazione o ristrutturazione. A tali fini, il liquidatore potrà esercitare ogni azione utile al recupero beni, ovvero altre utilità del patrimonio liquidabile (disponibilità dei beni, recupero crediti ecc.).

La procedura si conclude solo con la completa esecuzione del programma di dismissione ed, in ogni caso, la legge dispone che la liquidazione mantenga un *vis attractiva* per quattro anni dall'apertura in relazione ai beni sopravvenuti nel corso della procedura ai sensi dell'articolo 14 *undecies*<sup>357</sup>.

Vale a dire che il decreto di chiusura della procedura di liquidazione - anche nel caso in cui il piano di liquidazione venga realizzato in tempi più brevi - non può, in ogni caso, essere emesso dal giudice prima che sia decorso il termine di quattro anni dalla data del deposito del ricorso di ammissione alla procedura<sup>358</sup>.

---

<sup>354</sup> D.VATTERMOLI, *ult. op. cit.*, pp. 767 ss.

<sup>355</sup> Questa disposizione richiama l'art. 31 L.fall. sulla gestione della procedura e lo spossessamento del debitore; tuttavia, nella procedura fallimentare i poteri di vigilanza del giudice delegato appaiono specificati rispetto alla procedura in oggetto.

<sup>356</sup> Le vendite possono avvenire tramite procedure competitive affidate dal liquidatore anche a soggetti specializzati ed il valore dei beni deve essere individuato in base a stime di operatori esperti. Il liquidatore può cedere i crediti anche se contestati.

<sup>357</sup> Cfr. rel. ill., cit., p. 38, dove si sottolinea come “*al fine di evitare l'abusivo accesso alla procedura liquidatoria con conseguente beneficio esdebitatorio, viene prevista, in linea con i modelli di altri paesi, una durata minima della procedura (4 anni), con acquisizione al patrimonio di liquidazione dei beni sopravvenuti nel predetto arco temporale*”.

<sup>358</sup> Tale scelta appare piuttosto afflittiva sia per i creditori che per il debitore, in quanto la previsione di un termine minimo potrebbe condurre ad una dilatazione dei tempi imposta addirittura per via legislativa: cfr. in tal senso, A.GUIOTTO, “*La continua evoluzione dei rimedi alle crisi da sovraindebitamento*”, Fallimento n. 11/2012, p. 1288.

Tuttavia come correttamente puntualizzato da attenta dottrina “*la disposizione [...] è a dir poco bizzarra. Non si comprende dunque per quale ragione soltanto i beni futuri entrati nel patrimonio del debitore nei quattro anni seguenti il decreto di apertura siano attratti alla massa attiva, restandone (apparentemente) fuori quelli successivi a tale termine, pur se acquisiti dal debitore in corso di procedura. Si ha la sensazione che l’intenzione del legislatore fosse quella di «estendere» il vincolo dell’esecuzione collettiva sui beni non facenti parte del patrimonio liquidabile al momento dell’apertura della procedura, onde evitare che, per effetto dell’esdebitazione, gli stessi permanessero in capo al debitore.*”<sup>359</sup>

Peraltro la scarsa coerenza del legislatore – rispetto alle intenzioni palesate - viene in evidenza con riguardo al beneficio dell’esdebitazione. Infatti, qualora sopraggiungano beni o crediti una volta trascorso il periodo di tempo imposto dalla legge ed al contempo il debitore abbia ottenuto l’esdebitazione, allora non vi sarà alcun riparto supplementare a favore dei creditori, bensì, semplicemente, il bene entrerà nelle disponibilità del debitore<sup>360</sup>.

Nel suo complesso, dunque, il dettaglio normativo appare invero troppo approssimativo e pieno di errori, lacune e scelte discutibili. Dalla durata minima di quattro anni che in realtà potrebbe produrre l’effetto contrario, all’assenza di una norma di chiusura della disciplina che consenta di risolvere la questione circa l’applicazione analogica delle disposizioni in tema di fallimento, all’assenza di una disciplina puntuale sugli organi della procedura. Manca poi del tutto una disciplina sui contratti pendenti che – in genere - rappresentano un vero e proprio *asset* nel patrimonio del debitore, soprattutto quando si tratta di imprenditore o di un soggetto che svolge un’attività connotata da un certo rilievo economico<sup>361</sup>.

Quanto alla revocabilità degli atti posti in essere dal debitore non si ravvisano cause ostative all’applicazione della azione revocatoria ordinaria alla procedura di specie, che dovrebbe essere attivabile ad iniziativa del liquidatore previa autorizzazione del giudice.

### 3.4 CONCLUSIONI

In conclusione, pur ribadendo che l’intento legislativo di fornire strumenti ai debitori più deboli sia stato sicuramente lodevole, così come la volontà di affrontare un tema – quale l’insolvenza civile - per troppi anni rimasto estraneo al nostro ordinamento, tuttavia appare discutibile, e, il grado di approssimazione, e, l’opacità che tutt’ora appare avvolgere la legge n. 3, causate dalla tecnica legislativa emergenziale ed alluvionale adottata per riscrivere questa norma, ma anche dall’introduzione di strumenti davvero troppo complessi per i soggetti ai quali si rivolgono.

---

<sup>359</sup> D.VATTERMOLI, *ult. op. cit.*, p. 784.

<sup>360</sup> In materia di fallimento, alla luce della riforma del 2015 dell’articolo 120, quinto comma, L.fall. (che prevede la chiusura anticipata della procedura in pendenza di giudizi, i primi commentatori hanno optato l’attrazione alla massa attiva anche di tali crediti e della possibilità di effettuare riparti supplementari anche dopo l’avvenuta esdebitazione del fallito. Cfr. R.GUIDOTTI, *Alcune ulteriori brevi note in tema di esdebitazione del fallito*, 7.1.2016, pp. 2 ss., [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it).

<sup>361</sup> La totale assenza di una disciplina renderebbe – al pari delle altre due procedure – applicabile alle procedure il generale principio *pacta sunt servanda*, che determina la prosecuzione dei negozi anche nel corso della procedura con effetti spesso problematici (soprattutto in relazione ad uno strumento preordinato alla liquidazione del patrimonio).

Questo disagio è stato avvertito anche nella prassi applicativa, laddove questi strumenti hanno trovato scarso impiego e non hanno prodotto quell'impatto auspicato dal legislatore.

Forse, in ottica *iure condendo* avrebbe avuto maggiore senso introdurre una disciplina non alternativa rispetto a quella fallimentare, bensì un insieme di strumenti semplificati per debitori sovraindebitati che divenissero parte integrante della legge sull'insolvenza italiana e che rispondessero alle sue regole, così come avvenuto in Germania con la riforma dell'*Insolvenzordnung*<sup>362</sup> del 1994 e 2001 o negli Stati Uniti con il *Bankruptcy Code* del 1978.

---

<sup>362</sup> Per approfondimenti sulla disciplina dell'insolvenza civile in Germania si veda L.HÄSEMAYER, *Insolvenzrecht*, Köln, München, 2007, pp. 5 ss.

## CAPITOLO IV

### SOVRAINDEBITAMENTO: TRA TEMATICHE OPERATIVE (VARIE) E PRASSI APPLICATIVE DIVERSE

#### 4.1 I CONTRATTI PENDENTI

##### 4.1.1 *Concorsualità, crediti scaduti (e non) e contratti in corso di esecuzione*

Nei capitoli che precedono sono state più volte poste in luce le peculiarità della struttura concorsuale di ogni singola procedura di composizione della crisi da sovraindebitamento e si è giunti alla conclusione che, seppure non possa essere contestabile che i descritti procedimenti debbano considerarsi strumenti concorsuali, il legislatore abbia voluto introdurre alcune novità con riguardo alle regole sul concorso tra creditori<sup>363</sup>.

Tale considerazione tuttavia implica l'emersione di risvolti pratici e criticità che non possono essere sottovalutati se si considera il coacervo di interessi e rapporti giuridici che devono essere regolati in un unico contesto al fine di dare attuazione al principio della *par condicio creditorum*.

Il primo aspetto particolarmente critico attiene al fatto che il legislatore ha completamente omesso di richiamare alcune disposizioni su cui poggia la regolazione del concorso tra creditori nel sistema tradizionale. Il riferimento attiene nello specifico agli articoli 44, 45 e 55, comma secondo, L.fall., sugli atti compiuti dal fallito dopo il fallimento, sull'inefficacia delle formalità eseguite dopo la dichiarazione di fallimento, sugli effetti del fallimento sui debiti pecuniari, ed in particolare sul fatto tutti i debiti debbano considerarsi scaduti alla data di dichiarazione del fallimento.

Il totale silenzio della disciplina sul sovraindebitamento in merito<sup>364</sup> è invero criticabile (oltreché ennesima dimostrazione di trascuratezza), atteso che produce grave incertezza sulle modalità di cristallizzazione del patrimonio del debitore alla data di apertura della procedura (o, comunque dopo il decreto di ammissione), soprattutto in considerazione dell'assenza di previsioni circa il trattamento dei contratti pendenti nell'ambito del sovraindebitamento.

Proprio in relazione ai rapporti sinallagmatici, in questa sede non viene richiamato né il principio della sospensione dei rapporti *ex art. 72 L.fall.* previsto in tema di fallimento<sup>365</sup>, né il criterio

---

<sup>363</sup> Come si è visto nel Capitolo II, gli effetti tipici della concorsuali sono, *mutatis mutandis*, racchiusi nell'articolo 10, comma secondo lett. c), L.sov., per quanto riguarda l'accordo del debitore e gli articoli 12 bis, comma secondo e 12 ter, comma primo, L.sov. con riferimento al piano del debitore, mentre con riguardo alla procedura liquidatoria la disposizione che declina tali affetti è l'articolo 14 quinquies, comma secondo lett. b), L.sov.

<sup>364</sup> Tra l'altro non è irrilevante sottolineare come la maggior parte di queste disposizioni venga espressamente richiamata anche nell'ambito del concordato preventivo (ai sensi dell'art. 169 L.fall.), ed in particolare, per quanto qui più interessa, l'art. 55 L.fall., circa la scadenza dei crediti.

<sup>365</sup> Per approfondimenti si veda P.F.CENSONI, *Lineamenti di diritto fallimentare*, op. cit., pp. 135 ss.

della continuità dei rapporti a mente dell'art. 169 *bis* L.fall. in relazione al concordato preventivo<sup>366</sup>.

Ciò, oltre ad essere censurabile in ottica sistematica, lascia davvero perplessi poiché impone all'interprete di valutare, senza alcun "appiglio" normativo, situazioni del tutto diverse in maniera adeguata rispetto alle finalità della singola procedura.

È infatti evidente come – in una prospettiva di buon senso - nell'ambito di una procedura liquidatoria il principio della cristallizzazione dei rapporti dovrebbe agire in maniera più marcata rispetto a quelle concordatarie ed anche i rapporti pendenti dovrebbero ragionevolmente seguire criteri simili a quelli indicati nell'ambito del fallimento. Mentre per le procedure che favoriscano la prosecuzione dell'attività (come nel caso dell'accordo del debitore), ovvero che permettano al consumatore di ottenere il *fresh start* (soggetto a cui deve evidentemente essere applicata una prospettiva di continuazione rispetto alla possibilità di contrarre o mantenere in essere rapporti coesenziali alle proprie esigenze) potrebbero essere ammesse deroghe maggiori rispetto alla regole proprie sulla cristallizzazione dei rapporti patrimoniali, così come sul trattamento dei contratti pendenti del tutto diverse rispetto ad una prospettiva di mera dismissione.

#### ***4.1.2 Breve digressione sui rapporti sinallagmatici nelle procedure concorsuali***

Per quanto qui più rileva si deve evidenziare come proprio il trattamento dei rapporti sinallagmatici nel concordato preventivo debba essere preso ad esempio, atteso che, sino alla riforma del 2012 che ha introdotto l'articolo 169 *bis* L.fall., l'ordinamento nulla prevedeva in merito al trattamento dei rapporti pendenti nell'ambito di questa procedura.

Di talché tra i commentatori si era sviluppato un intenso dibattito tra coloro che, ritenevano che, *mutatis mutandis*, i rapporti preesistenti al concordato preventivo venissero regolati secondo i canoni previsti per il fallimento dell'impresa insolvente.

Tale soluzione ermeneutica trovava il proprio fondamento logico nei profili marcatamente concorsuali che contraddistinguevano entrambe le procedure<sup>367</sup>, ciò ancorché il concordato preventivo fosse molto meno penalizzante e rischioso (in relazione ad eventuali responsabilità penali) per il debitore rispetto al fallimento. Per taluni<sup>368</sup>, in effetti, il concordato preventivo rappresentava a tutti gli effetti una procedura esecutiva, proprio alla stregua del fallimento.

Tuttavia, queste suggestioni non vennero accolte dalla maggior parte della dottrina e della giurisprudenza, già in epoca precedente al periodo delle grandi riforme della legge fallimentare.

---

<sup>366</sup> Per una ricostruzione in tema di rapporti pendenti nel concordato preventivo si veda A.PATTI, *Rapporti pendenti nel concordato preventivo riformato tra prosecuzione e scioglimento*, Fall., n. 3/0213, pp. 261 ss. Sulla disciplina del concordato si è osservato che l'articolo in commento accorda al debitore un diritto potestativo a sciogliere o a sospendere un determinato rapporto contrattuale rispetto al quale la controparte *in bonis* si trova in uno stato di soggezione; non avendo il legislatore individuato il perimetro entro cui deve operare il sindacato del Tribunale o del Giudice Delegato, questi ultimi non possono che prendere atto delle determinazioni del debitore proponente.

<sup>367</sup> Cfr. S.BONFATTI – P.F.CENSONI, *Manuale di diritto fallimentare*, op. cit., p. 593, secondo cui la facoltà di subentrare nei contratti che nel fallimento è disciplinata dall'articolo 72 *bis* L.fall. a favore del curatore, nel concordato preventivo poteva essere esercitata direttamente dal debitore con l'autorizzazione del giudice delegato ai sensi dell'articolo 167, secondo comma, L.fall.

<sup>368</sup> Cfr. R.PROVINCIALI, *Trattato di diritto fallimentare*, op. cit., pp. 2268 e ss.

Come opportunamente osservato da alcuni<sup>369</sup>, il concordato preventivo differisce ontologicamente dal fallimento, affermandosi come procedura concorsuale a spossessamento attenuato. In altre parole nel concordato preventivo - sia pre che post riforma - a differenza che della procedura fallimentare il debitore conserva l'amministrazione ordinaria dei propri beni<sup>370</sup>.

Pertanto laddove la gestione dell'impresa (e dei rapporti ad essa riconducibili) venga – seppure con riferimento all'ordinaria amministrazione - rimessa all'imprenditore, non parrebbe ragionevole imporre un vincolo così forte e generalizzato alla volontà di questi, tale da sottrargli, in buona sostanza, ogni discrezionalità rispetto alla prosecuzione dei contratti pendenti<sup>371</sup>.

Questo stesso orientamento riteneva che i rapporti integralmente o parzialmente ineseguiti da entrambe le parti non subissero alcun effetto dall'apertura del concordato ed anzi proseguissero regolarmente (fatta salva, ovviamente, la diversa volontà dei contraenti).

A tali dubbi interpretativi ha posto termine la citata novella del 2012 che costituisce, dunque, un vero e proprio *tertium genus* della disciplina sui rapporti giuridici preesistenti nell'ambito del diritto delle procedure concorsuali.

Peraltro, la regolamentazione degli effetti sui contratti in corso di esecuzione non ha infatti trovato univoca soluzione nell'ambito dell'ordinamento concorsuale *tout court* inteso. Sicché, ad una prima serie di regole concernenti il fallimento (articolo 72 e ss. L.fall.), si sono aggiunte poi le disposizioni che regolamentano i contratti in corso di esecuzione nell'ambito dell'amministrazione straordinaria.

Il Titolo II, Capo III, Sezione IV della Legge fallimentare in tema di rapporti preesistenti al fallimento individua tre possibili effetti in relazione al tipo di negozio giuridico pendente: a. la sospensione temporanea del rapporto in attesa della decisione definitiva del curatore (subentro, scioglimento; rappresenta la regola generale affermatasi a far data dalla riforma del 2005 - 2006); b. lo scioglimento automatico del rapporto alla data della dichiarazione di fallimento (cfr. articolo 78 L.fall.); c. il subentro automatico della procedura nel rapporto (cfr. articolo 72, comma nono, L.fall.).

Il D.lgs 8 luglio 1999, n. 270, relativo all'amministrazione straordinaria delle grandi imprese insolventi prevede, d'altra parte, che i rapporti preesistenti all'apertura della procedura

---

<sup>369</sup> Cfr. in giurisprudenza si vedano Cass. n. 578/2007; Cass. n. 968/1997, entrambe reperibili su [www.dejure.it](http://www.dejure.it); Trib. Milano 20.4.1989, Fall., 1989, pp. 954 ss.; in dottrina si vedano P.F.CENSONI, *Gli effetti del concordato preventivo sui rapporti giuridici preesistenti*, Quad. Giur. Comm., n. 99, 1988, pp. 46 ss. e A.JORIO, *I rapporti giuridici pendenti nel concordato preventivo*, Padova, 1973, pp. 210 ss.

<sup>370</sup> Per un'analisi approfondita si segnalano, *ex multis*, P.PAJARDI, *Manuale di diritto fallimentare*, op. cit. p. 722; S.AMBROSINI, *Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in Cottino, *Trattato di diritto commerciale*, Vol. XI, Padova, 2008, pp. 93 e ss.

<sup>371</sup> A ciò si aggiunga che mentre il fallimento rappresenta generalmente una modalità di liquidazione ordinata dei compendi aziendali, la procedura concordataria – specie dopo le riforme del 2005-2007 – vorrebbe favorire la prosecuzione dell'attività aziendale. Tali differenti finalità, rendevano evidentemente incompatibile un'applicazione *mutatis mutandis* analogica della disciplina sui rapporti preesistenti alla procedura concorsuale, già prima dell'introduzione dell'art. 169 *bis*.

proseguano, salvo diversa volontà manifestata dal Commissario Straordinario che può decidere di sciogliersi (cfr. articolo 50).

Tali diverse soluzioni sono motivate dalla necessità di garantire la continuità aziendale nell'amministrazione straordinaria (garantendo dunque l'esecuzione dei rapporti in essere e lasciando al Commissario la facoltà di sciogliersi dai contratti non funzionali o sconvenienti rispetto a tale finalità) e la più rapida e redditizia liquidazione di ogni attività nell'ambito del fallimento.

Dal medesimo assunto nasce l'art. 169 bis L.fall. che afferma espressamente il principio della prosecuzione<sup>372</sup> degli effetti del negozio in corso di esecuzione, anche dopo la pubblicazione della domanda di concordato preventivo, ferma restando la possibilità per il debitore di chiedere al tribunale o al giudice delegato lo scioglimento o la sospensione del rapporto<sup>373</sup>. Il contraente *in bonis* avrà poi *“diritto ad un indennizzo equivalente al risarcimento del danno conseguente al mancato adempimento”*.

Per meglio inquadrare la tematica dei contratti pendenti è poi necessario soffermarsi sul concetto di contratto sinallagmatico, per circoscrivere l'ambito applicativo della norma, oltreché per individuare cosa significhi contratto pendente in ambito concorsuale. Sul punto preme evidenziare come la giurisprudenza, ormai ampiamente maggioritaria, ritenga che vada *“esclusa la applicabilità di questa disciplina, con particolare riferimento a quella dettata per il concordato preventivo, alle ipotesi in cui gli effetti del contratto si sono già tutti verificati ad eccezione della prestazione di uno dei contraenti e comunque a quelle situazioni ove residua unicamente un debito o un credito a carico di una delle parti”*<sup>374</sup>.

---

<sup>372</sup> Per approfondimenti cfr. A.PATTI, *Rapporti pendenti nel concordato preventivo riformato tra prosecuzione e scioglimento*, op. cit., p. 262, secondo cui *“La regola di trattamento dei rapporti pendenti differisce radicalmente nelle ipotesi di soluzione della crisi d'impresa nel senso della sua liquidazione ovvero della prosecuzione della sua attività. Nella prima, paradigmaticamente rappresentata dalla procedura fallimentare, la regola di disciplina è, in linea generale, quella della sospensione, in attesa della determinazione, di subingresso nel rapporto o di scioglimento da esso, del curatore (art. 72 l.fall.), sulla base di una valutazione di opportunità economica, coerente con il rispetto delle ragioni di tutela del ceto creditorio e di protezione del patrimonio, cristallizzato. Come si comprende si tratta di una regola di liquidazione, che comporta il necessario abbandono dell'ordinaria disciplina civilistica, retta dai principi di autonomia privata e dal diritto dei contratti, in favore di una procedurale, protettiva dell'insolvenza accertata: bene allora essa può essere designata come regola giuridica di procedura. Nell'ipotesi di continuazione dell'attività di impresa, la disciplina dei rapporti pendenti è, al contrario, quella della loro prosecuzione tendenziale, così come avviene (ai sensi dell'art. 104, settimo comma, l.fall.) in caso di esercizio provvisorio nel fallimento e (ai sensi dell'art. 50, secondo comma d.lgs. n. 270/1999) nell'amministrazione straordinaria [...] Essa appare coerente con la tutela, come d'ordinario, del contraente non insolvente ed è espressione di quella più generale di sicurezza giuridica dei traffici commerciali e degli scambi [...] In questa alternativa prospettazione, il concordato preventivo pare inclinare, sotto un profilo squisitamente economico, verso la prima quando di natura liquidatoria e verso la seconda, quando di risanamento o di continuità, con la già segnalata necessità di qualche adattamento, qualora la previsione del piano sia inconciliabile con la prosecuzione tout court di tutti i rapporti pendenti, ora espressamente previsto per legge”*.

<sup>373</sup> La Relazione illustrativa alla riforma del 2012 (ddl AC n. 5312), p. 31 evidenzia come: *“[...]il debitore può sciogliersi dai contratti qualora ciò facilita la risoluzione delle crisi: è tipico il caso in cui l'imprenditore in crisi si espone a maggiori costi rispettando l'impegno negoziale assunto piuttosto che sottraendosi ad esso e risarcendo la controparte per i danni subiti”*.

<sup>374</sup> Così App. Venezia 26.11.2014, [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it).

Infatti devono essere considerati contratti pendenti<sup>375</sup> “i contratti con riferimento alle prestazioni non ancora eseguite e da eseguire successivamente alla apertura della procedura concordataria, per cui può ritenersi che la sospensione opera per i contratti pendenti nei termini di cui all’articolo 72 L.F. con riferimento alle prestazioni che siano ancora “in corso di esecuzione” all’atto dell’apertura della procedura. Non potranno, inoltre, considerarsi pendenti i contratti a prestazioni unilaterali in cui una delle parti abbia già eseguito la propria prestazione dal contratto residuino solo crediti o debiti, come nei casi del contratto di mutuo e di finanziamento”<sup>376</sup>.

Di talché se ne dovrebbe dedurre che si sia deciso di optare per il principio di prosecuzione dei negozi giuridici in cui entrambe le parti non abbiano ancora integralmente o parzialmente posto in essere tutte le obbligazioni ivi dedotte.

Proprio per questo, seguendo il generale principio secondo cui *pacta sunt servanda* e nel rispetto dell’articolo 41 della Costituzione Repubblicana sulla libertà di iniziativa economica dei singoli parrebbe ragionevole concludere che anche i rapporti pendenti nell’ambito della legge n. 3 non siano in realtà influenzati dall’apertura delle procedure di sovraindebitamento e possano essere risolti solamente facendo ricorso agli strumenti ordinari<sup>377</sup>.

#### **4.1.3 principio di prosecuzione dei contratti e rimedi applicabili in caso di inadempimento: tra concordato preventivo e procedure di sovraindebitamento**

Ciò detto è necessario soffermarsi ora sulle prassi che erano state individuate per regolare i rapporti pendenti nel concordato in assenza di una disciplina specifica, così da poter determinare se talune ipotesi di scioglimento possano essere applicate anche con riguardo al sovraindebitamento.

Anzitutto si è ammessa la possibilità operare una risoluzione consensuale del rapporto pendente allorché il rapporto preesistente possa essere risolto per mutuo dissenso delle parti o a causa di

---

<sup>375</sup> È necessario altresì precisare che con la riforma del 2015 è stato eliminato il concetto di contratto pendente di cui all’art. 169 *bis* L.fall. previgente ed è stato sostituito con quello di “contratto pendente” così uniformando la previsione (sotto questo aspetto) all’art. 72 L.fall. ed eliminando ogni dubbio sul fatto che i contratti di cui all’art. 169 *bis* fossero effettivamente quelli sinallagmatici, ovvero rappresentassero una categoria più ampia comprendente anche quei negozi in cui una parte avesse già integralmente eseguito la propria prestazione (es. il contratto di mutuo). Cfr. L.VAROTTI, *Appunti veloci sulla riforma 2015 della legge fallimentare*, cit., p. 14.

<sup>376</sup> Così Trib. Milano 11.9. 2014, [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it).

<sup>377</sup> In senso apparentemente contrario si veda Trib. Pistoia 27.12.2013, secondo cui “[...] Gli accordi (cessione di credito) stipulati anteriormente all’apertura della procedura non risultano vincolanti in quanto, se così non fosse, questi stessi impedirebbero l’accesso alla procedura.”; nota di P.F.MARCUCCI, [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it); le non chiare ragioni che hanno indotto il tribunale toscano ad esprimersi in maniera così *tranchant* sono probabilmente riconducibili alla specificità del rapporto contrattuale nel caso di specie. Infatti il tribunale ha ritenuto “non vincolante” (*i.e.* risolto di diritto) un accordo di cessione volontaria del quinto della pensione. Ebbene la ragione di questa scelta non parrebbe fondarsi su motivi di ordine sistematico legati ai contratti pendenti, quanto piuttosto ad una (discutibile) presunta tassatività del divieto di disporre dei crediti derivanti pensioni, salari ed emolumenti (nei limiti di quanto occorra al mantenimento proprio e della propria famiglia) che sarebbe applicabile non solo nell’ambito della liquidazione, bensì a tutte le procedure di composizione della crisi da sovraindebitamento. Ciò posto – come si vedrà nel prosieguo del presente paragrafo – non parrebbe possibile nemmeno qualificare questo contratto come pendente (laddove il termine con “vincolante” si volesse affermare proprio questo concetto), atteso che le obbligazione residue sarebbe ero solo quelle in capo al debitore (dettagliate nel piano di rimborso). Pertanto, la situazione configurata riguarderebbe la mera sussistenza di un rapporto debitorio cristallizzatosi con l’apertura della procedura (*i.e.* decadenza dal beneficio del termine).

un accordo transattivo intervenuto. Ebbene, tale ipotesi appare replicabile anche nel sovraindebitamento inserendola magari nell'ambito del piano e della proposta, laddove le parti ritengano anti-economico proseguire il rapporto in essere dopo l'apertura del concorso<sup>378</sup>.

Lato contraente *in bonis* sono stati ritenuti liberamente applicabili il rimedio della risoluzione per inadempimento di cui all'articolo 1460 c.c. e quello di cui all'articolo 1461 c.c.

Con riguardo alla prima ipotesi, si riteneva del tutto ammissibile la possibilità di sollevare *l'exceptio inadempti contractus* da parte del contraente *in bonis*<sup>379</sup>. Era inoltre considerata pacificamente ammissibile anche la possibilità di esperire l'azione di risoluzione sia nell'ipotesi in cui l'inadempimento si fosse verificato prima dell'apertura del concorso che nell'ipotesi in cui lo stesso fosse successivo. Occorre evidenziare tuttavia come, pur ritenendo entrambe queste possibilità del tutto ammissibili anche nell'ambito del sovraindebitamento, non sia affatto chiaro se, tali valutazioni possano essere operate *incidenter tantum* direttamente dal giudice della procedura, ovvero se sia necessario radicare un giudizio di cognizione piena avanti al giudice ordinario.

Il dubbio sorge – legittimamente - anche per lo scarso dettaglio normativo sui poteri dell'autorità giurisdizionale (cfr. § 3.1), anche se, soprattutto per ragioni di economia processuale, parrebbe ammissibile una forzatura in tal senso poiché, da un lato, questi meglio di altri può ponderare l'effettiva inferenza del rapporto rispetto alla procedura e, dall'altro, la legge sul sovraindebitamento – qualora si volesse utilizzare un canone interpretativo estensivo - dispone espressamente che il giudice possa risolvere in sede di omologa le contestazioni dei creditori insorte ad esito dell'approvazione del piano e della proposta. In tal caso, ai fini dell'opposizione del contraente *in bonis* potrebbe essere applicabile il rito camerale *ex* articolo 737 e ss. c.p.c.<sup>380</sup>

Mentre per quanto attiene ad eventuali azioni risarcitorie si dovrebbe invece propendere per la competenza del giudice ordinario, per le medesime ragioni che hanno portato il legislatore a ritenerlo competente in relazione allo scioglimento dei contratti nell'ambito del concordato

---

<sup>378</sup> Cfr. P.PAJARDI – A.PALUCHOWSKI, *Manuale di diritto fallimentare*, VII ed., Milano, 2008, p. 855

<sup>379</sup> Per tutti si vedano P.F.CENSONI, *Gli effetti del concordato preventivo sui rapporti giuridici preesistenti*, op. cit., pp. 58 ss. e A.JORIO, *I rapporti giuridici pendenti nel concordato preventivo*, Padova, 1973, pp. 251 ss.

<sup>380</sup> Vista la definitività di un provvedimento di tal fatta in merito al rapporto contrattuale (ed agli effetti sui diritti soggettivi in esso regolati), in tal caso il provvedimento parrebbe pacificamente ricorribile per cassazione. Più in generale, si può affermare che laddove dovessero sorgere controversie tra creditore e debitore/consumatore con riferimento all'ammontare del credito (es. per questioni al riconoscimento degli interessi), allora il giudice, sia nell'ambito dell'accordo del debitore che nel piano consumatore, potrebbe decidere su tali istanze *incidenter tantum*. Nel contesto di queste procedure, ogni contestazione dovrebbe comunque passare o per l'intermediazione dell'Organismo in sede di omologa o in altra udienza fissata *ad hoc*. Le suddette istanze potrebbero avere ad oggetto sia l'*an* che il *quantum* del credito. Parimenti potrebbero essere sollevate anche contestazioni sui diritti soggettivi anche nella fase esecutiva del piano e della proposta che dovranno essere decise dal giudice e saranno comunque impugnabili ai sensi e con i limiti dell'art. 739 c.p.c. In definitiva, laddove dovessero sorgere contestazioni sui crediti o sui diritti soggettivi il giudice del sovraindebitamento sarebbe competente solo *incidenter tantum*, sempre con la possibilità per la parte soccombente di adire lo strumento di cui all'art. 739 c.p.c. ed eventualmente il rimedio straordinario di cui all'art. 111, comma settimo, Cost. Di talché, parrebbe più corretto e coerente con il nostro ordinamento processuale che, in caso di contestazioni aventi ad oggetti diritti sostanziali o posizioni giuridiche rilevanti, la soluzione della controversia trovasse sede non in un ambito sommario, bensì in sede ordinaria (così come avviene in ambito concorsuale ed in particolare nel concordato preventivo).

preventivo con la riforma del 2012<sup>381</sup>. Peraltro, è solo il caso di segnalare come nell'ipotesi in cui il credito risarcitorio derivi da un inadempimento contrattuale anteriore rispetto all'apertura del concorso allora dovrebbe trovare collocazione concorsuale.

Chi scrive riterrebbe pacificamente applicabile al sovraindebitamento anche la seconda ipotesi di cui all'articolo 1461 c.c., atteso che l'accertamento giudiziale dello stato di sovraindebitamento (unitamente all'occorrere di inadempimenti) sancirebbe un evidente mutamento delle condizioni economiche del debitore.

Di talché il contraente *in bonis* assumerebbe un evidente aumento del rischio nel porre in essere ulteriori prestazioni economico-patrimoniali in favore di un soggetto in obiettivo stato di temporanea difficoltà o che versi, financo, in uno stato di definitiva incapacità economico-finanziaria<sup>382</sup>.

Dunque, il principio di prosecuzione dei contratti pendenti non vincola le parti a tutti i costi; esse potrebbero infatti liberamente avvalersi dei rimedi ordinari previsti dall'ordinamento in tema di risoluzione, oltre alla facoltà di transigere, concordare modifiche al contratto o risolvere per mutuo consenso nel contesto dell'accordo<sup>383</sup>.

D'altra parte, è solo il caso di notare che – pur con le necessarie tutele per il contraente *in bonis* – ad assumere maggiore rilievo in questo contesto siano soprattutto gli interessi generali del concorso cui devono soggiacere le esigenze particolari dei singoli. Infatti qualora un negozio prosegua nell'ambito delle procedure di sovraindebitamento, si potrebbe produrre un vistoso depauperamento della massa attiva, atteso che i crediti maturandi in occasione o in funzione di uno dei procedimenti di cui alla presente sezione sono soddisfatti con preferenza rispetto agli altri (articolo 13, comma quarto bis, L.sov.).

Dunque toccherà al debitore valutare in prima battuta quali possano essere i contratti la cui prosecuzione leda gli interessi della procedura incidendo sull'attivo, senza produrre alcuna utilità apprezzabile per la massa. E sarà poi il giudice a dover decidere se questi possa sciogliersi o meno dal negozio (sempre in contraddittorio con il contraente *in bonis*).

---

<sup>381</sup> Ciò poiché il terzo contraente *in bonis* avrebbe diritto ad un indennizzo da determinarsi, secondo le regole generali, in relazione al danno emergente ed al lucro cessante.

<sup>382</sup> In senso conforme si veda P.F.CENSONI, *Gli effetti del concordato preventivo sui rapporti giuridici preesistenti*, op.cit., pp. 46 ss.; *contra* A.NIGRO – D.VATTERMOLI, *Il diritto delle imprese in crisi*, Bologna, 2012, p. 374, secondo cui tale obiettivo mutamento potrebbe avvenire solo con il verificarsi del presupposto oggettivo dell'insolvenza e non sarebbe sufficiente un mero stato di crisi o di difficoltà economico-finanziaria. Anche volendo seguire la tesi degli autori non parrebbe comunque revocabile in dubbio che lo stato di sovraindebitamento (che a differenza del concetto di crisi è stato puntualmente definito dall'ordinamento) possa integrare i presupposti di cui all'art. 1461 c.c.

<sup>383</sup> Sul punto, in tema di concordato preventivo, conformemente A.MAFFEI ALBERTI, *ult. op. cit.*, p. 1137, secondo cui “*si deve probabilmente riconoscere al contraente in bonis il diritto di esperire l'azione di risoluzione del contratto sia prima, sia dopo l'apertura del concordato (salvi i principi sulla trascrizione della domanda, alla luce del richiamo all'art. 45, effettuato dall'art. 169 [...]) e si deve escludere che l'operatività degli istituti mediante i quali è possibile pervenire allo scioglimento dei rapporti in corso sia limitata al pari di quanto accade nel fall.*”; cfr. parzialmente contraria una risalente Pret. Verona 14.11.1990 che aveva escluso l'applicazione della risoluzione per diffida ad adempiere qualora la scadenza del relativo termine fosse stata successiva all'apertura della procedura concordataria, in Foro it., I, 1992, p. 576.

La questione del trattamento dei rapporti preesistenti viene acuita nell'ambito del sovraindebitamento dall'assenza di un richiamo alla scadenza anticipata dei debiti pecuniari del sovraindebitato. Tale disposizione, presente nell'ambito di tutte le procedure concorsuali per effetto del continuo espresso richiamo proprio all'articolo 55, comma secondo L.fall.<sup>384</sup>, consente di fugare ogni dubbio circa la ricorrente fattispecie del contratto di mutuo, non solo ai fini dell'inquadramento di questo negozio tra i negozi (comunque) non sinallagmatici, bensì nella definizione di questo rapporto alla stregua di un mero debito – credito che si cristallizza con l'apertura del concorso.

L'assenza di una disposizione di tal fatta nelle procedure di sovraindebitamento potrebbe anche indurre l'interprete a considerare che il debitore non sia decaduto dal beneficio del termine concesso dal contraente *in bonis* con l'erogazione della somma (o che ciò possa accadere solo ad esito della risoluzione del rapporto contrattuale nei termini sopradescritti).

Tuttavia, come visto in precedenza, tale opzione non parrebbe condivisibile. Anzitutto, preme evidenziare come la regola sulla decadenza dal beneficio del termine del debitore insolvente<sup>385</sup>, assurga a principio generale dell'ordinamento concorsuale quale diretta applicazione dell'articolo 1186 c.c.<sup>386</sup>, atteso che la norma comunque non postula il conseguimento di una preventiva pronuncia giudiziale, affinché il creditore possa esigere immediatamente la prestazione<sup>387</sup>.

Pertanto il mancato richiamo appare una mera svista del legislatore che ha configurato un mezzo concorsuale con effetti segregativi sul patrimonio (si pensi alla sospensione degli interessi o al divieto di porre costituire garanzie) e conseguenze processuali (*i.e.* necessità di identificare alla data dell'apertura del concorso di definire e cristallizzare la massa delle passiva) che non possono prescindere dall'applicazione di questa regola immanente dell'ordinamento e la cui forza applicativa si estende ad ogni procedura in cui il “concorso sostanziale” tra creditori trovi sede<sup>388</sup>.

Una spiegazione potrebbe essere ricavata anche dalla tendenza del legislatore ad eliminare progressivamente spazio alla regola della *par condicio creditorum*, facendo sì che trovino sempre maggiore applicazione le disposizioni civilistiche rispetto a quelle aventi natura speciale (si pensi alla riduzione dello spazio di applicazione della revocatoria fallimentare operata con la riforma del 2006, sostituita da una più massiccia applicazione dello strumento della revocatoria ordinaria in ambito fallimentare).

---

<sup>384</sup> Tale norma infatti viene richiamata anche dall'art. 169 L.fall., in relazione al concordato preventivo, dall'art. 201 L.fall. per ciò che concerne la liquidazione coatta amministrativa, dagli artt. 18 e 36 del D.lgs n. 270/1999 e dall'art. 8 del D.L. n. 347/2003.

<sup>385</sup> Secondo giurisprudenza prevalente l'insolvenza è costituita “*da una situazione di dissesto economico, sia pure temporaneo, in cui il debitore venga a trovarsi, e la quale rende verosimile l'impossibilità da parte di quest'ultimo di fare fronte ai propri impegni*”, Cfr. Cass. 12126/2008, in R.GAROFOLI – M.IANNONE, *Codice Civile e leggi complementari*, commentario annotato, diretto da Alpa – Garofoli, Roma, 2015, p. 1277.

<sup>386</sup> Così S.BONFATTI, *Lineamenti di diritto fallimentare*, op. cit., p. 78.

<sup>387</sup> Cfr. Cass. n. 6984/2003 e Trib. Roma, 16.12.2008, [www.dejure.it](http://www.dejure.it).

<sup>388</sup> Cfr. sul concorso sostanziale S.BONFATTI, *ult. op. cit.*, p. 73.

Con riferimento alla fattispecie del mutuo, si dovrebbe dunque propendere, anche in questo contesto, per considerare il rapporto come un mero credito anteriore<sup>389</sup>, laddove, in forza dell'applicazione delle regole sul concorso sostanziale, il debitore perda comunque il beneficio del termine con l'apertura della procedura.

Diversamente opinando, l'unica soluzione alternativa potrebbe essere quella – ad avviso di scrive meno convincente – di ritenere il contratto di mutuo come un negozio pendente<sup>390</sup> e per gli effetti consentirne la prosecuzione (a meno che non se ne chieda lo scioglimento con gli strumenti previsti dalla legge o dal contratto) secondo quanto previsto dal piano di ammortamento, con l'avvertenza però che le rate a scadere sarebbero ovviamente da corrispondere in prededuzione al contraente *in bonis*.

Perciò, delle due l'una, o il contratto deve essere ritenuto pendente e rimangono “in piedi” tutti gli effetti prededuttivi legati alla prosecuzione del contratto anche dopo l'apertura del concorso o il contratto non risulta più tale e, con l'apertura del concorso, degrada a mera relazione debito - credito che deve esaurirsi nell'ambito del concorso.

Ciò che invece non pare ammissibile è una modifica giudiziale del contratto, ovvero una rideterminazione *ope iudicis* del contenuto economico dello stesso, ancorché effettuata su proposta del debitore e con l'avvallo dell'Organismo di composizione della crisi.

Il sovraindebitamento non può rappresentare uno strumento per modificare o coartare giudizialmente la volontà negoziale delle parti (bensì può essere lo strumento per interrompere i rapporti laddove ne ricorrano i presupposti o ne venga accertata l'esigenza), poiché diversamente opinando si produrrebbe una inaccettabile lesione del principio dell'autonomia negoziale e della libera iniziativa economica.

In altre parole, al debitore/consumatore non può essere consentita la possibilità di operare modifiche unilaterali al contratto per ‘far quadrare’ il piano o la proposta, a meno che questa non sia stata preventivamente concordata con il contraente *in bonis*.

Ebbene, questa precisazione risulta necessaria poiché, probabilmente a causa della scarsa chiarezza della disciplina, in alcune situazioni operative sono state riscontrate vere e proprie anomalie giuridiche avvallate da taluni giudici di merito<sup>391</sup>.

#### **4.1.4 Un “bizarro” caso di trattamento del mutuo ipotecario nell'ambito del sovraindebitamento**

Il caso forse più interessante riguarda una pronuncia che ha previsto la modifica sostanziale delle condizioni di un contratto di mutuo ipotecario con rideterminazione dell'importo delle rate per linea capitale e per interessi (dal tasso convenzionale a tasso legale) con contestuale

---

<sup>389</sup> Cfr. per tutti, App. Venezia 26.11.2014 e Trib. Milano 11.9.2014, [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it).

<sup>390</sup> Così Trib. Marsala, 5.2.2014, [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it), per l'ipotesi del mutuo ipotecario nell'ambito del concordato con continuità aziendale.

<sup>391</sup> *Contra* Trib. Lecce, 24.1.2014, inedito.

allungamento “coattivo” del piano di ammortamento<sup>392</sup>, imponendo per gli effetti al creditore ipotecario di non agire esecutivamente sull’immobile oggetto di garanzia ed al debitore di mantenere, di fatto, il beneficio del termine.

Tale decisione - seppure orientata a rendere sostenibile l’indebitamento di un consumatore - appare errata sotto quattro profili.

Anzitutto preme rilevare come la – scarna - motivazione addotta da giudice pugliese si focalizzi sul fatto che “*ove si procedesse alla vendita forzata dell’unico immobile di cui il debitore è proprietario, i creditori chirografari non troverebbero soddisfacimento, stante l’ammontare del credito ipotecario*”. Ebbene, al di là della scarsa attenzione prestata dal giudice alla questione in esame, ciò che appare criticabile è la considerazione secondo cui, ai fini del soddisfacimento di un credito ipotecario, si debba tenere conto del soddisfacimento di coloro che per legge devono essere soddisfatti successivamente, ovvero i creditori chirografari. Di fatto la ragione di questa scelta si fonda su una forma di “*reverse discrimination*”, ovvero di alterazione dell’ordine di pagamento dei creditori,<sup>393</sup> che – come visto – la legge non consente (se non entro limiti ben precisi).

Occorre allora osservare come i limiti alla falcidiabilità dei crediti ipotecari imposti dall’articolo 7 comma primo, non parrebbero consentire questa possibilità, atteso che la riduzione degli interessi, unitamente alla falcidia finanziaria imposta dal prolungamento del piano di ammortamento, di fatto, potrebbero essere consentite allorché sia assicurato al creditore il pagamento in misura non inferiore rispetto a quella realizzabile in ragione di una collocazione preferenziale sull’attivo in caso di liquidazione. È solo il caso di segnalare che con tale modalità si perverrebbe, per certi versi, alla soluzione opposta, poiché si rischierebbe di soddisfare prima i creditori senza causa di prelazione rispetto a quelli antergrati per legge in evidente lesione del principio della *par condicio*.

Inoltre, la previsione di cui all’articolo 8, comma quarto in merito alla moratoria annuale sui crediti preferenziali parrebbe produrre, in relazione al piano del consumatore, un limite massimo di un anno per il pagamento dei creditori garantiti.

Sotto un secondo profilo occorre rimarcare come, con l’apertura del concorso sostanziale tra i creditori nell’ambito del sovraindebitamento e la relative cristallizzazione dei rapporti, il debitore debba considerarsi decaduto dal beneficio del termini ai sensi dell’articolo 1186 c.c.

---

<sup>392</sup> Nella relazione dell’Organismo, con riferimento al caso in analisi, si legge “*Per il creditore ipotecario [...] è stato sviluppato un ammortamento del debito che prevede il riconoscimento degli interessi nella misura legale calcolati sul debito residuo [...] per tutta la durata della dilazione (30 anni e 4 mesi). I tempi del rimborso sono stati posticipati di circa cinque anni.*” Risulta dunque evidente come nel caso di specie non sia stata operata una falcidia sul credito bensì una vera e propria modifica unilaterale (con validazione giudiziale) delle condizioni del contratto di mutuo, prevedendo una rideterminazione del tasso di interesse ed una dilatazione dei tempi originari di rimborso rispetto all’originario piano di ammortamento (cui si fa espresso riferimento).

<sup>393</sup> L’effetto prodotto infatti non solo è quello di non soddisfare il creditore garantito (o meglio di falcidiarne le pretese e di aumentare inopinatamente le tempistiche di soddisfacimento), bensì di consentire a taluni creditori chirografari di essere soddisfatti prima e meglio.

Il terzo aspetto è quello relativo all'aver considerato un contratto di mutuo alla stregua di un negozio pendente, laddove, come si è visto, una delle parti abbia interamente eseguito la propria prestazione interrompendo così il nesso sinallagmatico e definendo una situazione più propriamente inquadrabile nell'ambito della relazione debito-credito ai fini del concorso.

In ultima istanza, occorre rilevare che anche laddove si ritenesse di annoverare la fattispecie del mutuo alla stregua di un contratto pendente, comunque – in assenza di alcuna previsione in merito da parte del legislatore – si dovrebbe concludere come questo rapporto rimanga insensibile all'apertura del concorso, potendo essere sì sciolto, nei limiti previsti dalla legge o dal contratto, ma non già riqualificato *ope judicis* su proposta unilaterale del debitore.

In altre parole sarebbe stato possibile per il debitore chiedere lo scioglimento dal contratto di mutuo, prevedendo contestualmente una falcidia del credito della banca nei limiti imposti per i crediti con titolo di prelazione. Ogni modifica delle condizioni negoziali, invece, avrebbe dovuto essere negoziata con il contraente *in bonis* nel caso di prosecuzione del contratto di mutuo (si pensi alle ipotesi di mutuo a SAL).

Peraltro anche la falcidia finanziaria imposta al creditore ipotecario, oltre a dover rispettare i limiti di cui agli articoli 7, comma prima e 8, comma quarto, dovrebbe altresì tenere in considerazione quanto prescritto dalla legge n. 89/2001, c.d. Legge Pinto<sup>394</sup>, in materia di ragionevolezza delle tempistiche previste per il soddisfacimento.

#### ***4.1.5 Alcune considerazioni sul trattamento dei contratti c.d. di “liquidità” nel sovraindebitamento***

Altra *vaexata quaestio* che ha animato il dibattito dottrinario e giurisprudenziale in merito ai contratti pendenti nell'ambito del concordato preventivo riguarda il trattamento dei cosiddetti ‘contratti di liquidità’. Ovvero tutti quei contratti che traggono origine dalle necessità finanziarie dell'imprenditore e, più in generale degli operatori commerciali, di smobilizzare i propri crediti non ancora esigibili ottenendo un *plafond* da parte del proprio istituto di credito che potrà essere utilizzato nel limite della presentazione dei documenti attestanti il credito verso terzi (normalmente fatture) con operazioni di norma riconducibili nello schema dell'anticipazione salvo buon fine.

Normalmente all'anticipazione viene applicata la commissione e l'interesse (in misura pari alla differenza tra il corrispettivo ricevuto ed il valore nominale del credito) ed alla banca verrà fornito un mandato ad incassare il credito alla scadenza, ovvero verrà perfezionato un vero e proprio negozio di cessione del credito a suo favore.

Laddove il terzo debitore ceduto non dovesse adempiere alla prestazione dedotta nel documento di credito allora l'importo resterebbe a debito del mandante/cedente.

---

<sup>394</sup> Cfr. Trib. Santa Maria Capua Vetere, 14.5.2014, [www.dejure.it](http://www.dejure.it).

Da un punto di vista giuridico, questo schema contrattuale, sostanzialmente atipico, trae origine da una commistione di negozi tipici previsti nel codice civile, tra cui in particolare, il contratto di apertura di credito, quello di sconto, il conto corrente ed il mandato.

Il trattamento di questa fattispecie atipica ha provocato un grande dibattito soprattutto nell'ambito del concordato preventivo laddove, con il richiamo all'articolo 56 L.fall. circa la non compensabilità<sup>395</sup> di crediti anteriori con debiti successivi è stato revocato in dubbio che un istituto di credito possa compensare debiti del creditore divenuti esigibili successivamente alla data di apertura del concorso, in relazione ai quali abbia ottenuto mandato irrevocabile all'incasso per anticipazioni fornite al debitore anteriormente.

Come correttamente osservato dalla Suprema Corte *“con riguardo all'apertura di credito per utilizzo del portafoglio commerciale (nelle forme di castelletto s.b.f., anticipazioni di fatture, ecc.) posto che il contratto, al pari di tutti gli altri, non si scioglie automaticamente, occorre preliminarmente valutare se in epoca anteriore al deposito della domanda sono state poste in essere cessioni del credito opponibili alla massa. Il richiamo esplicitamente operato dall'art.167 all'art.45, induce a ritenere che i crediti in quanto non oggetto di cessione notificata al debitore ceduto in epoca anteriore al deposito del ricorso costituiscano risorse del concordato disponibili per i creditori ammessi al concorso. Di qui la necessità di verificare per ogni singolo istituto di credito e per ogni tipologia di anticipazione, l'esistenza di atti di cessione dei crediti opponibili alla massa. Infatti, nell'ambito dei rapporti bancari il foglio commerciale può essere oggetto di un mandato all'incasso, con patto di compensazione o meno, oppure può essere ceduto all'istituto di credito. Le implicazioni sono diverse: nel mandato all'incasso le somme ricevute dalla banca, dopo il deposito della domanda di cp, devono essere riversate alla procedura mentre nel caso di cessione del credito gli incassi anche successivi al deposito della domanda purché riferiti a cessioni perfezionate prima sono definitivamente acquisiti dalla banca.”*<sup>396</sup>

Tuttavia la discriminazione fra cessioni del credito e mandato all'incasso del credito non risolve da sola la questione dell'attribuzione degli incassi ricevuti dalla banca nel corso della procedura.

Infatti il contratto di conto corrente spesso contiene il c.d. “patto di compensazione” la cui operatività trova fondamento proprio nella stretta interdipendenza tra tutte le clausole che regolano il contratto di conto corrente, ivi compresa quella con la quale le parti abbiano attribuito alla banca il diritto di "incamerare" le somme riscosse per conto del correntista. Come correttamente osservato dallo stesso Supremo Collegio *“il patto, infatti, è connesso in modo essenziale al negozio di credito bancario strutturalmente collegato al potere attribuito alla banca (in forza di un mandato, o per effetto di una cessione di credito) di riscuotere il credito del correntista, nel senso che attenendo esso alla regolamentazione delle modalità di*

---

<sup>395</sup> Come efficacemente indicata dalla migliore dottrina *“i crediti anteriori alla proposta di c.p. non sono compensabili con i crediti sorti o divenuti esigibili successivamente alla stessa, poiché contrariamente, ne risulterebbe alterata la par condicio creditorum: infatti, essendo i crediti anteriori inesigibili ai sensi dell'art. 168 L.fall., difetta uno dei presupposti richiesti dall'art. 1243 c.c. per l'operatività della compensazione legale”*, cit. A.MAFFEI ALBERTI, *ult. op. cit.*, p. 1132.

<sup>396</sup> Cit. Cass. n. 17999/2011, [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it).

*satisfazione del credito della banca, in sua carenza l'operazione non sarebbe stata posta in essere, sicché negozio e patto non possono che essere interdipendenti*"<sup>397</sup>.

E proprio tale impostazione appare invero replicabile anche nell'ambito del sovraindebitamento. Non è infatti revocabile in dubbio – come ampiamente visto in precedenza - che pur non essendovi nella legge n. 3/2012 alcuna norma in merito alla compensazione tra crediti e debiti, nelle procedure in analisi trovino albergo le disposizioni concorsuali circa la cristallizzazione dei crediti e l'inesigibilità dei crediti ai sensi dell'articolo 1243 c.c. per l'operare delle note regole sulla segregazione del patrimonio del debitore di cui all'articolo 10, comma secondo, lett. c) e 12 ter, primo comma.

È inoltre evidente come con il principio della prosecuzione dei contratti in corso di esecuzione tutte le clausole degli stessi debbano considerarsi pienamente operative anche dopo l'apertura della procedura (e dunque anche il patto di compensazione).

Occorre peraltro osservare come con l'applicazione dell'articolo 2914 c.c. di fatto nella disciplina dell'insolvenza civile trovi applicazione anche l'articolo 45 L.fall., vietando così il compimento delle formalità necessarie per rendere opponibili gli atti ai terzi dopo la data di apertura della procedura.<sup>398</sup>

Con riferimento alle linee "autoliquidanti" - in relazione all'accordo del debitore ed, eventualmente, alla procedura liquidatoria - seguendo la menzionata impostazione, l'effetto sarebbe quello di ritenere compensabili solo i crediti anteriori con i debiti divenuti successivamente esigibili in virtù di una cessione perfezionata in data anteriore alla procedura, e non anche quelli in cui le formalità per il perfezionamento della cessione siano poste in essere successivamente all'apertura della procedura, non essendovi alcuna espressa preclusione.

L'effetto (invero piuttosto grave) sarebbe quello di evitare una erosione dell'attivo in relazione a questi contratti.

---

<sup>397</sup> Cit. Cass. n. 17999/2011, [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it); conformi Cass. n. 2538/1998; Cass. n. 7194/1997, entrambe reperibili su [www.dejure.it](http://www.dejure.it); Trib. Bergamo 21.11.2011, Fall., 2012, p. 586 e Trib. Roma 21.4.2010, Fall. 2010, p. 1300; in dottrina si veda C.FRIGENI, *Linee di credito "autoliquidanti" e (pre)concordato preventivo*, Banca borsa e tit. cred., 2013, pp. 537 ss.; in senso difforme si vedano Cass. nn. 8160/2000, 3879/1985 e 4798/1980, [www.dejure.it](http://www.dejure.it) e recentemente Trib. Prato, 23.9.2015, secondo cui "non vi sono i presupposti di cui all'articolo 169 bis L.F. per autorizzare lo scioglimento dei contratti bancari di anticipazione con conferimento alla banca di mandato irrevocabile all'incasso e patto di compensazione, ciò in ragione della cristallizzazione del passivo che si produce con la domanda di concordato ai sensi degli articoli 168 e 169 L.F. con richiamo agli articoli 45 e 56 L.F., in forza dei quali le somme versate dai terzi dopo la domanda non possono essere incamerate dalla banca a compensazione di quanto anticipato, effetto, questo, che si produce automaticamente per effetto del deposito della domanda di concordato e della sua pubblicazione nel registro delle imprese", [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it); in dottrina G.LO CASCIO, *Il concordato preventivo*, Milano, 2011, pp. 367 ss.

<sup>398</sup> In relazione alla rilevanza dell'articolo 45 L.fall., con riguardo ai contratti pendenti è utile citare P.F.CENSONI, *La continuazione e lo scioglimento dei contratti pendenti nel concordato preventivo*, articolo n. 456/2013, [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it), secondo cui "bisogna verificare che l'atto dal quale il rapporto ha avuto origine sia opponibile alla massa a norma dell'art. 45 l. fall. (richiamato dall'art. 169 l. fall.): è necessario cioè che prima dell'iscrizione della domanda nel registro delle imprese (che il cancelliere dovrebbe eseguire "entro il giorno successivo al deposito in cancelleria": art. 161, 5° comma l. fall.) – iscrizione dalla quale decorrono gli effetti del concordato per i creditori (art. 168 l. fall.) e dunque, più in generale, anche quelli nei confronti dei terzi – siano state compiute le formalità previste dalla legge per l'opponibilità del contratto pendente ai terzi".

Sotto questo profilo occorre una volta di più sottolineare come la ‘mano’ del legislatore abbia agito in maniera affrettata ed imprecisa, poiché, da un lato, impone di non iniziare o proseguire azioni esecutive e cautelari e vieta di costituire titoli di prelazione, imponendo, di fatto, un vincolo di destinazione sui beni del debitore mediante la trascrizione del decreto di apertura della procedura presso gli uffici competenti e, dall’altro, nulla dice in merito alle formalità poste in essere dopo l’apertura del concorso, dovendo l’interprete rifugiarsi ancora una volta nelle regole del diritto comune per evitare che trovino applicazione forme di concorso anomale e spurie.

Con riferimento al patto di compensazione, chi scrive ritiene di aderire alla esposta tesi della Suprema Corte nel 2011 che ponendo l’accento sulla interrelazione causale tra erogazione e diritto ad incamerare la somma, sussistente sin dal momento in cui il rapporto ha avuto origine, ritiene possibile la compensazione legale anche ai sensi dell’articolo 1243 c.c.

Infine, in presenza di un mandato semplice *in rem propriam*, si dovrebbe invece concludere che la compensazione legale tra crediti anteriori e debiti posteriori del creditore non sia possibile poiché altrimenti sarebbe violato il principio della *par condicio*<sup>399</sup>, e questa regola vale tanto nelle procedure concorsuali tradizionali, quanto in quelle di composizione della crisi da sovraindebitamento.

## **4.2. GLI ORGANISMI DI COMPOSIZIONE DELLA CRISI**

### ***4.2.1 Gli Organismi di composizione della crisi: alcune osservazioni generali***

Un secondo aspetto piuttosto problematico con riferimento alla disciplina in esame riguarda la figura degli Organismi di composizione della crisi da sovraindebitamento disciplinata dall’articolo 15, L.sov.

Come già evidenziato nel precedente capitolo questa figura riunisce in un medesimo soggetto diversi ruoli e prerogative che nelle procedure concorsuali tradizionali rimangono ben distinti.

---

<sup>399</sup> Cfr. Cass. n. 10548/2009; Cass. n. 8160/2000; Cass. n. 9030/1995, tutte reperibili su [www.dejure.it](http://www.dejure.it); App. Milano 2.3.2001, banca borsa e tit. cred., 2002, p. 552 e, da ultimo, Trib. Verona, 31.8.2015, nota di D.FINARDI, [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it), secondo cui “*nel caso in cui la banca, prima dell’apertura della procedura concorsuale, anticipi all’imprenditore l’importo di un credito, assumendo il mandato al relativo incasso nell’ambito di un rapporto di conto corrente o di apertura di credito o di sconto bancario o di “anticipazione sbf”, il rapporto contrattuale, al momento dell’apertura della procedura concorsuale deve considerarsi ancora non compiutamente eseguito da entrambe le parti, posto che la banca deve ancora completare la prestazione di incasso e comunque è tenuta a prestare il servizio continuativo di cassa o a mettere a disposizione le somme concordate. La banca non può ritenere l’incasso invocando la compensazione tra il credito derivante dall’anticipazione del credito e il debito restitutorio conseguente all’incasso, in quanto il primo viene ad esistenza prima dell’apertura della procedura di concordato ed il secondo dopo, mentre la compensazione ex art. 56 l.f. operante anche nel concordato preventivo, può operare solo quando entrambi i crediti siano venuti ad esistenza prima dell’apertura della procedura concorsuale, anche se divengano esigibili dopo. In caso di mandato all’incasso conferito dall’imprenditore alla banca prima dell’apertura di una procedura concorsuale, nell’ambito di un rapporto di conto corrente o di apertura di credito o di sconto bancario o di “anticipazione sbf” (che rappresenta una forma di finanziamento atipico), qualora l’incasso avvenga dopo l’apertura della procedura concorsuale, deve escludersi la possibilità per la banca di ritenere il pagamento per il principio generale per cui l’accredito su conto corrente con saldo passivo dell’imprenditore soggetto a procedura concorsuale, di un pagamento proveniente da terzi debitori, nella misura in cui riduce il saldo passivo, diviene pagamento dell’imprenditore nei confronti della banca, inefficacie ai sensi dell’art. 44 in caso di fallimento e non consentito in caso di concordato preventivo, fermo il diritto della banca ad ottenere in prededuzione il pagamento del corrispettivo”. In dottrina si veda C.FRIGENI, *Linee di credito “autoliquidanti” e (pre)concordato preventivo*, op. cit., pp. 537 ss.; G.RAGO, *La compensazione e le procedure concorsuali*, Dir. Fall., pp. 1003 ss.*

Si va dall'ausilio nella redazione della proposta che normalmente spetta al consulente del debitore, all'attestazione sulla veridicità dei dati contenuti nella proposta, nel piano e nei documenti allegati e sulla fattibilità del piano in genere attribuita al professionista attestatore *ex* articolo 67, comma terzo, lett. d), L.fall., sino alle forme di ausilio al giudice durante la procedura (*i.e.* la raccolta dei voti, la gestione delle contestazioni dei creditori, l'espletamento delle forme pubblicitarie richieste dalla legge e dal giudice sino all'esecuzione dell'accordo o del piano e la liquidazione del patrimonio).

Tale ultima funzione viene rivestita, nelle procedure tradizionali, dal commissario giudiziale o dal curatore fallimentare e, talvolta, anche dal liquidatore (figura questa che viene prevista nell'ambito della procedure liquidatoria e che, per volontà del giudice, può identificarsi proprio nell'Organismo di composizione della crisi)<sup>400</sup>. Sotto questa veste dunque l'Organismo ricopre un ruolo di garante dei terzi (*i.e.* dei creditori) nella gestione e nell'esecuzione della procedura.

Tale evidente polivalenza ha – comprensibilmente - indotto i primi commentatori ad assumere un atteggiamento rigido e sospettoso verso la reale efficacia e indipendenza di questo istituto, atteso il rischio di un endemico conflitto di interessi<sup>401</sup> in seno a questa figura e la vaghezza dell'articolo 15 L.sov.

La norma infatti, invece di offrire chiarimenti si è limitata a demandare alla legislazione di secondo livello la definizione dei requisiti di costituzione degli Organismi, la loro conformazione interna, le modalità iscrizione all'apposito registro, le condizioni di iscrizione, la sospensione e la cancellazione dei medesimi e la determinazione dei compensi e dei rimborsi ad essi spettanti.

Peraltro è solo il caso di segnalare che l'opera del legislatore delegato ha visto la luce con notevole ritardo rispetto ai novanta giorni dall'entrata in vigore della legge n. 3/2012 (come emendata) prescritti dall'articolo 15, comma terzo.

Infatti solo con il decreto 24 settembre 2014 n. 202, pubblicato in Gazzetta Ufficiale il 27 gennaio 2015 è stata offerta un regolamentazione più puntuale a questi soggetti, cercando altresì di fornire una soluzione concreta rispetto ai requisiti di indipendenza e terzietà richiesti all'Organismo ed ai suoi componenti rispetto alla figura del debitore sovraindebitato.

---

<sup>400</sup> D'altronde il legislatore domestico nel definire questa figura si è chiaramente ispirato alle *commissions de surendettement* che, oltralpe, nella gestione dell'insolvenza civile fungono da veri e propri player e facilitatori della crisi mantenendo e spesso risolvendo la crisi in sede amministrativa prima dell'intervento giudiziale. L'efficacia di tali organismi è data anche dall'importante svolto da funzionari dello Stato nell'ambito dei medesimi (si pensi ai funzionari dipartimentali della Banca di Francia, ovvero ai funzionari dell'Erario francese). Tuttavia, nell'esperienza italiana il legislatore si è ben guardato dal fornire una benché minima dignità pubblicistica a questi istituti prevedendo anzi, inopinatamente, all' art. 15, quarto comma che “*dalla costituzione e dal funzionamento degli organismi indicati al comma 1 non devono derivare nuovi o maggiori oneri a carico della finanza pubblica, e le attività degli stessi devono essere svolte nell'ambito delle risorse umane, strumentali e finanziarie disponibili a legislazione vigente*”. Per approfondimenti anche operativi sul funzionamento delle *commissions de surendettement* in Francia si veda [www.banque-france.fr/la-banque-de-france/missions/protection-du-consommateur/surendettement.html](http://www.banque-france.fr/la-banque-de-france/missions/protection-du-consommateur/surendettement.html).

<sup>401</sup> Si veda E.FRASCAROLI SANTI, *Procedimenti di composizione della crisi da sovraindebitamento e di liquidazione del patrimonio*, op. cit., pp. 583 ss.

In precedenza, nelle rare esperienze applicative maturate, alcuni tribunali si erano avvalsi della facoltà concessa dal comma nono dell'articolo 15 L.sov. che consente l'attribuzione delle funzioni di Organismo<sup>402</sup> anche ad un professionista o ad una società tra professionisti con requisiti di cui all'articolo 28 L.fall. o ad un notaio nominati dal presidente del tribunale su richiesta del debitore. Sino ad allora i parametri per la remunerazione dell'incarico svolto da parte di questi soggetti erano basati sui compensi dei commissari giudiziali nel concordato preventivo per le procedure di accordo del debitore e piano del consumatore e per i curatori fallimentari, quanto al procedura liquidatoria.

In tali casi infatti, rispetto ai valori di riferimento, i compensi nell'ambito del sovraindebitamento sono stati ridotti sino al 40 %. Proprio per evitare il rischio di conflitto di interessi<sup>403</sup> del medesimo soggetto persona fisica nello svolgimento delle diverse funzioni – che in questa ipotesi sarebbe stato evidente – si è anche ipotizzato che il presidente del tribunale potesse nominare distinti professionisti per lo svolgimento delle varie fasi delle procedure<sup>404</sup>.

Con riguardo alla norma in esame è altresì utile evidenziare come l'articolo 15 non riconosca nemmeno la funzione di pubblico ufficiale a tali organismi ed ai suoi componenti<sup>405</sup>. Ciò appare davvero bizzarro poiché la norma si discosta in maniera piuttosto evidente da quanto previsto per la figura del curatore fallimentare (articolo 29 L.fall) e del commissario giudiziale (art. 165 L.fall.), richiamando tuttavia – seppure in via residuale – proprio i soggetti che rivestono questa funzione nelle procedure concorsuali tradizionali. È il caso di evidenziare poi come l'attribuzione del ruolo di pubblico ufficiale in relazione alla procedura fallimentare o concordataria abbia l'evidente finalità di garantire maggiormente i creditori (ed il debitore) rispetto alla terzietà, indipendenza ed imparzialità del curatore (o commissario) nell'esercizio delle proprie funzioni (atteso che ad esso sono applicabili anche fattispecie penali tipiche di questa figura, quali a mero titolo esemplificativo l'articolo 480 c.p.). Ebbene, tale richiamo sarebbe stato assai opportuno anche nell'ambito del sovraindebitamento, considerato il ruolo promiscuo degli Organismi. Per di più, alla luce del fatto che la loro disciplina, dettagliata dal citato DM del settembre 2014 (§ 4.2.3), consente solo agli enti pubblici (ed ordini professionali)

---

<sup>402</sup> Si segnala che secondo Trib. Cremona, 17.4.2014, nota di B.SIEFF, [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it), “l'eventuale istanza del debitore di nomina da parte del presidente del tribunale di un professionista sostitutivo degli organismi di composizione della crisi ai sensi dell'art. 15, co. 9 l. n. 3 del 2012 deve necessariamente precedere il deposito della proposta di accordo o di piano, posta la funzione ausiliaria di tali organismi o del professionista sostituto e attesa la necessità dello svolgimento dei compiti assegnati dalla legge a detti soggetti, tra cui la verifica della veridicità dei dati di cui alla proposta stessa e l'attestazione di fattibilità di composizione della crisi, ai sensi degli artt. 9, co. 2 e 15, co. 6 l. cit., attestazione che deve correderare la proposta a pena della sua inammissibilità”; contra Trib. Milano, 13.10.2015, [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it), a mente del quale “sono inammissibili le istanze di designazione del professionista di cui all'articolo 15, comma 9, legge n. 3 del 2012, in conformità della indicazione del ricorrente, nonché l'istanza di sospensione di eventuali procedure esecutive immobiliari pendenti, che vengano formulate prima del deposito del piano da parte dell'organismo di composizione della crisi designato dal giudice”.

<sup>403</sup> Cfr. Trib. Vicenza, 29.4.2014, nota di G.LIMITONE, [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it), secondo cui “nella procedura di composizione della crisi da sovraindebitamento nulla vieta al debitore di avvalersi per la redazione del piano di un soggetto di sua fiducia ma è l'O.C.C. che, in ogni caso, deve fare proprio, se condiviso, il piano redatto dal professionista privato, verificandone sia la veridicità che la fattibilità a norma di legge (art. 15, co. 6, l. n. 3/2012), e così rendendosi fidefacente nei confronti del tribunale e dei creditori, conformemente alle sue funzioni pubblicistiche.”

<sup>404</sup> Così A.MAFFEI ALBERTI, *ult. op. cit.*, p. 2080,

<sup>405</sup> Cfr. S.BELLOMO, *Soluzioni negoziali alla crisi d'impresa*, Milano, 2012, p. 74.

di rivestire tale ruolo, tradendo così un'evidente contraddizione (*i.e.* il soggetto che formalmente svolge questo ruolo deve avere una veste pubblicistica mentre il gestore o gestori che concretamente vengono designati a svolgere il ruolo non svolgono nemmeno funzione di pubblico ufficiale nella gestione della procedura).

A riprova dell'incoerenza del legislatore vi sono anche le sanzioni penali previste per gli Organismi laddove (i) rendano false attestazioni in ordine alla veridicità dei dati contenuti nella proposta o nei documenti ad essa allegati ed alla fattibilità del piano e (ii) cagionino danni ai creditori omettendo o rifiutando senza giustificato motivo un atto del proprio ufficio.

Volendo tacere sul richiamo al concetto di '*atto di ufficio*' (tipicamente riconducibile alle attività dei pubblici ufficiali o comunque connesso ad attività poste in essere da un funzionario pubblico), preme segnalare come le pene stabilite per questi illeciti (le cui condotte, soprattutto nel secondo caso *sub* (ii), appaiono configurare un serio rischio di incorrere nella sanzione penale) siano davvero severe (da uno a tre anni di reclusione con multe da 1.000 a 50.000 Euro) se paramtrate alle sanzioni previste dagli articoli 228 e 229 L.fall., per comportamenti invero più gravi di quelli posti in essere dal curatore il quale abbia perseguito un interesse privato negli atti del fallimento, ovvero abbia accettato una retribuzione non dovuta.

Insomma, la sensazione diffusa di 'disordine' che pervade tutto l'impianto della legge n. 3/2012, trova la propria massima espressione nella regolamentazione degli Organismi di composizione della crisi, seppure il recente regolamento ministeriale del 2014 abbia cercato di dissipare alcune incertezze.

#### ***4.2.2 Gli Organismi di composizione della crisi alla luce del D.M. 24 settembre 2014, n. 202: la struttura degli Organismi e le regole sulla terzietà e indipendenza***

Tra le novità più interessanti prodotte dal decreto ministeriale del settembre 2014 vi sono senz'altro le regole sulla strutturazione interna degli Organismi di composizione della crisi, i quali, pur essendo iscritti con la veste formale degli enti pubblici territoriali (province, comuni, regioni, città metropolitane, camere di commercio e segretariati sociali) e degli ordini professionali (avvocati, dottori commercialisti ed esperti contabili e notai) sono concretamente composti da c.d. "gestori", ovvero persone fisiche che possono operare individualmente o in maniera collegiale per conto dell'Organismo nella gestione della singola procedura di sovraindebitamento (c.d. "affare").

Questi soggetti devono possedere elevati requisiti di professionalità ed onorabilità ai fini della loro iscrizione nell'elenco dei gestori, redatto a cura dell'Organismo. Ai fini della sussistenza dei requisiti di professionalità è anzitutto necessario che i gestori abbiano conseguito una laurea magistrale nelle discipline economiche o giuridiche e abbiano inoltre una comprovata formazione professionale in materia concorsuale. In particolare, ai sensi dell'art. 4, comma quinto, lett. b) e c) del regolamento ministeriale, i gestori dovranno aver frequentato corsi di formazione *ad hoc*, istituiti presso le università, le camere di commercio, i segretariati sociali e gli ordini professionali per almeno 200 ore complessive nelle seguenti materie: diritto civile e commerciale, diritto fallimentare e dell'esecuzione civile, economia aziendale, diritto tributario e

previdenziale, oltreché, naturalmente, diritto della crisi dell'impresa e del sovraindebitamento, anche del consumatore. Inoltre il gestore deve avere sostenuto un periodo di tirocinio di almeno sei mesi presso uno o più Organismi, curatori fallimentari, commissari giudiziali, professionisti indipendenti ai sensi del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267 e professionisti delegati per le operazioni di vendita nelle procedure esecutive immobiliari, ovvero nominati per svolgere i compiti e le funzioni dell'organismo o del liquidatore a norma dell'articolo 15 L.sov.

Peraltro tali obblighi di tirocinio non valgono per coloro che siano già iscritti agli ordini forensi, a quelli dei dottori commercialisti ed esperti contabili e dei notai. Per tali soggetti gli obblighi formativi vengono invece ridotti a quaranta ore annue complessive, laddove gli ordini potranno comunque individuare specifici casi di esenzioni ed obblighi di aggiornamento biennale.

Con riguardo invece ai requisiti di onorabilità l'articolo 4, comma ottavo, impone al gestore di non essere in alcuna delle situazioni previste dall'articolo 2382 c.c. (ovvero il gestore non deve essere interdetto, inabilitato, fallito o essere stato condannato ad una pena che comporti l'interdizione, anche temporanea, dai pubblici uffici, ovvero l'incapacità di esercitare uffici direttivi, o, ancora, l'applicazione di misure preventive ai sensi del D.lgs. n. 159/2011 (c.d. "Codice Antimafia"). Ancora, non può rivestire il ruolo di gestore colui che (i) sia stato condannato con sentenza passata in giudicato ad una pena detentiva in relazione a reati bancari, finanziari, assicurativi, fallimentari, a quelli previsti dall'articolo 16, L.sov, (ii) sia condannato alla reclusione per un periodo non inferiore ad un anno per delitti contro la pubblica amministrazione, l'economia pubblica, l'erario ed il patrimonio e (iii) abbia subito una condanna alla reclusione per un periodo non inferiore a due anni per la commissione di qualsiasi delitto non colposo. Infine è causa di esclusione dall'elenco dei gestori anche l'applicazione di sanzioni disciplinari da parte del proprio ordine professionale.

Una prima evidenza obiettiva balza immediatamente all'attenzione dell'interprete: i requisiti di professionalità (soprattutto legati a formazione e tirocinio) richiesti al gestore sono (assai) più elevati e puntuali rispetto a quelli prescritti a coloro che svolgono funzioni di curatore fallimentare o di commissario giudiziale ai quali è semplicemente richiesto di aver conseguito il titolo di avvocato, dottore commercialista ragioniere e ragioniere commercialista, ovvero di aver svolto, con successo, funzioni di amministrazione, direzione e controllo nel contesto di una società per azioni. Ebbene, appare invero piuttosto incoerente che procedure più complesse (almeno in linea teorica), oltreché più delicate sotto una prospettiva economica (anche in termini di ricadute sociali della singola procedura), siano gestite da soggetti la cui preparazione professionale e formativa possa essere astrattamente inferiore a coloro che dovrebbero gestire procedure più semplici e (singolarmente) meno impattanti sul tessuto sociale ed economico.

Infatti, non solo vengono richieste ore di formazione obbligatoria, (eventualmente) un tirocinio formativo presso gli organi concorsuali, bensì è prescritto anche il conseguimento della laurea per diventare gestori. Ciò ha suscitato molte critiche<sup>406</sup> soprattutto da parte della categoria dei

---

<sup>406</sup> Cfr. Ricorso al Tar del Lazio del CNDCEC del 26 marzo 2015; cfr. per approfondimenti M.DEL LINZ, *ult. op. cit.*, 498.

ragionieri, i quali pur potendo ottenere la nomina a curatori fallimentari o commissari giudiziali, sono stati inopinatamente esclusi dal novero dei soggetti che possono esercitare la funzione di gestore per il solo fatto di non aver conseguito idoneo titolo di studio.

Gli stessi requisiti di onorabilità appaiono assai più ‘stringenti’ nel contesto degli Organismi piuttosto che nell’articolo 28 L.fall., laddove non viene fatto alcun richiamo all’articolo 2382 c.c. Insomma, la mano del legislatore tradisce anche in questo caso un’incoerenza di fondo, laddove rende meno accessibile un ruolo (la cui attribuzione non consente nemmeno di svolgere le funzioni di pubblico ufficiale) che dovrebbe invece essere esteso ad una platea quantomeno omogenea rispetto a coloro che possono svolgere funzione di controllo e gestione nelle procedure concorsuali tradizionali. Paradossale appare poi il fatto che, seguendo la lettera della norma, i gestori indicati negli albi debbano possedere i menzionati requisiti, mentre agli avvocati, ai dottori commercialisti ed ai notai nominati come Organismi dal Presidente del tribunale ai sensi dell’articolo 15, comma nono, L.sov. nulla venga richiesto. A voler cercare una spiegazione a questa eterogeneità, si dovrebbe assumere che, proprio per il fatto che questi soggetti vengano nominati dall’autorità giurisdizionale, allora il controllo sulla preparazione, esperienza ed onorabilità del singolo professionista venga demandato nel caso concreto ad essa.

Un ulteriore fattore di novità introdotto dal regolamento del Ministero della Giustizia riguarda le disposizioni relative alla limitazione del conflitto di interesse nell’ambito degli Organismi. Ebbene il gestore o i gestori dovranno allegare alla domanda una dichiarazione di indipendenza dal debitore e da chiunque abbia interesse nella procedura ai sensi dell’articolo 11, comma terzo lett. a) e quarto, DM n. 202/2014.

Sebbene sull’efficacia della predetta dichiarazione sia ancora difficile esprimersi, è comunque necessario osservare come il più importante elemento di deterrenza rispetto al comportamento scorretto dell’Organismo, al conflitto di interesse ed alla violazione delle regole ad esso imposte dalla legge, resti la severa previsione penale di cui all’articolo 16 L.sov.

Inoltre, sarà ben possibile che nei casi più complessi o delicati le funzioni – magari anche in esecuzione di quanto previsto dal regolamento approvato dal singolo Organismo di composizione della crisi – le funzioni vengano ripartite tra diversi gestori scelti liberamente (ed indipendenti gli uni dagli altri) dal referente nominato dall’Organismo.

A tal riguardo non parrebbe inverosimile che il giudice – ad esito dell’analisi della documentazione depositata con la domanda e della dichiarazione prestata dal gestore in qualità di organismo – ravvisasse elementi obiettivi di esclusione del requisito di indipendenza dello stesso, per gli effetti imponendo la sostituzione dell’Organismo, ovvero la nomina di uno o più gestori per meglio garantire la terzietà ed indipendenza di questa figura.

Tale interpretazione risulterebbe convincente laddove si volesse leggere in maniera estensiva la portata dell’articolo 15, comma nono, alla stregua di una facoltà lasciata al giudice di valutare sempre – rispetto al caso concreto – se non sia opportuno provvedere d’ufficio alla nomina dell’Organismo o all’integrazione della sua composizione interna. In tal caso una lettura diversa

potrebbe anche essere conferita all'articolo 9, comma terzo ter, in relazione alla richiesta di integrazione della proposta da parte del giudice (integrazione che sarebbe verosimilmente necessaria nell'ipotesi di sostituzione o modifica d'ufficio della composizione dell'Organismo).

#### **4.2.3 Gli Organismi di composizione della crisi alla luce del D.M. 24 settembre 2014, n. 202: il registro, le modalità di iscrizione di iscrizione e di registrazione**

Con il D.M. n. 202/2014 viene istituito altresì il registro degli Organismi di composizione della crisi da sovraindebitamento che viene gestito esclusivamente con modalità telematiche dal Direttore Generale della giustizia civile, organo del Dipartimento per gli Affari di Giustizia istituito presso l'omonimo Ministero di via Arenula.

Il registro è formato da due sotto-sezioni, una prima ("A") riservata agli iscritti di diritto, ovvero quei soggetti o quell'associazione di soggetti costituiti presso le Camere di Commercio gli Ordini professionali forensi, dei commercialisti e notarili e i Segretariati sociali.<sup>407</sup>

La sezione "B" invece prevede l'iscrizione di Organismi di composizione su base squisitamente volontaria ai sensi dell'articolo 4 del DM che devono comunque essere creati dagli enti locali quali province, comuni, città metropolitane o regioni ed università pubbliche.

Ogni Organismo (prima di poter ottenere la registrazione dei propri gestori) dovrà (i) munirsi di apposito regolamento basato che sia conforme al decreto in analisi, (ii) sottoscrivere una polizza assicurativa contro i danni derivanti a terzi dall'attività esercitata con massimale minimo pari ad 1.000.000,00 di Euro e (iii), in relazione agli Organismi di cui alla sezione "B" del registro, i responsabili dello stesso dovranno accertare che l'Organismo rappresenti una articolazione dell'ente locale o dell'università pubblica interessati<sup>408</sup> e che almeno cinque gestori iscritti al registro svolgano tali funzioni esclusivamente per quell'Organismo<sup>409</sup>.

Ai fini dell'iscrizione al registro, è necessario presentare una domanda standard il cui modello è fornito dall'apposito ufficio istituito presso il Ministero della Giustizia. La domanda deve essere trasmessa al predetto ufficio tramite posta elettronica certificata e deve essere sottoscritta da un rappresentante legale dell'Organismo. Il responsabile del registro ha poi trenta giorni per accogliere la domanda e, decorso tale termine senza che la sottoscrizione sia intervenuta, la domanda deve considerarsi respinta (principio del silenzio-rifiuto). Molto importante è anche il ruolo del responsabile del registro circa l'accertamento dei requisiti di onorabilità e professionalità dei singoli gestori inseriti negli elenchi che ogni Organismo che vorrà iscriversi dovrà allegare alla domanda.

---

<sup>407</sup> in relazione alle due funzioni preminenti di (i) servizio sociale professionale e segretariato sociale per informazione e consulenza al singolo e ai nuclei familiari e (ii) servizio di pronto intervento sociale per le situazioni di emergenza personali e familiari che a questo organo vengo attribuite dall'art. 22, comma quarto, lett. a) e b), l. 328/2008.

<sup>408</sup> Una critica non priva di fondamento è stata mossa in relazione a tale previsione poiché parrebbe incoerente con la fonte di rango sovraordinato, ovvero l'articolo 15, comma primo, L.sov., laddove non parrebbe escludere né la possibilità di istituire Organismi regolati esclusivamente dal diritto privato, né, di converso, esclude la possibilità di costituire enti, agenzia *ad hoc* da parte delle pubbliche amministrazioni interessate (diverse dalle mere articolazioni interne ad essi). Così M.DEL LINZ, *ult. op. cit.*, 495.

<sup>409</sup> Risulta pertanto ammessa, in linea di principio, la cumulabilità di iscrizione nelle liste dei gestori nell'ambito di diversi Organismi.

Qualora invece la domanda venisse accolta dovrà allora essere comunicato al richiedente anche il numero di iscrizione al registro (da riportare in tutte le corrispondenze e le forme di pubblicità dell'Organismo), unitamente alla denominazione del soggetto pubblico da cui questo organismo deriva.

Ogni modifica inerente all'Organismo (o agli elenchi dei gestori) dovrà essere comunicata al responsabile del registro. Nel caso in cui (i) il funzionario, dopo l'ammissione, si avveda dell'assenza dei requisiti di iscrizione o (ii) nell'ipotesi in cui i suddetti requisiti vengano meno o ancora (iii) nel caso in cui l'Organismo non dovesse ottemperare alle misure imposte dal Decreto in analisi, ovvero non dovesse sospendere uno o più gestori quando sia previsto dal regolamento ministeriale, egli dovrà sospendere per novanta giorni; l'Organismo che entro tale termine non dovesse sanare la propria condizione allora verrebbe cancellato d'ufficio dal registro.

È possibile invece procedere direttamente alla cancellazione dell'Organismo quando il responsabile del registro rilevi gravi inadempimenti da parte dello stesso. Sono infine cancellati d'ufficio gli Organismi che nel corso di un biennio non abbiano gestito almeno tre procedimenti di sovraindebitamento. Una volta cancellato all'Organismo sarà poi precluso proporre una nuova domanda di iscrizione nei successivi due anni.

#### ***4.2.4 Gli Organismi di composizione della crisi alla luce del D.M. 24 settembre 2014, n. 202: i costi della procedura***

Il Capo III del DM 202/2014 si occupa anche di regolamentare i costi delle procedure di composizione della crisi da sovraindebitamento, chiarendo anzitutto come i parametri di calcolo dei suddetti costi siano liberamente derogabili per accordo tra le parti.

Per costi della procedura devono intendersi i compensi dell'Organismo, unitamente alle spese forfettarie stimate in misura pari al 10-15% del compenso, le spese vive sostenute dall'Organismo e documentate ed eventuali compensi dovuti a terzi ausiliari dell'Organismo.

I costi variano rispetto al contenuto del piano e dell'accordo. Infatti nel caso di mera liquidazione dei beni, i compensi andranno calcolati in base a quanto realizzato applicando le percentuali previste in relazione all'attivo (realizzato) e al passivo ai sensi dell'articolo 1, commi 1 e 2, D.M. n. 30/2012. Tali regole valgono anche per i compensi da calcolare nell'ambito della procedura liquidatoria, tuttavia in tale ipotesi non è contemplato il rimborso forfettario delle spese, bensì solo quello relativo alle spese effettivamente sostenute e documentate.

Le procedure senza contenuto liquidatorio invece prevedono compensi sempre basati sui medesimi rapporti, ma prendendo in considerazione non l'attivo realizzato, bensì quello risultante dal piano e dall'accordo omologati.

Al fine di incentivare l'accesso a questi strumenti, il legislatore delegato ha imposto anche una riduzione dal 15 a 40 % dai compensi di base previsti per legge, oltretutto una soglia massima per le spese forfettarie pari al 5% dell'importo pagato ai creditori per le procedure con passivo superiore ad 1.000.000,00 Euro, ovvero 10 % se il passivo è inferiore. Tali limitazioni non valgono quando il passivo non superi i 20.000 Euro.

Ciò che convince poco di questo sistema di calcolo dei costi è la scarsa equità verso i consumatori, dove compensi e spese, dovrebbero essere calcolati secondo la reale complessità della procedura, tempistiche di conclusione e, soprattutto, capacità finanziarie (sia immediate che prospettive) del debitore, per evitare l'esclusione sistematica delle fasce più deboli di debitori (onde evitare la conseguenza che questi per pagare – anche in anticipo – la propria esdebitazione questi debbano aggravare il proprio stato di sovraindebitamento).

D'altra parte è evidente che in relazione ad alcuni soggetti non fallibili, quali le imprese agricole anche in termini di costi le procedure di sovraindebitamento potrebbero rappresentare un evidente vantaggio rispetto a quelle commerciali che, a parità di dimensione, sopportano oneri ben più elevati per accedere alle procedure concorsuali tradizionali.

### **4.3. PROCEDURE CONCORSALE E STRUMENTI DI COMPOSIZIONE DELLA CRISI: LA CONVIVENZA TRA PROCEDURE PER SOCI E SOCIETÀ**

#### ***4.3.1 Introduzione alla questione***

Come già si è avuto modo di precisare allorché si è trattato della complessa posizione del socio illimitatamente responsabile, un aspetto particolarmente interessante riguarda proprio il rapporto tra gli strumenti offerti dalla disciplina sul sovraindebitamento ed eventuali procedure concorsuali tradizionali che riguardino la società.

Sotto questo profilo si riscontra una evidente affinità strutturale tra il concordato preventivo e l'accordo del debitore, atteso però che questi strumenti operano in contesti diversi e vivono un diverso processo di 'sedimentazione' nell'ordinamento e nella prassi.

A tal riguardo preme anzitutto osservare come l'ipotesi di una relazione tra questi due istituti non solo appaia astrattamente possibile, bensì sarebbe in realtà del tutto auspicabile in virtù delle comuni finalità liberatorie. Tuttavia, preme osservare come nella prassi applicativa non vi sia quasi traccia di tale possibile interazione tra procedure ad esclusione di un isolato arresto – invero non scevro da aspetti criticabili - che con cui il Tribunale di Pistoia, nel novembre 2014, ha fornito la propria lettura circa la possibile convivenza tra strumenti concorsuali tradizionali e l'accordo del debitore (applicabile ai soci illimitatamente responsabili), anche per debiti contratti nell'esercizio dell'attività di impresa o in qualità di fideiussori della medesima.

Con questa pronuncia il tribunale toscano ha sviluppato tre argomenti di assoluto interesse ai fini dell'analisi che occupa. Anzitutto, viene affermato il principio secondo cui - non essendovi regole ostative in merito – eventuali *surplus* di attivo legati a procedure concorsuali possano essere utilizzati per soddisfare creditori esterni al concorso con la correlativa applicazione del principio processuale della pregiudizialità-dipendenza tra la procedura principale (da cui deriva il *surplus*) e quella secondaria (cui il *surplus* è destinato). In secondo luogo viene in evidenza la figura dei creditori c.d. "estranei" alla procedura di sovraindebitamento; tali soggetti possono essere sommariamente ricompresi tra i titolari di un diritto di credito derivante da un obbligazione in cui vi siano più condebitori (*i.e.* società e soci illimitatamente responsabili). Da ultimo viene invece affrontata la questione della contemporanea qualifica di socio

illimitatamente responsabile e fideiussore in capo allo stesso soggetto, per la medesima obbligazione (sociale).

#### **4.3.2 *L'utilizzo del surplus per il soddisfacimento dei creditori estranei al concorso e il rapporto di pregiudizialità***

Sotto il primo profilo è bene rilevare come, in linea di principio, per poter destinare risorse ad una procedura secondaria sia necessario che la procedura (che potremmo definire) principale generi *surplus* finanziario e che esso sia già individuabile e valutabile nella fase di redazione del piano concordatario.

L'eccedenza può risultare, invero, solo ad esito dell'integrale rimborso di tutti i creditori del concordato, poiché, diversamente, non potrebbe essere sottratta parte dell'attivo a soddisfacimento di terzi (creditori non concorsuali) e detrimento del ceto creditorio falciato (che avrebbe potuto evitare la falce o comunque vedere ridotta la propria perdita, qualora il debitore avesse destinato anche quella parte di patrimonio in suo favore), in violazione della regola della *par condicio creditorum*.

Tale eccedenza poi – come correttamente osservato dal giudice - dovrebbe essere oggetto di attestazione non tanto da parte del professionista attestatore di cui all'articolo 67, comma terzo lett. d), L.fall. (al quale, una volta accertata la fattibilità del piano in merito alla possibilità di soddisfare integralmente i creditori, resterà tutto sommato indifferente la reale consistenza dell'eccedenza attiva), quanto piuttosto da parte dell'Organismo di composizione della crisi, cui spetta il compito di verificare la fattibilità della proposta del debitore (*i.e.* socio) con il *surplus*.

L'effetto sarebbe in concreto piuttosto rilevante (anche se non sconosciuto alla nostra prassi applicativa): ovvero il *surplus* sarebbe posto “fuori” dal concorso provocandone così l'esclusione dall'attivo concordatario secondo la volontà manifestata nel piano concordatario approvato dai creditori.

Da ultimo, in ragione della fisiologica dipendenza della procedura ancillare rispetto a quella principale, dalla quale deriva la finanza esterna (*i.e.* il *surplus*) su cui si sostanzia il piano di sovraindebitamento, il giudice ha posto l'accento sul nesso che lega al nesso di pregiudizialità – dipendenza (in senso giuridico) che legherebbe tali strumenti.

Sotto questo aspetto, il giudice parrebbe aver correttamente applicato quello che è ormai l'orientamento unanime della Suprema Corte per identificare le ipotesi c.d. di connessione oggettiva impropria<sup>410</sup>.

---

<sup>410</sup> “Genericamente, relazione che lega due cause distinte e può influenzare la disciplina del processo. Si usa distinguere tra connessione soggettiva e connessione oggettiva. La connessione soggettiva si verifica allorché due rapporti giuridici abbiano in comune unicamente gli elementi soggettivi, cioè le persone. La connessione oggettiva si articola, a sua volta, tra connessione propria e impropria. La connessione propria dà luogo a: a) connessione per causa petendi, quando tra i rapporti si realizzi la comunanza (anche parziale) del titolo, cioè della fattispecie costitutiva; b) connessione per petitum, quando la comunanza in questione sia riferita all'oggetto del rapporto; c) connessione per pregiudizialità-dipendenza (pregiudizialità), allorché un rapporto (detto pregiudiziale) entri a far parte della fattispecie costitutiva di un diverso rapporto (detto dipendente), condizionandone l'esistenza.”; [www.treccani.it](http://www.treccani.it).

Come infatti posto in luce dal Giudice di legittimità a Sezioni Unite, *"è soltanto il collegamento di pregiudizialità-dipendenza in senso giuridico che legittima l'efficacia riflessa del giudicato nei confronti di soggetti eventualmente estranei al relativo giudizio; ma detta categoria giuridica è riscontrabile, per opinione unanime anche della dottrina, solo allorché un rapporto giuridico (pregiudiziale o condizionante) rientra nella fattispecie di altro rapporto giuridico (condizionato, dipendente), sicché ogni qual volta non possa riscontrarsi una tale coincidenza (sia pure parziale), ma emergano solo nessi di fatto o logici tra i due rapporti dedotti in giudizio, non vi sono i presupposti perché si determini detta efficacia riflessa"*<sup>411</sup>.

Ed invero questa ipotesi parrebbe ricadere proprio nel perimetro della pregiudizialità – dipendenza, essendo evidente che la ricerca dei profili di interazione tra strumenti concorsuali applicabili a soggetti diversi, non ricorra solo laddove vi sia un legame organico tra questi (es. socio – società), bensì quand'anche dall'una procedura possano derivare o dipendere i benefici economici su cui è basata l'altra, ovvero quando la situazione complessiva – sotto una prospettiva di profittabilità economica – non possa essere valutata separatamente.

#### **4.3.3 Il ruolo dei creditori "estranei" alla procedura di sovraindebitamento**

Un altro tema sollevato dalla pronuncia in esame attiene al rapporto tra i creditori della procedura principale e quelli della procedura secondaria. Le cui ragioni di credito, in genere, rimangono ben distinte nell'ambito delle diverse procedure.

Tale distinzione riguarda, a titolo esemplificativo, la concorrenza dei creditori della società di persone che risultano creditori del socio illimitatamente responsabile, con i creditori di questo a titolo particolare.

Sempre nell'ambito del concordato preventivo, a tale ipotesi si possono aggiungere quelle dei fideiussori, dei coobbligati e degli obbligati in via di regresso, i quali non potranno godere dell'esdebitazione ottenuta dal debitore principale ai sensi dell'articolo 184 L.fall.; in tali casi infatti la legge pone una espressa deroga al generale principio della comunicabilità degli effetti favorevoli tra condebitori.

È altresì evidente come pure soggetti terzi, comunque collegati al debitore concordatario (ad esempio soci di società di capitali) potrebbero avere grande interesse (laddove ricorrano i presupposti oggettivi e soggettivi) ad utilizzare lo strumento dell'accordo del debitore per rinegoziare le obbligazioni assunte a titolo di garanzia, ancorché derivanti dal rapporto sociale.

In questa prospettiva nulla osterebbe a che eventuali eccedenze venissero volontariamente attribuite dalla società in favore dei soci nell'ambito del piano della procedura ancillare. Sebbene sia solo il caso di segnalare come, laddove il concordato abbia contenuto meramente liquidatorio, tale attribuzione ai soci dovrebbe essere sempre operata tenendo conto del divieto di ripartizione ai soci dei beni sociali, finché non siano pagati tutti i creditori della società (si pensi ad ipotesi di

---

<sup>411</sup> Cass. Sez. Un., n. 6523/2008, [www.dejure.it](http://www.dejure.it).

sopravvenienze passive non considerate nell'ambito del concordato), così come previsto dall'articolo 2280 c.c.<sup>412</sup>

Un supplemento di analisi è ulteriormente necessario con riguardo ai soci illimitatamente responsabili, atteso che in tale ipotesi, per le obbligazioni sociali (e salvo patto contrario<sup>413</sup>), questi otterrà il medesimo effetto esdebitatorio conseguito dalla società, ai sensi dell'articolo 184, secondo comma L.fall.; se ciò è vero, risulta necessario allora valutare come questi creditori possano essere trattati nel 'concordato' del socio.

Ebbene, nel caso in cui il concordato della società consenta un pieno soddisfacimento a tutto il ceto creditorio, allora il tribunale toscano ha ritenuto corretta la costituzione di una classe *ad hoc* di classi di creditori c.d. "estranei", che non preveda alcun rimborso e nemmeno l'attribuzione del diritto di voto, concedendo a questi soggetti la sola possibilità di opporsi all'omologa dell'accordo<sup>414</sup>.

Tuttavia, questa scelta non convince appieno; infatti la costituzione di una classe di creditori "estranei", oltre a rappresentare in una prospettiva squisitamente letterale un evidente ossimoro rispetto al concetto stesso di concorso, non tiene in considerazione il tipo di relazione giuridica sussistente tra socio e società e tra questi ed i creditori sociali.

Come già si è avuto modo di analizzare durante la presente trattazione, il socio illimitatamente responsabile è in realtà un coobbligato della società per le obbligazioni di questa nei confronti dei creditori (§ 2.1.2), dunque l'obbligazione per la quale è tenuto non è di mera garanzia, bensì è a tutti gli effetti un'obbligazione propria, contratta in via solidale tra più soggetti.

Se questo è vero, allora, ad opinione di chi scrive, il pieno soddisfacimento di tutte le obbligazioni sociali da parte della società nel contesto del concordato preventivo, di fatto estinguerebbe il rapporto debitorio (ed il relativo vincolo di coobbligazione), lasciando semmai (eventualmente) alla società la possibilità di agire in via di regresso nei confronti del socio, una volta pagati tutti i creditori nel contesto del concordato.

Da ciò deriverebbe che in una successiva procedura di sovraindebitamento del socio, i creditori sociali (interamente soddisfatti) non avrebbero in realtà (più) titolo per essere ammessi, essendo ad essi eventualmente consentito di opporsi all'omologa (in qualità di creditori esclusi o di terzi

---

<sup>412</sup> L'articolo 2280 c.c. rappresenta un precetto generale dell'ordinamento di carattere inderogabile posto a tutela dei creditori; per tutti cfr. Cass. 17585/2005,

<sup>413</sup> Tale eventuale pattuizione dovrà essere espressamente inclusa nelle condizioni concordato, mentre sarebbe nulla ogni pattuizione extra-processuale finalizzata a limitare l'esdebitazione nei confronti di alcuni creditori poiché lederebbe la *par condicio creditorum*; così S.BONFATTI, in Bonfatti – Censoni, *Manuale di diritto fallimentare*, op. cit., pp. 252 ss.; in giurisprudenza cfr. Cass. n. 6810/1988 e Ord. Cass. n. 3163/2014, [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it).

<sup>414</sup> "Non sembra implausibile una soluzione che consenta la creazione di una classe di creditori sociali irrilevante rispetto al calcolo della maggioranza e senza diritto di voto (del resto, il voto di chi trova soddisfazione esterna potrebbe valutarci come deresponsabilizzato), in quanto destinata ad essere soddisfatto non nell'ambito della procedura di sovraindebitamento, ma direttamente in quella concordataria. In definitiva si tratterebbe di creditori estranei (categoria ormai non ignota anche nel concordato preventivo) rispetto ad una procedura elettivamente diretta alla ristrutturazione dei debiti personali, in quanto i crediti sociali trovano la sede di composizione naturale nel collegato concordato della società"; così Trib. Pistoia 19.11.2014, cit.; T.STANGHELLINI, *Forme di interazione tra procedure concorsuali: l'utilizzo di finanza esterna concordataria nella procedura di sovraindebitamento*, 3 gennaio 2015, pp. 4-5, [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it).

interessati) per contestare la convenienza dell'accordo, nel caso, ad esempio, in cui la società nella fase di esecuzione del concordato non adempia puntualmente agli obblighi assunti.

Ad ogni buon conto, i creditori sociali – sempre nel caso in cui emergessero profili patologici nell'esecuzione del concordato – potrebbero chiedere la revoca della procedura principale, da cui – per quel nesso di pregiudizialità testé accennato – dipende l'esistenza stessa di eventuali procedure di sovraindebitamento ancillari. È dunque evidente che nel caso in cui venisse meno il concordato, allora anche l'accordo del debitore verrebbe meno ai sensi dell'articolo 14, comma secondo L.sov.

Di talché, a chi scrive, parrebbe una forzatura l'annessione di soggetti già integralmente soddisfatti nel contesto della procedura di sovraindebitamento, in concorso con i creditori particolari del socio, laddove, peraltro, essi vengano poi privati del diritto di voto e dunque della facoltà di incidere concretamente sulla formazione della volontà negoziale. Costoro infatti, non solo non deterrebbero (più) alcun interesse ad esercitare il proprio voto in adunanza, bensì non ne avrebbero (più) titolo poiché la loro obbligazione verso la società (ed il socio) si sarebbe estinta già nel contesto del precedente concordato.

Semmai, la peculiarità del nesso esistente tra società, socio illimitatamente responsabile e creditori sociali, risiede nel fatto che la legge (salvo diversa pattuizione) consenta agli effetti liberatori del concordato preventivo di estendersi anche al socio ai sensi dell'articolo 184, comma secondo, L.fall.; la questione pertanto avrebbe potuto essere approfondita proprio sotto questo diverso profilo.

Infatti, nel caso in cui il concordato non consenta l'integralmente soddisfacimento di tutti i creditori, non sarebbe invero possibile attribuire beni dell'attivo (incapiente) a terzi, ciò perché non può essere violato né il generale precetto di cui all'articolo 2740 c.c., sottraendo ai creditori - soprattutto a quelli dissenzienti - parte dell'attivo già incapiente, né la regola della *par condicio creditorum*, laddove si rischierebbe di restituire di fatto ai soci (per il soddisfacimento delle proprie obbligazioni) beni che dovrebbero essere destinati *in primis* ai creditori rimasti insoddisfatti.

Ulteriori dubbi sorgono invece in merito alla possibilità di attribuire finanzia esterna (anche sotto forma diversi dal denaro) alla procedura ancillare, qualora tutti creditori, pur non venendo integralmente rimborsati nel contesto della procedura principale, aderiscano comunque alla proposta e non venga presentata alcuna opposizione all'omologa del concordato.

In questo caso (invero piuttosto scolastico) non potrebbe essere negata 'in radice' la contemporanea applicazione, da un lato dell'articolo 184, comma secondo L.fall. (i.e. l'esdebitazione del socio per le obbligazioni sociali falcidiate) e, dall'altro, dell'esclusione dei medesimi creditori sociali dalla procedura di sovraindebitamento (con esclusivo riguardo ai debiti sociali).

#### 4.3.4 Il socio - fideiussore

Un ultimo aspetto di interesse è invece quello relativo alla possibile relazione tra procedura concordataria e strumenti offerti dalla legge sul sovraindebitamento in relazione all'applicazione dell'articolo 184 L.fall. al socio - fideiussore della società.

Preme anzitutto rimarcare come, in linea di principio, al fideiussore dovrebbe essere attribuita la medesima qualifica (ai fini della disciplina del sovraindebitamento) rivestita dal soggetto garantito. Pertanto, laddove il debitore principale svolga un'attività professionale, il fideiussore, per ottenere l'esdebitazione, potrebbe avvalersi degli strumenti che la legge n. 3 dedica all'insolvenza civile dei soggetti diversi dal piano del consumatore.

Infatti, come visto in precedenza (cfr. § 2.1.7), da un lato, l'obbligazione fideiussoria viene a fondarsi sulla regola dell'accessorietà del rapporto di garanzia rispetto a quello principale e sul nesso oggettivo (e non soggettivo) che intercorre tra queste obbligazioni, in ossequio alla generale regola secondo cui *accessorium sequitur principale*.

D'altra parte, la definizione medesima di consumatore con cui viene indicata quella persona fisica che abbia assunto obbligazioni “*esclusivamente per scopi estranei all'attività imprenditoriale o professionale eventualmente svolta*”, preclude a colui che abbia contratto un indebitamento composito ancora sussistente al momento dell'avvio del procedimento di ristrutturazione di assumere tale qualifica.

Ciò detto, con riguardo alla possibile interazione tra procedure, il provvedimento ha l'indubbio merito di porre in luce un ulteriore aspetto di interesse; il caso che occupa infatti riguarda la figura del socio illimitatamente responsabile che sia contemporaneamente fideiussore della società, in relazione ai profili esdebitatori di cui costui questi possa beneficiare ai sensi dell'articolo 184 L.fall.

In merito alla presente questione si contrappongo due orientamenti: da un lato chi ritiene che i creditori sociali mantengano impregiudicati i propri diritti nei confronti dei soci illimitatamente responsabili che siano – per le medesime obbligazioni – anche fideiussori della società, secondo quanto stabilito dalla lettera dell'articolo 184, primo comma L.fall. e, dall'altro, coloro che – ritenendo (correttamente) qualificabile la responsabilità del socio per i debiti sociali alla stregua di una responsabilità per debiti propri – affermano invece la pacifica applicabilità dell'articolo 184, secondo comma, L.fall., anche al socio illimitatamente responsabile – fideiussore.

Nel provvedimento in analisi si è infatti ritenuto di aderire al primo orientamento, stabilendo che, almeno in linea di principio, un creditore del socio illimitatamente responsabile, sia in forza delle obbligazioni sociali contratte, che in relazione al diverso rapporto di garanzia derivante dalla fideiussione personale concessa a questi, possa comunque pretendere il soddisfacimento da parte del medesimo soggetto, nella duplice sua duplice veste, soprattutto qualora il credito concordatario sia oggetto di falcidia. Ciò poiché, diversamente opinando, diverrebbe del tutto marginale l'interesse dei creditori personali ad ottenere una garanzia fideiussoria da parte dei legali rappresentanti della debitrice.

Sul punto anche la giurisprudenza si è più volte espressa giungendo però, nella maggior parte dei casi, all'approdo opposto, ovvero accreditando il secondo orientamento; in particolare secondo le Sezioni Unite della Suprema Corte, in tale ipotesi, la posizione del socio in quanto tale e dello stesso quale fideiussore della società, verrebbe meno a fronte del superiore interesse, alla salvaguardia della *par condicio creditorum*, da cui deriva l'assorbimento di ogni altra fonte di responsabilità patrimoniale per lo stesso debito sociale, a favore della responsabilità illimitata del socio<sup>415</sup>.

In definitiva, sotto questo profilo parrebbe più convincente l'orientamento preordinato all'applicazione estensiva dell'articolo 184 comma secondo L.fall., poiché anzitutto entrambe le ragioni di credito (derivanti dal rapporto sociale e da quello fideiussorio) insistono sulla medesima obbligazione rendendo, di fatto (in una prospettiva patologica) ultronea la doppia estensione della responsabilità patrimoniale a garanzia delle obbligazioni sociali<sup>416</sup>.

In secondo luogo, occorre rilevare come la disposizione di carattere eccezionale sulla non comunicabilità degli effetti vantaggiosi del concordato con riguardo ai fideiussori (articolo 184, primo comma), parrebbe operare solo laddove questi non siano anche soci illimitatamente responsabili della società, poiché in tal caso ogni fonte di responsabilità patrimoniale da parte di questi soggetti nel concordato (così come nel fallimento) risulterebbe esaurirsi ed essere assorbita proprio nella qualità stessa di socio di società di persone (seppure con le differenti sfumature legate ai diversi tipi sociali previsti dall'ordinamento)<sup>417</sup>.

#### 4.4 CONCLUSIONI

Al termine di questa analisi sulle origini, sulla disciplina e sulle problematiche emerse in materia di insolvenza civile, è dunque possibile formulare alcune considerazioni conclusive in merito alle procedure di composizione della crisi da sovraindebitamento.

In linea generale, da un punto di vista dell'evoluzione sistematica, occorre osservare come in materia di insolvenza civile l'ordinamento italiano si sia faticosamente – e con grave ritardo – adeguato ai modelli stranieri, introducendo a far data dal 2012 strumenti orientati all'esdebitazione del debitore civile, che risultano comunque non pienamente in sintonia con l'ordinamento concorsuale tradizionale.

Il sistema concorsuale ha assunto una veste duale connotato da una evidente separazione tra gli strumenti previsti per la gestione dell'insolvenza civile e quelli tradizionali previsti per la composizione dell'insolvenza commerciale. Ciò è testimoniato, tra l'altro, dal fatto che al

---

<sup>415</sup> In giurisprudenza, in senso conforme, Cass. SS.UU. n. 3749/1989, Cass. n. 1688/1999; Cass. n. 29863/2011, tutte reperibili su [www.dejure.it](http://www.dejure.it); sempre in senso conforme si veda Ordinanza Cass. n. 3163/2014, [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it); *contra* Cass. n. 5642/1984; Cass. n. 26012/2007, entrambe reperibili su [www.dejure.it](http://www.dejure.it).

<sup>416</sup> Diversamente, nell'ipotesi di soci di società di capitali che dunque beneficino della responsabilità patrimoniale limitata con riferimento alle obbligazioni sociali, dovrebbe operare invece l'articolo 184, I comma, poiché l'obbligazione fideiussoria risulterebbe essenziale ai fini dell'estensione della garanzia patrimoniale in relazione alle obbligazioni contratte dalla società. Pertanto in tale caso i creditori parrebbero avere titolo per intervenire anche nell'eventuale procedura di sovraindebitamento del socio – fideiussore per la porzione falcidiata ad esito della procedura concordataria.

<sup>417</sup> Così anche T.STANGHELLINI, *ult. op. cit.*, p. 7.

sopraggiungere della dichiarazione di fallimento del soggetto (originariamente) sovraindebitato venga automaticamente meno l'eventuale procedura adottata nel contesto della legge n. 3/2012.

Non si è mancato di osservare, poi, come questa separazione, molto chiara in linea di principio, in realtà risulti più ambigua e sfumata; infatti i criteri dell'assoggettabilità e della soggezione ad altre procedure concorsuali ai fini dell'esclusione dell'applicabilità della disciplina sul sovraindebitamento, creano non pochi dubbi ermeneutici circa l'eventuale alternatività tra il sistema concorsuale classico e quello predisposto per l'insolvente civile.

Ed invero tale dubbio trova conferma nel fatto che una società sovraindebitata, divenuta nelle more della procedura di sovraindebitamento astrattamente fallibile, non subirebbe – per questa sola causa – la revoca del mezzo di gestione del sovraindebitamento adito. Peculiare è anche il caso delle imprese agricole, che potrebbero decidere se ricorrere alle procedure di sovraindebitamento ovvero agli accordi di ristrutturazione dei debiti e, soprattutto, all'istituto della transazione fiscale.

Invero, il sistema concorsuale italiano, alla luce dell'evoluzione dell'ultimo decennio, è sostanzialmente basato su un modello dualistico c.d. misto, laddove la separazione tra insolvenza civile e commerciale non dipende (solo) dalla diversa tipologia di soluzioni adottate per comporre la crisi, bensì dai diversi presupposti oggettivi e soggettivi di accesso alle procedure.

Proprio l'inquadramento e l'analisi di tali presupposti, rappresenta uno degli aspetti più problematici e cruciali della disciplina sull'insolvenza civile. Con riguardo ai presupposti soggettivi, l'espressa esclusione imposta dal legislatore rispetto a coloro che siano assoggettabili alla disciplina dell'insolvenza commerciale, ha indotto la maggior parte degli interpreti ad adottare un criterio basato sul concetto di assoggettabilità in astratto.

Seguendo questa impostazione il perimetro di applicazione della legge n. 3/2012, sarebbe non solo ridotto, bensì perderebbe – in parte – la finalità stessa che il legislatore ha inteso perseguire; ovvero quella di proporre una disciplina concorsuale che sia complementare e residuale rispetto all'insolvenza commerciale, finalizzata ad offrire a ciascun debitore non fallibile una opportunità di regolare la propria situazione di dissesto per via concorsuale.

Non pienamente convincente parrebbe anche la soluzione elaborata da coloro che ritengono che la legge n. 3/2012 vada applicata a chiunque non sia soggetto, al momento della proposizione della domanda, ad altra procedura concorsuale. Tale tesi mal si concilia, oltretutto con la portata sistematica dell'insolvenza civile, anche con il principio generalissimo della certezza e stabilità dei rapporti giuridici, poiché esporrebbe tali procedure ad un sistematico rischio di revoca da parte dell'autorità giurisdizionale in caso di successivo fallimento.

Inoltre, l'impianto normativo del sovraindebitamento non consente di interpretare la disciplina sull'insolvenza civile alla stregua di un sistema puramente alternativo rispetto a quello che regola l'insolvenza commerciale.

A chi scrive parrebbe invece che una soluzione percorribile possa essere ricercata nel concetto di assoggettabilità, non da valutarsi quale astratta ascrivibilità dell'una o dell'altra disciplina, bensì quale unica concreta opportunità per il debitore di usufruire di altro mezzo concorsuale per comporre il proprio stato di crisi.

Dunque l'assoggettabilità in concreto attiene alla reale tutela concorsuale che possa essere offerta al debitore. Se di norma questo criterio non pone dubbi sull'individuazione del perimetro dell'insolvenza civile - sovrapponendosi sostanzialmente a quello dell'assoggettabilità in astratto - per alcuni casi peculiari potrebbe risultare funzionale al soddisfacimento di quel ruolo di complementarità attribuito al sovraindebitamento.

In particolare ci si riferisce alle ipotesi di eccessivo indebitamento del socio di società illimitatamente responsabili di società fallibili che abbia assunto debiti promiscui, ovvero alla figura del piccolo imprenditore di cui all'articolo 2083 c.c., che superi le soglie dimensionali di cui all'articolo 1 L.fall.

Altri fattori di grave disordine sistematico sono riferibili, come visto, all'impresa agricola, che potrà utilizzare gli strumenti concorsuali declinati nell'ambito del sovraindebitamento ovvero strumenti (seppure non concorsuali) afferenti alla gestione dell'insolvenza (anche sotto il profilo del presupposto oggettivo) quali gli accordi di ristrutturazione dei debiti cui potrà essere collegata la transazione fiscale.

Sempre in questo quadro connotato da scarsa chiarezza non si può non avere riguardo delle possibili implicazioni relative alla scelta di escludere per un periodo di tempo determinato (*i.e.* 5 anni) le imprese che abbiano assunto lo *status* di start up innovative, indipendentemente dalla loro fallibilità (in astratto o in concreto).

A voler tacere del contenuto a dir poco bizzarro della disposizione in esame, forti incertezze destano anche le eventuali implicazioni operative di un possibile fallimento sopraggiunto in epoca immediatamente successiva al decorso del quinto anno di esclusione disposto dalla legge. Infatti non è chiaro quale sia la portata effettiva di questa esimente, ad esempio con riguardo alla computabilità dei termini per il calcolo del periodo sospetto ai fini dell'esercizio della revocatoria fallimentare, ovvero all'eventuale applicabilità dei precetti penali di cui agli articoli 216 e ss. L.fall., in merito a condotte eventualmente perpetrate durante il periodo di esenzione.

Ancora, con riguardo ai presupposti oggettivi ed ai limiti 'interni' di applicabilità della procedura si è osservato come la procedura del consumatore possa essere applicata solo a coloro che abbiano un indebitamento (alla data di presentazione della domanda) nel quale non siano compresi debiti inerenti all'attività imprenditoriale o professionale svolte. In questa categoria parrebbero – anche se un recente arresto della Suprema Corte parrebbe suggerire il contrario – annoverabili anche eventuali garanzie personali prestate a favore di un soggetto che agisce nello svolgimento di un'attività professionale, in virtù del preponderante rilievo assunto dalla connessione oggettiva tra obbligazioni (*i.e. accessorium sequitur principale*), rispetto al legame soggettivo esistente tra le parti.

Con riferimento al presupposto oggettivo, poi, molte incertezze derivano poi dalla definizione attribuita allo stato di sovraindebitamento, concetto che, a livello nominalistico, richiama l'istituto dell'*Überschuldung*, ovvero il presupposto di accesso delle persone giuridiche alle procedure concorsuali in Germania. Tale presupposto è invero incentrato sullo squilibrio patrimoniale, da intendersi come incapacità del patrimonio di coprire le obbligazioni esistenti.

Tuttavia, il sovraindebitamento domestico risulta assai più complesso ed articolato, laddove il rapporto tra "*obbligazioni assunte*" e "*patrimonio prontamente liquidabile per farvi fronte*" in realtà non parrebbe delineare – come sostenuto dai primi commentatori – un parametro statico da inquadrarsi in un'ottica puramente patrimoniale come mero sbilanciamento tra poste dell'attivo e del passivo, tali da produrre un patrimonio netto negativo.

Lo stato di sovraindebitamento parrebbe piuttosto valorizzare l'ottica dinamica dell'incapacità di adempiere e della regolarità dei flussi solutori, ovvero la capacità – anche prospettica – di soddisfare le obbligazioni assunte in relazione alle quali il patrimonio riveste un ruolo di mero parametro per la sostenibilità dell'indebitamento finanziario (*i.e.* l'inciso "*per farvi fronte*").

Se ciò è vero, ai fini dell'accertamento di questo presupposto risulterà necessario operare un giudizio prognostico non troppo dissimile rispetto a quello effettuato normalmente per l'insolvenza in sede pre-fallimentare. Il problema – invero assai rilevante in ottica applicativa – sarà semmai quello di ricostruire compiutamente la situazione finanziaria e soprattutto patrimoniale del debitore, laddove la maggior parte dei soggetti coinvolti nell'ambito del sovraindebitamento non ha alcun obbligo di tenuta della contabilità e, nel caso del consumatore, non svolge nemmeno alcuna attività di rilevanza economica.

In altre parole, ad una prima lettura, si resta piuttosto interdetti dinnanzi alla definizione di sovraindebitamento poiché, nel medesimo istituto, ricorrono e il concetto di squilibrio patrimoniale ("*patrimonio prontamente liquidabile*") e quello dell'insolvenza commerciale ("*regolarità degli adempimenti*") e, financo, quello della difficoltà di adempiere (definizione questa che sembrava ormai definitivamente superata in ambito concorsuale con l'abrogazione dell'istituto dell'amministrazione controllata).

Al di là però della roboante portata letterale dell'articolo 6 L.sov., in concreto il sovraindebitamento parrebbe appiattirsi proprio verso quelli che sono i presupposti per accedere alle procedure concorsuali tradizionali (ovvero, l'insolvenza e lo stato di crisi), non essendo sufficiente ai fini dell'accesso agli strumenti di cui alla legge n. 3 il mero squilibrio patrimoniale, ma dovendo essere incluso in una prospettiva di illiquidità (che andrà accertata caso per caso con le manifestazioni esteriori tipiche dell'insolvenza) da parte del debitore.

Un altro punto focale che il presente lavoro ha inteso affrontare riguarda la natura concorsuale delle procedure di composizione della crisi da sovraindebitamento.

Sul punto sono necessarie alcune considerazioni; una prima di carattere più generale attiene all'evoluzione del concetto di concorsualità nell'ambito dell'ordinamento ad esito dell'opera riformatrice che ha interessato e continua ad interessare la legge fallimentare.

Infatti è necessario evidenziare come la ferrea applicazione della *par condicio creditorum* (in termini di segregazione del patrimonio, cristallizzazione delle posizioni creditorie, revocabilità degli atti e dei pagamenti posti in essere dal debitore nel periodo sospetto) in ambito concorsuale abbia subito una progressiva opera mitigatrice nell'ultimo decennio e con riguardo al fallimento (si pensi alla riduzione del raggio d'azione della revocatoria fallimentare che ha indotto ad un maggiore utilizzo della revocatoria ordinaria in sede fallimentare) e, soprattutto con riguardo al concordato preventivo (si pensi, ad esempio, all'istituzione delle classi), con particolare riguardo ai casi di continuità aziendale (cfr. articolo 186 bis L.fall.), laddove sono state introdotte deroghe piuttosto vistose con riguardo al divieto per i creditori antecedenti in merito alla soddisfazione sull'attivo al di fuori del concorso con gli altri creditori (cfr. articolo 182 quinquies, comma quarto L.fall.), allo scopo dichiarato di favorire la continuità aziendale.

Seppure sia doveroso dare atto di questa tendenza, in termini altrettanto generali, si può comunque convenire come sia il concordato preventivo che il fallimento possiedano tutt'oggi un nucleo ben definito di regole che delineano la struttura del concorso - in senso sostanziale e formale - tra i creditori nel nostro ordinamento (in particolare la disposizione circa lo spossessamento pieno o mitigato del debitore, il divieto di iniziare o proseguire azioni esecutive o cautelari da parte dei creditori antecedenti, le regole ed i limiti al decorso degli interessi, quelle sulla compensazione e la decadenza del beneficio del termine, o ancora il divieto di costituire titoli di prelazione sui beni del debitore, così come quello di porre in essere le formalità necessarie a rendere opponibile gli terzi dopo l'apertura concorso).

Un secondo ordine di considerazioni sul punto riguarda invece la struttura concorsuale della disciplina del sovraindebitamento. La versione previgente della legge sull'insolvenza civile definiva un modello puramente negoziale, a base squisitamente volontaria, dove i creditori non aderenti avrebbero dovuto essere soddisfatti integralmente. L'efficacia di questa scelta si è dimostrata invero assai deludente ed il legislatore ha dovuto riscrivere integralmente la legge dopo pochi mesi dalla sua entrata in vigore introducendo strumenti connotati da un evidente struttura concorsuale, poiché includono tutta la base creditoria seppure con innovazioni tali da definire un modello di concorso (*rectius* tre modelli di concorso) tra creditori del tutto peculiare.

Il parametro di riferimento per analizzare questo nuovo tipo di concorsualità non può che essere offerto dalla legge fallimentare. In effetti – al di là dei vari richiami letterali che la legge n. 3/2012 opera nei confronti del concetto di concorso – queste procedure possiedono i tratti principali delle procedure concorsuali tradizionali tradendo tuttavia preoccupanti incongruenze o dimenticanze cui è necessario sopperire – nella misura in cui sia possibile farlo - con l'applicazione in via analogica delle regole del diritto comune.

In particolare, il sistema del concorso tra i creditori nell'ambito del sovraindebitamento trova il proprio *fil rouge* nelle regole che vietano di iniziare o proseguire procedure esecutive o sequestri conservativi sul patrimonio del debitore ed in quelle che dispongono l'obbligatorietà dell'accordo per tutti i creditori antecedenti, previste (seppure in maniera non uniforme), nel piano e della liquidazione nei confronti di tutti i creditori. Inoltre anche le disposizioni relative alla

prededuzione evidenziano chiaramente la presenza del concorso tra creditori, sebbene, anche sotto questo profilo, la legge n. 3 non sia esente da aspetti criticabili.

Si deve sottolineare infatti, come il mancato richiamo di alcune delle regole cardine proprie del concorso tra i creditori abbia prodotto (e produca) il rischio di una manipolazione sostanziale (*rectius* di una sovversione) delle regole sulla *par condicio*. Si è sostenuto, addirittura, che nel sovraindebitamento vi possa essere concorso tra creditore anche senza rispetto dell'ordine delle cause legittime di prelazione dei singoli crediti.

Tuttavia, è quantomeno revocabile in dubbio che la semplice omissione del divieto di alterazione delle cause legittime di prelazione in sede concorsuale possa produrre una facoltà in senso opposto, atteso che il sistema di graduazione dei crediti nel nostro ordinamento è disciplinato nell'ambito del codice civile (e non dalle regole sull'insolvenza) e le regole concorsuali sono neutre rispetto a quella che in dottrina è stata definita la “*questione distributiva*”.

Preme piuttosto porre l'accento sulle regole concorsuali non espressamente richiamate dal legislatore della riforma: in particolare si deve fare riferimento alla disposizione relativa alla compensabilità di crediti anteriori con debiti successivi all'apertura della procedura, ovvero all'applicazione della decadenza del beneficio del termine per i crediti non ancora scaduti alla data di apertura del concorso, o ancora alla previsione relativa al divieto di compiere le formalità necessarie a rendere opponibili ai terzi atti posti in essere anteriormente rispetto alla procedura.

Ebbene, con riguardo a queste tematiche la disciplina del sovraindebitamento parrebbe trovare la propria etero-determinazione nelle disposizioni di diritto comune da cui il legislatore della legge fallimentare aveva tratto spunto per redigere gli articoli 44, 45, 55, secondo comma e 56 L.fall.

Dunque con l'ausilio delle disposizioni generali di cui agli articoli 1243, 1186 e 2914 c.c. anche in sede di sovraindebitamento, si dovrebbe scongiurare il rischio di applicare un modello concorsuale spurio e non grado di evitare gravi forme di erosione dell'attivo ad opera dei terzi, violando gravemente la *par condicio* (si pensi all'ipotesi di operazioni di cessione dei crediti da parte del debitore avvenute in epoca immediatamente antecedente rispetto all'apertura della procedura e perfezionatesi in data successiva).

Diversamente opinando, sarebbero ipotizzabili utilizzi opportunistici della procedura da parte del debitore, con la creazione di pericolose zone di opacità nell'imminenza dell'accesso allo strumento concorsuale, laddove il debitore (d'intesa con uno o più creditori) potrebbe, in effetti, adoperarsi per effettuare pagamenti preferenziali (o costituire arbitrariamente garanzie sui beni ricompresi nell'attivo a favore di taluni creditori), salvo poi ottenere gli effetti protettivi della procedura nei confronti della massa.

È vero che questo comportamento sarebbe a tutti gli effetti annoverabile tra gli atti e le iniziative in frode ai creditori, causa di revoca della procedura. È altresì vero però che dimostrare il carattere fraudolento di questi atti in sede giudiziale può essere tutt'altro che semplice, atteso che nella maggior parte dei casi il debitore non è tenuto ad offrire un sistema di tracciamento (o di contabilità) dei propri movimenti patrimoniali.

Inoltre l'unico strumento per ripristinare determinati *asset* - fuoriusciti a causa di atti anteriori perfezionatisi solo dopo l'apertura del concorso - al patrimonio del debitore, sarebbe quello (tutt'altro che agevole sotto il profilo dell'onere della prova) dell'azione revocatoria ordinaria di cui all'articolo 2901 c.c., esperibile dal singolo creditore.

Sempre con riguardo ai modelli concorsuali introdotti, appare invero piuttosto criticabile il fatto che il divieto di esperire azioni esecutive, sequestri conservativi e di costituire diritti di prelazione non si applichi alla procedura c.d. piano del consumatore dalla data dell'ammissione alla procedura, bensì da quella dell'omologa.

Ciò ha indotto taluni a porre in dubbio la natura concorsuale di questo strumento; tuttavia, a parere di chi scrive, non è in discussione tanto la natura del piano del consumatore - atteso che comunque la procedura obbliga tutti i creditori anteriori a rispettare la portata del piano omologato e che il giudice può in ogni momento introdurre il suddetto divieto in corso di procedura laddove eventuali azioni esecutive possano pregiudicare la fattibilità del piano - quanto piuttosto la 'forza' di questo strumento rispetto ai rischi di lesione della *par condicio* ed all'elevato grado di aggredibilità della massa attiva durante la procedura.

Un altro aspetto sul quale il presente lavoro si è soffermato riguarda l'analisi della struttura processuale dei strumenti di composizione della crisi da sovraindebitamento; le norme che regolano questi lasciano francamente 'frastornati', poiché tali procedure presentano, da un lato, ampi vuoti, difficilmente colmabili con la mera opera interpretativa e dall'altro, rilevanti novità rispetto alle regole che compongono la struttura delle procedure concorsuali tradizionali.

Anzitutto non si può tacere l'assenza di una regolamentazione di dettaglio circa l'ampiezza dei poteri del giudice nell'ambito delle procedure; non è infatti dato sapere né, se egli possa sindacare - e in quale misura - le scelte operate dagli altri organi della procedura (Organismo e liquidatore), ad esempio con riguardo alla formazione del passivo nell'ambito della procedura liquidatoria, né che tipo di sindacato egli possa operare in sede di ammissione alla procedura.

In ossequio a quanto affermato dalla Suprema Corte nell'importante arresto n. 1521/2013, nell'accordo del debitore parrebbe che, *mutatis mutandis*, al giudice venga rimesso solo un ruolo di verifica della legittimità formale della domanda, non potendo questi esprimere alcun potere discrezionale circa la c.d. "fattibilità economica" dell'accordo.

Molti più dubbi emergono con riguardo al piano del consumatore ed alla procedura liquidatoria, atteso che in queste ipotesi i creditori non esprimono alcuna valutazione in merito alla domanda (ma eventualmente potranno opporvisi, nel caso del piano del consumatore, solo ritengano maggiormente soddisfacente l'alternativa liquidatoria). In tale caso il sindacato del giudice (anche sull'attestazione dell'Organismo) parrebbe essere più ampio e sfumato, potendo financo attenere ad aspetti relativi alla fattibilità economica del piano e della proposta.

Molti dubbi suscita anche l'applicazione della moratoria annuale per i debiti privilegiati in relazione al consumatore, laddove non essendovi alcun diritto di voto che i creditori possano esercitare nel caso di moratoria ultrannuale, non parrebbe potersi 'sfuggire' dalla portata letterale

della norma (*i.e.* i crediti privilegiati devono essere rimborsati entro un anno dall'omologa della procedura), così limitando in maniera rilevante questo strumento.

Una critica deve essere mossa poi alle scelte del legislatore nella definizione di alcuni aspetti della procedura liquidatoria; infatti la forza di questa procedura dovrebbe risiedere soprattutto nella sua portata 'deterrente', tuttavia si resta spiazzati nel constatare come, da un lato, sia stata configurata – al pari del piano e dell'accordo – alla stregua di uno strumento sostanzialmente applicabile su base volontaristica, considerando implicito il valore premiale per il debitore meritevole: ebbene è solo il caso di segnalare che in tal caso non parrebbe esservi alcun incentivo o valore premiale per il debitore, atteso che egli dovrà assoggettare tutto il suo patrimonio alla liquidazione; dunque verrebbe da chiedersi dove sia la convenienza rispetto al sistema dell'espropriazione forzata individuale.

D'altra parte, la norma stabilisce laconicamente che il debitore potrebbe essere assoggettato alla liquidazione come sanzione per non aver portato a buon esito un accordo o un piano del debitore. Non si può, in altre parole, fare a meno di notare l'assoluta incoerenza tra i presupposti di accesso o ammissione e la finalità cui l'istituto è preordinato.

Ambigua e controproducente parrebbe anche la disposizione relativa alla durata minima (quadriennale) della liquidazione, ai fini dell'attrazione di ulteriori beni nell'ambito dell'esecuzione collettiva. Infatti, se la *ratio* della norma è quella di rafforzare la garanzia patrimoniale sui beni sopravvenuti nel corso della procedura, allora non si capisce perché anche gli *asset* sopraggiunti successivamente al quarto anno (ma, in ipotesi, prima della conclusione della procedura) non possano subire il medesimo destino. Avrebbe avuto più senso forse prevedere che tale *vis attractiva* durasse fintanto che la fase esecutiva della procura non fosse del tutto esaurita.

Infine, non appare una scelta felice nemmeno quella di prevedere un meccanismo di esdebitazione autonomo (e successivo) rispetto alla procedura liquidatoria, di fatto mutuato dalla disciplina sul fallimento ed anzi reso, per alcuni aspetti, ancora più complicato rispetto all'esdebitazione del debitore persona fisica fallito. Invero ci si interroga di nuovo su quale possa essere il reale interesse del debitore ad utilizzare questo strumento, atteso che oltre a venire spossessato da ogni suo beni questi non conseguirebbe nemmeno – come effetto diretto ed immediato della liquidazione – la liberazione dai debiti residui. A questa stregua sarebbe forse preferibile restare assoggettati alle tradizionali regole sulla responsabilità patrimoniale e sull'espropriazione forzata individuale.

Un ulteriore *focus* ha poi avuto ad oggetto la disciplina sui contratti pendenti nelle procedure di composizione della crisi da sovraindebitamento. Sul punto si è concluso – pur evidenziando che la legge ha deciso di tacere sull'argomento – come sia possibile riproporre in questa sede, *mutatis mutandis*, considerazioni simili a quelle elaborate da dottrina e giurisprudenza nell'ambito del concordato preventivo, sino all'introduzione dell'articolo 169 bis L.fall.

Infatti parrebbe del tutto ammissibile che, anche nell'ambito della legge n. 3/2012, trovi applicazione il principio di prosecuzione dei contratti sinallagmatici ancora non interamente eseguiti da entrambe le parti, con la possibilità di utilizzare gli strumenti ordinari – da parte del debitore e del contraente *in bonis* – per chiedere la risoluzione (sulla questione parrebbe che il giudice del sovraindebitamento possa esprimersi *incidenter tantum*) del negozio.

Altro tema di interesse attiene agli Organismi di composizione della crisi, che con la normativa regolamentare introdotta tra settembre 2014 e gennaio 2015 assumono oggi, finalmente, una maggiore concretezza.

Non criticabile al riguardo parrebbe la soluzione adottata circa la soluzione del conflitto di interesse (con la presenza di un soggetto designato dall'Organismo avanti al quale il singolo gestore dovrà dichiarare l'assenza di ogni conflitto di interesse con la pratica in attribuzione), sebbene tali situazioni andrebbero quasi certamente esenti da ogni rischio di carenza di indipendenza laddove l'Organismo fosse, nel caso concreto, composto da più soggetti (indipendenti tra loro e scelti dal responsabile dell'Organismo), ognuno preposto ad una singola fase della procedura (redazione piano, attestazione, ausilio a giudice, liquidazione), o quantomeno tenendo ben distinti i redattori del piano dagli altri.

Non risulta invece del tutto comprensibile la scelta in merito ai presupposti di professionalità ed onorabilità richiesti ad ogni singolo gestore, invero addirittura più elevati di quelli richiesti ai curatore fallimentari ed ai commissari giudiziali. Peraltro, il legislatore ha escluso che i ragionieri possano rivestire tali funzioni, essendo espressamente richiesta una laurea in scienze economiche o giuridiche. Ciò appare francamente ingiustificabile, laddove a questi medesimi soggetti venga consentito di operare come curatori o commissari giudiziali nell'ambito di procedure per più complesse e rilevanti (in prospettiva economica e sociale).

Ancora, non condivisibile è il fatto che all'Organismo (ed al gestore) non venga attribuito lo *status* di pubblico ufficiale nell'esercizio delle proprie funzioni, salvo poi prevedere sanzioni penali davvero severe per questa figura.

Da ultimo, qualche perplessità rimane anche con riferimento alla complessa disciplina sui costi degli Organismi; se a livello generale si può apprezzare una generica riduzione dei costi applicata a questa figura rispetto a quelle degli organi concorsuali nel fallimento e nel concordato preventivo, tuttavia si deve notare lo scarsa sensibilità con riguardo alla figura del consumatore ed in particolare dei soggetti più deboli economicamente, i quali saranno verosimilmente sempre esclusi dalle procedure a causa propri dei costi insostenibili per accedervi.

Mentre d'altra parte soggetti anche di medie dimensioni (si pensi a *start up* innovative o imprese agricole che superino i limiti dimensionali di cui all'articolo 1 L.fall.) potrebbero – senza giustificazione apparente - beneficiare di un trattamento (anche in termini di costi di accesso alla giustizia) sicuramente migliore rispetto a quello di un'impresa commerciale di pari dimensioni che abbia accesso agli strumenti concorsuali classici.

L'ultimo aspetto sul quale il presente elaborato si è soffermato riguarda la possibile interazione tra le procedure concorsuali e quelle di sovraindebitamento. In particolare, nella prassi si è riscontrata una rilevante decisione in merito che si è rivelata utile per analizzare alcuni aspetti della possibile relazione/rapporto di contingenza tra concordato preventivo ed accordo del debitore.

Anzitutto si può constatare come l'apporto di finanza esterna (anche sotto forma di beni conferiti) da una procedura principale (il concordato) ad una secondaria (l'accordo del debitore) sia in linea di principio ammissibile, solo quando dalla primi residui un *surplus*, ad esito dell'integrale soddisfacimento del ceto creditorio pre-esistente. Diversamente opinando si rischierebbe tra l'altro, di ledere alla regola della *par condicio creditorum* operando un soddisfacimento preferenziale dei soci rispetto ai creditori.

Occorre ulteriormente rilevare come tra le due procedure venga ad instaurarsi un nesso di pregiudizialità-dipendenza, poiché la seconda trae di fatto origine e contenuto dalla prima. Di talché la revoca del concordato, per gli effetti, comporterebbe anche la conclusione della procedura ancillare.

Un secondo aspetto attiene poi al ruolo dei creditori della società e del socio in relazione alla medesima obbligazione. Il caso riguarda dunque il socio illimitatamente responsabile tenuto in solido con la società per le medesime obbligazioni. Da un lato occorre rilevare come in nessun caso i creditori della società potrebbero intervenire nell'ambito nell'accordo del debitore.

Infatti, nel caso in cui il concordato abbia soddisfatto integralmente i creditori sociali, essi non avrebbero diritto di essere ammessi alla procedura di sovraindebitamento semplicemente perché non potrebbero vantare più alcuna pretesa da avanzare nei riguardi del socio (in qualità di condebitore liberato dalla società). Ad analoga conclusione si dovrebbe però giungere anche qualora il concordato non abbia soddisfatto integralmente le pretese del ceto creditorio, in forza dell'applicazione dell'articolo 184, comma secondo L.fall.

Più complessa è invece la sorte delle obbligazioni fideiussorie assunte dai soci alla luce di questo rapporto tra procedure. Nel caso del socio di società di capitali non pare revocabile in dubbio che l'estensione della garanzia patrimoniale in relazione all'obbligazione assunta debba considerarsi preservata anche nella procedura di esdebitazione del socio. Di talché, in generale, qualora un creditore sociale subisca la falcidia del proprio credito nell'ambito della procedura concordataria, egli potrebbe partecipare all'accordo del debitore per trovare (almeno in parte) ristoro anche sul patrimonio messo a disposizione dal socio-fideiussore.

Nel caso invece del socio illimitatamente responsabile di società di persone la soluzione dovrebbe però essere diversa, poiché la garanzia a favore dei creditori della società (seppure con diverse modalità derivanti dal tipo sociale prescelto) viene estesa *ab origine* al patrimonio dei soci, di talché l'obbligazione fideiussoria andrebbe ad appiattirsi risultando sostanzialmente ultronea, soprattutto nella fase patologica del rapporto di credito. In tal caso, infatti, già nell'ambito della procedura concorsuale principale entrambi i patrimoni sarebbero vincolati a

garanzia della medesima obbligazione, di talché ad esito del concordato, non vi sarebbe più alcuna ragione sostanziale a giustificazione del fatto che i creditori possano esigere, in una sede diversa, quanto non sia stato ottenuto in quella sede sui medesimi beni del debitore anche in virtù di una diversa obbligazione di garanzia.

Ne deriva che in tal caso sarebbe applicabile quanto disposto dall'articolo 184, secondo comma ritenendo operante il limite (eccezionale) relativo alla non comunicabilità degli effetti favorevoli ai condebitori solo nell'ipotesi in cui il fideiussore sia un soggetto diverso rispetto al socio illimitatamente responsabile della società esdebitata.

In definitiva, a conclusione di questo elaborato sui nuovi modelli concorsuali finalizzati all'esdebitazione del debitore civile, si può convenire che per quanto l'iniziativa del legislatore del 2012 abbia avuto l'indubbio merito di colmare un grave vuoto nell'ordinamento concorsuale e per quanto vada riconosciuto un certo coraggio nell'adozione di concetti e regole (per alcuni versi) nuovi ed estranei al panorama domestico, certamente l'attuale disciplina sul sovraindebitamento denuncia un grado di complessità ancora troppo elevato ed un livello di efficacia non certo soddisfacente.

Le ragioni, come visto, sono molteplici e riguardano tanto la scarsa qualità dell'opera legislativa, quanto la (comprensibile) diffidenza degli operatori ad adottare nuovi schemi non sedimentati nella prassi. A tal proposito chi scrive riterrebbe preferibile separare l'insolvenza civile del consumatore da quella degli enti o delle imprese non fallibili che svolgano comunque un'attività intrinsecamente caratterizzata da rilievo economico; alla crisi delle seconde sarebbe stato forse più opportuno fare fronte nel medesimo contesto della gestione dell'insolvenza commerciale, introducendo semplificazioni *ad hoc* rispetto alle procedure concorsuali tradizionali che hanno il pregio, di non poco momento, di essere già conosciute ed ampiamente diffuse tra gli operatori.

Il fatto poi di disporre di un impianto normativo completo e ben definito, ad esempio in materia di azione revocatoria, concorso tra creditori, contratti pendenti, prededuzione, consecuzione tra procedure, ruolo e funzioni degli organi della procedura e sanzioni penali, avrebbe verosimilmente favorito una maggiore e più rapida diffusione degli strumenti concorsuali anche per la composizione dei soggetti non fallibili (c.d. effetto "*safe harbour*").

Tuttavia, il legislatore ha operato una scelta diversa, dettata verosimilmente da fattori extra-giuridici, meno, si potrebbe dire, di sostanza e maggiormente connessi all'*appeal* politico della norma.

La disciplina dell'insolvenza del consumatore avrebbe meritato invece di essere trattata nell'ambito del codice del consumo, con norme *ad hoc* ed un impegno – qui si – più forte da parte dello Stato e delle amministrazioni pubbliche (anche in termini di sostenibilità dei costi), a dimostrazione di una differente sensibilità verso questo peculiare fenomeno, soprattutto per i casi di indebitamento più grave a cui l'attuale assetto normativo non pare fornire risposte adeguate.

A titolo esemplificativo si sarebbe potuto immaginare l'istituzione di un organo di conciliazione dedicato a questi soggetti in seno alla Banca d'Italia (sulla scorta della positiva esperienza

dell'ABF), composto da rappresentanti dei creditori istituzionali con il compito di perseguire soluzioni concrete per favorire l'esdebitazione dei consumatori e dotato del potere di sancire accordi che possano (ad esito dell'omologa in sede giurisdizionale) essere vincolanti per tutti i creditori.

Da ultimo, preme evidenziare come il lungo ed accidentato percorso che ha portato all'introduzione della disciplina sul sovraindebitamento appaia ancora *in fieri* ed in tal senso la "Commissione Rordorf" sta elaborando una ennesima riforma organica dell'ordinamento concorsuale, nel contesto di quello che dovrebbe essere il nuovo testo unico della crisi delle persone fisiche e giuridiche, che avrebbe forse il merito di completare – almeno secondo le linee guida alla riforma formulate dalla Commissione - quel percorso di unificazione tra insolvenza civile e commerciale, più volte ipotizzato ed auspicato e mai veramente perseguito dal legislatore.

## INDICE BIBLIOGRAFICO

### Dottrina

AA.VV., *Diritto Germanico*, voce Lex Salica, Diz. di storia antica e medioevale, 2007.

ALESSI, *Innovazioni, contraddizioni, equivoci e carenze del disegno di legge delega per la riforma delle procedure concorsuali*, Fall., 2001, pp. 141 ss.

ALLENNA, *Le altre procedure concorsuali*, AA.VV., in Tratt. dir. fall. e proc. conc., diretto da Vassalli – Luiso – Gabrielli, Vol. IV, Torino, 2014.

ALLORIO, *“Sulla dottrina della giurisdizione del giudicato”*, II Vol., Milano, 1957.

AMATUCCI, *Temporanea difficoltà e insolvenza*, Napoli, 1979.

AMBROSINI, *Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in Cottino, Trattato di diritto commerciale, Vol. XI, Padova, 2008.

AMBROSINI, *le nuove procedure concorsuali. Dalla riforma «organica» al decreto «correttivo»*, Commentario a cura di Ambrosini, Bologna, 2008.

Ambrosini, *Profili civili e penali delle soluzioni negoziate nella l. n. 122/2010*, AA.VV., Fall., 2011, pp. 641 ss.

AMBROSINI, *Appunti in tema di concordato con continuità aziendale*, 2013, [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it).

AMBROSINI, *Le altre procedure concorsuali*, AA.VV., in Tratt. dir. fall. e proc. conc., diretto da Vassalli – Luiso – Gabrielli, Vol. IV, Torino, 2014.

AMBROSINI, *Il diritto della crisi d'impresa nella legge n. 132 del 2015 e nelle prospettive di riforma*, 30.11.2015, pp. 8 ss., [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it).

AMBROSINI – AIELLO, *I piani di risanamento attestati: questioni interpretative e profili applicativi*, 21.6.2014, [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it).

AMBROSIO, *Attività e impresa agricola*, in Quad. romani dir. comm., diretto da Ferro Luzzi – Libonati, Milano, 2008.

ANDRIOLI, (voce) *Fallimento*, n. 17 (dir. priv.), Enc. del Dir., XVI, Milano 1967.

APICE, *Banche e imprese: responsabilità civili e penali*, Bancaria, Roma, 1996.

APICE – MANCINELLI, *Diritto fallimentare. Normativa ed adempimenti*, Torino, 2008.

APPIO, *Prime riflessioni in tema di accordi di ristrutturazione del debito ex art. 182-septies fra ragioni creditorie e principio consensualistico*, 29.12.2015, [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it).

ARATO, *Gli accordi di salvataggio o di liquidazione dell'impresa in crisi*, Fall., 2008, pp. 1240 ss.

- ARCANGELI, *Gli istituti del diritto commerciale nel costituito senese del 1310*, in *Scritti di diritto commerciale e agrario*, I, Padova, 1935.
- ARISTOTELE, *Gli ectemori nell’A.T.P.*, Riv. St. Ant., 1903, VII, fasc. IV.
- ARMELI, Giustizia digitale e composizione della crisi da sovraindebitamento: una prima lettura, [www.ilfallimentarista.it](http://www.ilfallimentarista.it), 21.12.2012.
- AULETTA, *Recensione a Provinciali, Lo Stato di Insolvenza*, Studi in Onore di Cicu, Riv. Trim. Dir. e Proc. Civ., 1954, p. 1057.
- AZZOLINA, *Fallimento e altre procedure concorsuali*, Tratt. diretto da Fauceglia e Panzani, Torino 2009, vol. I.
- BAGELLA, *Profili di gestione delle crisi, il mercato le imprese, la società*, a cura di Patalano – Santini, Fondazione Gabriele Berionne, Padova, 2014.
- BEBCHUCK, *A new approach to corporate reorganization*, Harvard Law Rev., 1988, pp. 775 ss.
- BEBCHUCK, *Chapter 11*, discussion paper no. 227, Harvard Law Review, no 12/97.
- BEBCHUCK, *Chapter 11*, The new Palgrave dictionary of economics and law, Vol III, 1998.
- BEBCHUCK – PICKER, *Bankruptcy rules, managerial entrenchment and firm-specific human capital*, Olin Law & Economic, working paper no. 16, [www.uchicago.edu](http://www.uchicago.edu).
- BELLOMO, *Soluzioni negoziali alla crisi d’impresa*, Milano, 2012.
- BERTACCHINI, *Esigenze di armonizzazione e tendenze evolutive (o involutive?) nella composizione negoziale delle crisi: dal tramonto del dogma della “non fallibilità” alle prospettive de iure condendo*, in *Nuove leggi civili commentate*, n. 5/2012, pp. 877 ss.
- BIGIAMI, *La “piccola impresa”*, Milano, 1947.
- BIANCO – M.MARCUCCI, *Procedure fallimentari ed efficienza economica: valutazioni teoriche e riflessioni per l’economia italiana*, Banca impresa e società, XX, 2001.
- BIONE, *Stato di insolvenza e dichiarazione di fallimento – legge fallimentare*, in *Comm. Scialoja Branca*, a cura di Bricola, Galgano, Santini, Bologna – Roma, 1974.
- BIONE, *I presupposti e l’estensione soggettiva delle procedure concorsuali*, Fall., n. 5/1985, p. 487.
- BIONE, *La nozione di impresa agricola dal codice civile ad oggi*, La riforma dell’impresa agricola, a cura di Abriani – Motti, Milano, 2003.
- BOLAFFIO, *Fallimento*, II, n. 85, pp. 196 ss.

BONELLI, FRANCO, *Nuove esperienze nelle soluzioni stragiudiziali delle crisi delle imprese*, Giur. Comm., 1997, I, pp. 488 ss.

BONELLI, GUSTAVO, *Progetto di una legge sul fallimento*, Riv. Dir. Comm., 1921, I, p. 522.

BONELLI, GUSTAVO, *Del fallimento*, Milano, 1923, Vol. I.

BONELLI, GUSTAVO, *Del Fallimento*, Milano, 1938.

BONFATTI, *La disciplina dei crediti speciali «nel testo unico in materia bancaria e creditizia»*, Giur. Comm., 1994, I, pp. 1010 ss.

BONFATTI, *La “amministrazione bancaria” e i progetti di procedure di concertazione della crisi. Un modello di amministrazione controllata stragiudiziale*, AA.VV., *Le procedure stragiudiziali per la composizione delle crisi di impresa. I “protagonisti”*, a cura di S.Bonfatti e G.Falcone, Milano, 1999.

BONFATTI, *Gli accordi stragiudiziali per la composizione delle crisi d'impresa nei progetti di riforma della legge fallimentare – profili civilistici*, in *Le procedure concorsuali tra “nuove frontiere” e prospettive di riforma*, a cura di S.Bonfatti e G.Falcone, Milano, 2002.

BONFATTI, *L'intervento delle banche nel risanamento delle imprese in crisi*, Fall., 2003, pp. 939 ss.

BONFATTI, *La disciplina dei crediti privilegiati nel concordato preventivo con continuità aziendale*, doc. 28 ottobre 2013, [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it).

BONFATTI - CENSONI, *Manuale di diritto fallimentare*, IV ed., Padova, 2011.

BONFATTI - CENSONI, *Lineamenti di diritto fallimentare*, Padova, 2013.

BONSIGNORI, *Disposizioni generali., Dichiarazione di Fallimento*, Scialoja – Branca, Roma/Bologna 1974.

BONSIGNORI, *Il fallimento*, Padova, 1986.

BONSIGNORI, *Diritto fallimentare*, Torino, 1992.

BONSIGNORI, *Processi concorsuali minori*, in Galgano Tratt. Dir. Comm. e Pubblico dell'Eco., XXIII, Padova, 1997.

BONSIGNORI, *Il Fallimento*, in Galgano Tratt. Dir. Comm. e Pubblico dell'Eco., Padova, 1997.

BOZZA, *Una lettura controcorrente dell'art. 186-bis, comma secondo, lett. c) della legge fallimentare*, 18 aprile 2014, [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it).

BRESCIA – CALDIERO – DAMIANI – GIOIA, *La composizione della crisi da sovraindebitamento*, Rimini, 2013.

- BRUNETTI, *Diritto Concorsuale*, Padova, 1944.
- BUONOCORE, *Il «nuovo» imprenditore agricolo, l'imprenditore ittico e l'eterogenesi dei fini*, Giur. Comm., 2002, I, pp. 5 ss.
- CAMPOBASSO, *Diritto Commerciale*, Vol. I, Torino, 2010.
- CANDIAN, *Leggendo il «Manuale di dir. Fallim.» di R.Provinciali*, Riv. Trim. Dir. e Proc. Civ., 1956, pp. 629 ss.
- CARDOPATRI, *Presupposti di ammissibilità*, in Di Marzio – Macario – Terranova, *La “nuova” composizione della crisi da sovraindebitamento*, Milano, 2013.
- CARNACINI, *Espropriazione individuale e pluralità dei creditori*, Bologna, 1941.
- CASSANDRO, *Le rappresaglie e il fallimento a Venezia nei secoli XIII-XVI con documenti inediti*, Torino, 1938.
- CASTIELLO D'ANTONIO – FALCONE, *Le altre procedure concorsuali*, in Tratt. di diritto fall. e delle altre proc. conc., diretto da Vassalli, Luiso e Gabrielli, Vol. IV, Torino 2014
- CAVALIERI, *Teoria economica – un'introduzione critica*, 1978.
- CAVALLI, *La dichiarazione di fallimento. Presupposti e procedimento*, La riforma della legge fallimentare. Profili della nuova disciplina, in Ambrosini, Cavalli, Jorio, *Il Fallimento*, Tratt. Dir. Comm., diretto da G. Cottino, XI, 2, Padova, 2009.
- CELENTANO, *La caducazione degli effetti dell'accordo omologato*, Fall, 2012, pp. 1089 e ss.
- CENSONI, *Gli effetti del concordato preventivo sui rapporti giuridici preesistenti*, Quad. Giur. Comm., n. 99, 1988, pp. 46 ss.
- CENSONI, *(Le forme e) gli effetti degli accordi stragiudiziali per la soluzione delle crisi di impresa*, AA.VV., *Le procedure stragiudiziali per la composizione delle crisi d'impresa*, a cura di Bonfatti e Falcone, Milano, 1999.
- CENSONI, *il “nuovo” concordato preventivo*, Giur. Comm., 2005, I, pp. 723 ss.
- CENSONI, in Tratt. Panzani, *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, I, Torino, 2012.
- CENSONI, *La continuazione e lo scioglimento dei contratti pendenti nel concordato preventivo*, articolo n. 456/2013, [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it).
- CENSONI, *I limiti del controllo giudiziale sulla “fattibilità” del concordato preventivo*, Giur. Comm., n. 40.3/II, 2013, pp. 343 ss.
- COLESANTI, *Mito e realtà della «par condicio»*, Fall., 1984, pp. 39 ss.

- COMOGLIO – FERRI – TARUFFO, *Lezioni sul processo civile – Procedimenti speciali, cautelari ed esecutivi*, Vol. II, Bologna, 2006.
- CORNELLI – FELLI, *Efficiency of bankruptcy procedures*, Temi di discussione del Servizio Studi della Banca d'Italia, *paper* n. 245, December, 1994.
- CORSI, *Il concetto di amministrazione nel diritto privato*, Milano, 1974.
- COSTI, *L'ordinamento bancario*, V Ed., Bologna, 2012.
- CUZZERI – CICU, *Fallimento*, n. 9, pp. 14 ss.
- DALLA – LAMBERTINI, *Istituzioni di dir. romano*, Torino 2001, II ed.
- DAVIES, *Gower and Davies Principles of Modern Company Law*, in Paul Davies and Sarah Worthington, 9th ed., Sweet & Maxwell, 2012.
- DE GIOIA CARABELLESE, *Insolvenze civili e commerciali nel Regno Unito, in un'analisi comparata con la legislazione italiana*, Dir. Fall., n. 6/2011, pp. 529 ss.
- DEL LINZ, *Spunti critici sulle nuove procedure di sovraindebitamento e ordinamenti a confronto*, Dir. Fall., n. 5/2015, p. 482.
- DE SEMO, *Diritto fallimentare*, Firenze 1948.
- DE SENSI, *Convenzioni stragiudiziali e patti parasociali*, Ceradi – Luiss Guido Carli, Roma, 2005.
- DE SENSI, *La nuova disciplina sulla crisi da sovraindebitamento: dubbi sulla sua natura concorsuale*, Dir. Comm., n. 4/2013, pp. 642 ss.
- DIDONE, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti (art. 182-bis legge fallim.) (Presupposti procedimento ed effetti della anticipazione delle misure protettive dell'impresa in crisi)*, Dir. Fall., 2011, pp. 8 ss.
- DI MAJO, *Responsabilità e patrimonio*, Torino, 2005.
- DI MAJO, *I punti deboli del sovraindebitamento* “Il Sole 24 Ore”, 13.1.2013, sez. norme e tributi, p. 32.
- DI MARZIO, *Il diritto negoziale della crisi d'impresa*, Milano, 2011.
- DIMUNDO, *Pacta de non petendo e insolvenza*, Fall., 1996, pp. 905 ss.
- DOLMETTA, *Il fideiussore può anche essere consumatore*, [www.dirittobancario.it](http://www.dirittobancario.it).
- DOMENICHINI, *Convenzioni bancarie ed effetti sullo stato di insolvenza*, Fall., 1996, p. 841.

D'ORAZIO, *Lavori in corso sugli accordi di ristrutturazione dopo il d.l. 31 maggio 2010, n. 78. Dal piano al controllo del tribunale*, Giur. Merito, 2011, pp. 418 ss.

DUPOUY, *Le droit des fallites en France avant le Code de commerce*, Parigi, 1960.

FABIANI, *L'ulteriore up-grade degli accordi di ristrutturazione e l'incentivo ai finanziamenti nelle soluzioni concordate*, Fall., 2010, pp. 898 ss.

FABIANI, *La gestione del sovraindebitamento del debitore "non fallibile" (D.L. 212/2011)*, doc. n. 278/2012, [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it).

FABIANI, *Guida rapida alla lettura di Cass. s.u. n. 1521/2013*, 30 gennaio 2013, [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it).

FALCONE, *La "gestione privatistica dell'insolvenza" tra accordi di ristrutturazione e piani di risanamento*, AA.VV., *La nuova legge fallimentare "rivista e corretta"*, a cura di Bonfatti e Falcone, Atti del Convegno di Lanciano del 13 ottobre 2007, Milano, 2008.

FALCONE, *Protezione del credito bancario e «particolari operazioni di credito»*, Napoli, 2012, pp. 116 ss.

FAUCEGLIA, *I contratti bancari*, in Tratt. Dir. Comm., diretto da Buonocore, Torino, 2005, pp. 412 ss.

FAUCEGLIA, *I presupposti per la dichiarazione di fallimento*, in Tratt. Apice, Torino, 2010.

FAVERO, *Procedura di composizione delle crisi da sovraindebitamento*, AA.VV., *paper U.G.D.C.E.C.*, 2014, [www.ilsovraindebitamento.it](http://www.ilsovraindebitamento.it)

FERRARA, FRANCESCO JR., *Il Fallimento*, a cura di Borgioli, Milano, 1995.

FERRARA, GIUSEPPE, *Sulla natura dell'amministrazione controllata*, Riv. Dir. Comm., 1952, I, p. 423.

FERRI, GIUSEPPE, *Diritto Commerciale*, Enc. del Dir., XII, Milano 1964.

FERRI, GIUSEPPE, *Manuale di diritto commerciale*, XIII ed., a cura di Angelici e G.B.Ferri, Torino, 2010.

FERRI, GIUSEPPE JR., *Sovraindebitamento, piccoli imprenditori, imprese piccole*, Riv. Dir. Comm., n. 3/2012, p. 424.

FERRO, *La legge fallimentare. Commentario teorico-pratico*, a cura di Ferro, Padova, 2011.

FERRO LUZZI, *Alla ricerca del piccolo imprenditore*, Giur. Comm., 1980, I, pp. 37 ss.

FINCH, *Corporate Insolvency Law*, II ed., Cambridge, 2009.

FRASCAROLI SANTI, *Concordato stragiudiziale*, Dig. Disc. Priv., sez. comm., Torino, 1988.

- FRASCAROLI SANTI, *Effetti della composizione stragiudiziale dell'insolvenza*, Padova, 1995.
- FRASCAROLI SANTI, *Crisi dell'impresa e soluzioni stragiudiziali*, in Galgano, Tratt. Dir. Comm. e Dir. Pubblico dell'Eco., Vol. XXXVII, Padova, 2005.
- FRASCAROLI SANTI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti. Un nuovo procedimento concorsuale*, Padova, 2009.
- FRASCAROLI SANTI, *Le altre procedure concorsuali*, Tratt. dir. fall., Vassalli, Luiso, Gabrielli, a cura di Ambrosini e altri, Torino, 2014, Vol. V.
- FRIGENI, *Linee di credito "autoliquidanti" e (pre)concordato preventivo*, Banca borsa e tit. cred., 2013, pp. 537 ss.
- GALGANO, *Diritto Commerciale – Le società*, XI ed., Bologna, 2004.
- GALGANO, *Diritto Commerciale - L'imprenditore*, XI ed., Bologna, 2006.
- GALGANO, *Lex mercatoria*, Bologna, 2010.
- GALLETTI, *La ripartizione del rischio dell'insolvenza*, Bologna, 2006.
- GALLETTI, *Il nuovo diritto fallimentare*, Trattato diretto da Jorio – Fabiani, Bologna, 2010.
- GALLETTI, *Commentario alla legge fallimentare*, a cura di Cavallini, Vol. I, Milano, 2012.
- GAMBINO, *Le procedure concorsuali minori in una prospettiva di riforma e la rinnovata amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi*, Giur. comm., 1999, pp. 401 ss.
- GARBAGNATI, *Il concorso dei creditori nell'espropriazione singolare*, Milano, 1938.
- GAROFOLI – IANNONE, *Codice Civile e leggi complementari*, commentario annotato, diretto da Alpa – Garofoli, Roma, 2015.
- GARRIDO, *The distributional question in insolvency: comparative aspects*, Int. Insol. Rev., 1995, pp. 25 ss.
- GHIA, *L'esdebitazione*, Collana diretta da Panzani, Milano, 2008.
- GRANATA, AA.VV., *Nuove regole per le crisi d'impresa*, a cura di Jorio, Milano, 2001.
- GRANCHET, *La notion de cessation dei payment dans la faillite et le Règlement judiciaire*, Parigi, 1962.
- GUERRERA, *Diritto fallimentare. Manuale breve*, in Abriani e altri, Milano, 2013.
- GUGLIELMUCCI, *la riforma in via d'urgenza della legge fallimentare*, Torino, 2005.
- GUGLIELMUCCI, *Diritto fallimentare. La nuova disciplina delle procedure concorsuali giudiziali*, II ed., Torino, 2007.

- GUIDOTTI, *Alcune ulteriori brevi note in tema di esdebitazione del fallito*, 7.1.2016, [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it).
- GUIOTTO, *Composizione delle crisi da sovraindebitamento*, *Fall.*, 2012, pp. 18 e ss.
- GUIOTTO, “*La continua evoluzione dei rimedi alle crisi da sovraindebitamento*”, *Fallimento* n. 11/2012, p. 1288.
- HÄSEMAYER, *Insolvenzrecht*, Köln - München, 2007.
- HILAIRE, *Introduction historique au droit commercial*, PUF, Paris, 1986.
- INGBERMAN, *Triggers and priority: an integrated model of bankruptcy law on overinvestment and underinvestment*, Washington U.L.Q., 1994, pp. 1341 ss.
- INZITARI, *Nuova disciplina degli accordi di ristrutturazione ex art. 182-bis l.fall.*, contributo n. 256/2011, [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it).
- JAEGER, NICOLA, *Il fallimento e le altre forme di tutela giurisdizionale*, Tratt. dir. civ., Grosso – Santoro Passarelli, Milano, 1964.
- JAEGER, PIER GIUSTO, «*Par condicio creditorum*», *Fall.*, 1984, pp. 56 ss.
- JEANTET, *L'accordo di ristrutturazione dei debiti e l privatizzazione dell'insolvenza*, nota a margine Trib. Bari 21.11.2005, *Giur. Comm.*, 2007, p. 207.
- JORIO, *I rapporti giuridici pendenti nel concordato preventivo*, Padova, 1973.
- JORIO – FORTUNATO (a cura di), *La riforma delle procedure concorsuali*, Milano, 2004.
- JORIO, *Il nuovo diritto fallimentare*, in *Comm. Jorio - Fabiani*, Bologna, 2010.
- JORIO, *Le soluzioni alternative al fallimento e la conservazione dell'impresa*, AA.VV., La riforma della legge fallimentare, a cura di Fortunato, Giannelli, Guerrera e Perrino, Milano, 2011.
- KRAAKMAN, in Kraakman, Armour, Davies, Enriques and Hansmann, *The anatomy of corporate law*, Oxford, 2009.
- LAMANNA, *La legge fallimentare dopo la miniriforma del D.L. n. 83/2015*, Milano, 2015.
- LAMANNA, *La miniriforma (anche) concorsuale secondo il decreto “contendibilità e soluzioni finanziarie” n. 83/2015 – Parte IV: le nuove figure di dell’“accordi di ristrutturazione con intermediari finanziari” e della “convenzione di moratoria”*, [www.ilfallimentarista.it](http://www.ilfallimentarista.it).
- LATTES, *Il diritto commerciale nella legislazione statutaria delle città italiane*, Milano, 1884.
- LAURENT, *Principes de droit par Laurent*, Bruxelles – Paris, 1893, Tome XVII.

LEOZAPPA, *Il sovraindebitamento del debitore fallibile, delle società professionali e degli enti pubblici*, Giur. Comm., 3, I, 2015, pp. 574 ss.

LIBONATI, *Corso di diritto commerciale*, Milano, 2009.

LO CASCIO, *Il progetto di legge delega per la riforma delle procedure concorsuali: prime riflessioni*, Fall., 2001, pp. 121 ss.

LO CASCIO, *Il concordato preventivo*, Milano, 2011.

LO CASCIO, *La procedura di composizione delle crisi da sovraindebitamento*, Fall. n. 9/2012, p. 1036.

LO CASCIO, *L'ennesima modifica della legge sulla composizione delle crisi da sovraindebitamento (L. 27 gennaio 2012, n. 3)*, Fall., n. 7/2013, pp. 813 ss.

LONGO, *Esecuzione forzata (diritto romano)*, Novissimo Dig. It., Torino 1960.

MAFFEI ALBERTI, *Commentario breve alla LEGGE FALLIMENTARE*, in Cian – Trabucchi, AA.VV., VI ed., Padova, 2013.

MANDRIOLI, *La Legge fallimentare. Commentario teorico-pratico* a cura di Ferro, Padova, 2011.

MARCUCCI, *La procedura di composizione negoziale della crisi da sovraindebitamento del consumatore tra esperienza nazionale e riflessioni comunitarie*, Quad. Giur. Comm., a cura di Bonfatti – Falcone, n. 372, 2014, pp. 293 ss.

MARIAGE, *Évolution historique de la législation commerciale. De l'Ordonnance de Colbert à nous jours 1673-1949*, Pedone, Paris, 1951.

MENESTRINA, *L'accessione nell'esecuzione*, Milano, 1962.

MICHELOTTI, *Osservazioni in tema di procedure di sovraindebitamento di cui alla legge n. 3/2012 e succ. mod ed integr.*, Fall., n. 11/2015, pp. 1224 ss.

MODICA, *Profili giuridici del sovraindebitamento*, Napoli, 2012.

MONTERO AROCA, *I principi politici del nuovo processo civile spagnolo*, ESI, 2002.

MORTARA, *Disposizioni generali sull'esecuzione forzata*, Comm. del codice e delle legge di procedura civile, vol. V, Milano.

NARDECCHIA, *Nota a Corte Cost. 30.11.2007, n. 411*, Fall., 8, pp. 152 ss.

NARDECCHIA, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti ed il procedimento per la dichiarazione di fallimento*, nota a Trib. Udine 22.6.2007, Fall., 2007, pp. 704 ss.

NEGRI, *Con la riforma dei fallimenti segnale d'allarme sulle crisi d'impresa*, "Il Sole 24 Ore", 15.7.2015.

- NIGRO - VATTERMOLI, *Diritto delle crisi delle imprese*, Bologna, 2009.
- NIGRO - VATTERMOLI, *Diritto della crisi delle imprese. Le procedure concorsuali*, II ed., Bologna, 2012.
- OLIVA, *Privatizzazione dell'insolvenza. Inquadramento giuridico delle operazioni di ristrutturazione*, Fall., 1999, pp. 825 ss.
- PACCHI, *Fallimento e altre procedure concorsuali*, Tratt. diretto da Fauceglia e Panzani, Torino 2009, vol. II.
- PACCHI, *Il sovraindebitamento. Il regime italiano*, Dir.Comm., I, 2012, p. 674.
- PACIELLO, "Prime riflessioni (inevitabilmente) critiche sulla composizione della crisi da sovraindebitamento", Riv. Dir. Comm., I, 2012, pp. 83 ss.
- PAJARDI, *Riflessioni e appunti sul progetto di legge fallimentare dell'ordine dei dottori Commercialisti*, Trib. Monza, 1973.
- PAJARDI, *Linee generali della bozza di legge delega per la riforma della legge fallimentare*, Corr. giur., 1985, pp. 1261 ss.
- PAJARDI, *Manuale di diritto fallimentare*, Milano, 1986, III ed.
- PAJARDI, *Il fallimento nel mondo*, Padova, 1988.
- PAJARDI, *Manuale di diritto fallimentare*, IV ed., Milano, 1993.
- PAJARDI – PALUCHOWSKI, *Manuale di diritto fallimentare*, VII ed., Milano, 2008.
- PALUCHOWSKI, *La valutazione giudiziaria dell'attività di risanamento: aspetti civilistici*, AA.VV., *Le procedure stragiudiziali per la composizione delle crisi di impresa*, a cura di Bonfatti - Falcone, Milano 1999.
- PALUCHOWKI, *Gli accordi di ristrutturazione del debito a cinque anni dalla loro introduzione: un appuntamento mancato?*, in atti Convegno, La crisi d'impresa e gli accordi di ristrutturazione del debito. Transazioni fiscali. Problematiche e verifiche giurisprudenziali, Trani, 12.6.2010, [www.ugcitrani.it](http://www.ugcitrani.it).
- PANZANI, *La gestione stragiudiziale dell'insolvenza*, Fall., 1997, pp. 553, ss.
- PANZANI, *La riforma delle procedure concorsuali: due soluzioni a confronto*, Fall., 2001, pp. 129 ss.
- PANZANI, *Fallimento*, Torino, 2002.
- PANZANI, *Composizione delle crisi da sovra indebitamento*, Nuovo diritto delle società, 2012, pp. 9 ss.

- PANZANI, *La composizione della crisi da sovraindebitamento dopo il D.L. 179/2012*, [www.treccani.it](http://www.treccani.it).
- PANZANI, *La nuova disciplina del sovraindebitamento dopo il d.l. 18 ottobre 2012, n. 179*, [www.ilfallimentarista.it](http://www.ilfallimentarista.it).
- PASQUARIELLO, *Il concordato in continuità*, Nuove leggi civ. comm., n. 5/2013, pp. 1131 ss.
- PATTI, *Crisi di impresa: definizioni stragiudiziali*, Fall., 2003, pp. 477 ss.
- PATTI, *Crisi d'impresa e ruolo del giudice*, Milano, 2009.
- PATTI, *Rapporti pendenti nel concordato preventivo riformato tra prosecuzione e scioglimento*, Fall., n. 3/0213, pp. 261 ss.
- PAZZAGLIA, *In tema di insolvenza*, Dir. Fall., 1949, II, p. 359.
- PECORELLA – GUALAZZINI, *Fallimento (storia)*, Enc. del Dir., Milano, 1967.
- PELLEGATTA, *Ristrutturazione del debitore risanamento delle imprese in crisi: verso un nuovo rapporto banca – impresa*, Bancaria, n. 1, 2011.
- PENATI - ZINGALES, *Efficiency and distribution in financial restructuring*, <http://faculty.chicagobooth.edu>.
- PETRUCCI, *Concordato stragiudiziale*, Enc. del Dir., Vol. VIII, 1961.
- PIEPOLI, *Sovraindebitamento e credito responsabile*, Banca Borsa Titoli di Credito, n. 1/2013, pp. 38 ss.
- PLANOIL – RIPERT, *Traité élémentaire de droit civil*, Libraire générale, Parigi, 1949.
- PRESTI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti, ovvero la sindrome del teleobiettivo*, AA.VV., *Le nuove procedure concorsuali. Dalla riforma “organica” al decreto “correttivo”*, a cura di Ambrosini, Bologna, 2006.
- PROVINCIALI, *Stato di Insolvenza*, in Studi in onore di Cicu, Milano, 1951.
- PROVINCIALI, *Manuale di diritto fallimentare*, Milano, V Ed., 1969, Vol. I.
- PROVINCIALI, *Trattato di diritto fallimentare*, Vol. IV, Milano, 1974.
- PUGLIESE, *Istituzioni di diritto romano*, Torino, 1991.
- PULGAR EZQUERRA, *La declaración del concurso de acreedores*, La ley, 2006.
- PULGAR EZQUERRA – GARCIA VILLAVERDE – ALONSO UREBA, *Derecho concorsual*, Dilex, 2003.
- RAGUSA MAGGIORE, *Riforme possibili e riforme ridicole*, Dir. Fall., 2000, I, pp. 1265 ss.

- RICCOBONO – BAVIERA, *Fontes iuris romani antejustiniani*, Firenze, 1941, I Vol.
- RISPOLI FARINA, *I rimedi alle crisi da sovraindebitamento: un assetto definitivo alla crisi del consumatore?*, Le procedure di composizione negoziale delle crisi e del sovraindebitamento, a cura di Bonfatti – Falcone, Milano, 2014.
- ROCCO, *Il fallimento*, Milano, 1962.
- RODANO – SERRA VELARDE – TARANTINO, *Bankruptcy law and bank financing*, Roma, giugno 2015, n. 1013, [www.bancaditalia.it](http://www.bancaditalia.it).
- RONDINONE, *Note critiche sul declino della lex concursus commerciale e sull'avvento del novus concursus civile*, Dir. Fall., 2014, I, pp. 149 ss.
- ROPPO, *Profili strutturali e funzionali dei contratti “di salvataggio” (o di ristrutturazione dei debiti d'impresa)*, Dir. Fall., I/2008, p. 375.
- ROSSI, ANTONIO, *Il presupposto soggettivo del fallimento*, Giur. Comm., 2006, I, p. 778
- ROSSI, GUIDO, *Crisi delle imprese: la soluzione stragiudiziale*, Riv. Soc., 1996, pp. 321 ss.
- ROTONDI, *Bonorum venditio*, Enc. Giur. Ita., Vol. II, parte I, Milano, 1911.
- ROUBINI – MIHM, *La crisi non è finita*, Feltrinelli, 2013.
- SACCHI, *Il principio di maggioranza nel concordato e nell'amministrazione controllata*, Milano, 1984, pp. 447 ss.
- SANDULLI, *La crisi dell'impresa. Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, Torino, 2009.
- SANTARELLI, *Per la storia del fallimento nelle legislazioni italiane dell'età intermedia*, Padova, 1964.
- SANTARELLI, *Mercanti e società fra mercanti*, Torino, 1998.
- SILVESTRINI, *I presupposti soggettivi del fallimento a seguito della riforma*, Fall., 2007, pp. 234 ss.
- SPADA, *Il Code de commerce 1807 e la costituzione economica*, in AA. VV., *Le matrici del diritto commerciale tra storia e tendenze evolutive*, atti del convegno di Como, 18-19 ottobre 2007, a cura di S. Rossi, C. Storti, Insubria University Press, Varese, 2009.
- SPADA, *Negozianti e imprenditori. 200 anni dal Code de commerce*, Milano, 2008.
- SPADA, *Diritto Commerciale*, Vol. I, *Parte generale, Storia, Lessico*, Istituti, II ed., Padova 2009.
- STANGHELLINI, LORENZO, *La crisi d'impresa tra diritto ed economia*, Bologna, 2007.

- STANGHELLINI, LORENZO, *Il concordato con continuità aziendale*, Fall., n. 10/2013, pp. 1222 ss.
- STANGHELLINI, TOMMASO, *Forme di interazione tra procedure concorsuali: l'utilizzo di finanza esterna concordataria nella procedura di sovraindebitamento*, 3 gennaio 2015, [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it).
- TARZIA, *La nuova tutela del debitore e dei finanziatori negli strumenti di prevenzione del fallimento*, Dir. Fall., 2010, pp. 546 ss., pp. 2111 ss.
- TABB, *The History of the Bankruptcy Laws in the United States*, American Bankruptcy Institute Law Review, Vol. III, Champaign, 1995.
- TERRANOVA, *Le procedure concorsuali. Problemi d'una riforma*, Milano, 2004.
- TERRANOVA, *Cosa resta del piccolo imprenditore*, Dir. Comm., 2010, I, p. 729.
- TERRANOVA, *Conflitti di interesse e giudizio di merito nelle soluzioni concordate delle crisi d'impresa*, AA.VV., *La riforma della legge fallimentare*, a cura di Fortunato, Giannelli, Guerrera e Perrino, Milano, 2011.
- TERRANOVA, *La composizione della crisi da sovraindebitamento: uno sguardo d'insieme*, in AA.VV., *Composizione delle crisi da sovraindebitamento*, Il Civilista, Milano, 2012.
- TERRANOVA, *Insolvenza, Stato di crisi, Sovraindebitamento*, Torino, 2013.
- TERRANOVA, *Le nuove forme di concordato*, Torino, 2013.
- TORRENTE – SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato*, XXII ed., Milano, 2015.
- VALENSISE, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti nella legge fallimentare*, Torino, 2012.
- VALENTE, *The London Approach (Le procedure di «concertazione della crisi» secondo le banche inglesi)*, Dir. Fall., 1998, I, p. 360.
- VAROTTI, *Appunti veloci sulla riforma fallimentare 2015 – Parte II. Breve commento all'art. 182 septies (nel testo definitivo a seguito della conversione in legge del Dl 83/2015)*, 9.9.2015, [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it).
- VECCHIONE, *l'impresa agricola tra attività strumentali, commerciali e strumenti di composizione della crisi*, Dir. Fall., n. 1/2014, II.
- VATTERMOLI, *Crediti subordinati e concorso tra creditori*, Quad. Giur. Comm., n. 360, 2012.
- VATTERMOLI, *La procedura di liquidazione del patrimonio del debitore alla luce del diritto «oggettivamente» concorsuale*, Dir. Fall., I, 2013, p. 772.
- VATTERMOLI, *Accordi di ristrutturazione con intermediari finanziari e convenzione di moratoria*, 6.7.2015, [www.giustiziacivile.com](http://www.giustiziacivile.com)

VELLA, *Il sistema concorsuale italiano ieri, oggi, domani(brevi note di fine anno)*, 31.12.2015, [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it).

VERDE, *Il sovraindebitamento*, Bari 2014, p. 145.

VIETTI - MAROTTA - DI MARZIO, *The Italian chance for restructuring*, Milano 2014.

VISCO, *Relazione Annuale per il 2014 del Governatore della Banca d'Italia*, centoventunesima Assemblea Ordinaria della Banca d'Italia, Roma, 26 maggio 2015, pp. 48 ss., [www.bancaditalia.it](http://www.bancaditalia.it).

VIVALDI, *Il caso Serafino Ferruzzi S.r.l.*, Fall., 1996, pp. 843 ss.

VIVANTE, *Trattato teorico pratico di diritto commerciale*, Vol. IV, Milano, 1902.

WESTBROOK, *Breaking away: local priorities and local assets*, Texas Int. Law Journal, 2011, pp. 601 ss.

ZANICHELLI, *La nuova disciplina del fallimento e le altre procedure concorsuali dopo il D.lgs 12.9.2007, n. 169*, Torino, 2007.

## **Giurisprudenza**

### **1. Giurisprudenza di legittimità**

Cass. 14.3.1978, n. 1274, Dir. Fall., II, 1978, pp. 376 ss.

Cass. 24.3.1983, n. 2055, Fall., 1986, pp. 928 ss.

Cass. 22.3.1984, n. 1918, Giur. Comm., II, 1984, p. 690

Cass. n. 5642/1984, richiamata in Maffei Alberti, *Commentario breve alla LEGGE FALLIMENTARE*, in Cian – Trabucchi, AA.VV., VI ed., Padova, 2013, p. 1061.

Cass. 21.11.1986, n. 6856, Giur. Fall., 1986, pp. 108 ss.

Cass. 21.11.1986, n. 6856, Foro Amm., 1987, p. 190.

Cass. n. 3229/1987, [www.dejure.it](http://www.dejure.it).

Cass. S.U. n. 3749/1989, [www.dejure.it](http://www.dejure.it).

Cass. 2.7.1990, n. 6769; Foro Amm., 1991, p. 47.

Cass. 7.11.1991, n. 11879, Giur. Comm., 1992, I, p. 1279.

Cass. n. 8097/1992, [www.dejure.it](http://www.dejure.it).

Cass. n. 9030/1995, [www.dejure.it](http://www.dejure.it).

Cass. n. 12405/1995, [www.dejure.it](http://www.dejure.it).

Cass. n. 968/1997, [www.dejure.it](http://www.dejure.it).

Cass. n. 7194/1997, [www.dejure.it](http://www.dejure.it).

Cass. n. 2538/1998, [www.dejure.it](http://www.dejure.it).

Cass. n. 1688/1999, [www.dejure.it](http://www.dejure.it).

Cass. n. 8160/2000, [www.dejure.it](http://www.dejure.it).

Cass. 11 gennaio 2001, n. 314, [www.dejure.it](http://www.dejure.it).

Cass. S.U. 13.3.2001, n. 115, Foro Amm., 2002, pp. 375 ss.

Cass. n. 9262/2002, [www.dejure.it](http://www.dejure.it).

Cass. n. 6170/2003, [www.dejure.it](http://www.dejure.it).

Cass. n. 6984/2003, [www.dejure.it](http://www.dejure.it).

Cass. 21.9.2004, n. 18927 Guida al dir., 2004, 49,65.

Cass. 4.3.2005 n. 4789, Guida al dir., 2005, 15,86.

Cass. n. 20291/2005, [www.dejure.it](http://www.dejure.it).

Cass. n. 3535/2006, [www.dejure.it](http://www.dejure.it).

Cass. n. 19141/2006, Foro It., 2007, I, con nota di Fabiani, p. 1531.

Cass. n. 578/2007, [www.dejure.it](http://www.dejure.it).

Cass. n. 26012/2007, [www.dejure.it](http://www.dejure.it).

Cass. 12126/2008, in Garofoli – Iannone, *Codice Civile e leggi complementari*, commentario annotato, diretto da Alpa – Garofoli, Roma, 2015, p. 1277.

Cass. n. 10548/2009, [www.dejure.it](http://www.dejure.it).

Cass. n. 21834/2009, Fall., 2009, pp. 1384 ss.

Cass. n. 7273/2010, [www.dejure.it](http://www.dejure.it).

Cass. n. 18437/2010, [www.dejure.it](http://www.dejure.it).

Cass. 6 ottobre 2010, n. 19484, [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it).

Cass. 23.6.2011, n. 13817, [www.dejure.it](http://www.dejure.it).

Cass. n. 17999/2011, [wwwil.caso.it](http://wwwil.caso.it).

Cass. 12 ottobre 2011, n. 22931, [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it).

Cass. 29 novembre 2011, n. 25212, [www.dejure.it](http://www.dejure.it).

Cass. 29863/2011 [www.dejure.it](http://www.dejure.it).

Cass. S.U. n. 1521/2013, [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it).

Cass. Penale 31.10.2013, n. 44283, [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it).

Cass. Ordinanza n. 3163/2014, [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it).

Cass. 30.4.2014, n. 9541, [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it).

Cass. SS. UU., 16.2.2015, n. 2950, [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it).

Cass. 653/2016, con nota di Benassi, [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it).

Cass. n. 1869/2016, [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it).

## **Giurisprudenza di merito**

App. Milano 2.3.2001, Banca borsa e tit. cred., 2002, p. 552.

App. Genova 28.4.2004, Dir. Fall., 2005, II, pp. 99 ss.

App. Milano 12.10.2006; Fall. 2007, p. 32.

App. Torino 23.4.2010, [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it).

App. Brescia 13.9.2013, [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it).

App. Venezia 23.12.2013, [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it).

App. Bologna 10.1.2014, ined.

App. Venezia 26.11.2014, [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it).

App. Roma 15.12.2014, [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it).

Trib. Monza 21.4.1978, Giur. Comm., 1980/II, p. 143.

Trib. Milano 20.4.1989, Fall., 1989, pp. 954 ss.

Pret. Verona 14.11.1990, Foro It., I, 1992, p. 576.

Trib. Milano 7 novembre 2005, Fall., 2006, p. 51.

Trib. Palermo 17.2.2006, Fall., 2007, p. 32.

Trib. Roma 16.10.2006, [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it).

Trib. Milano 11.1.2007, [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it).

Trib. Milano 23.1.2007, [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it).

Trib. Roma 5.9.2008, Foro It., 2009, 1, I, c. 266.

Trib. Torino 14.11.2008, Giur. It., 2009, 10, p. 2237.

Trib. Milano 4.12.2008, [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it).

Trib. Roma, 16.12.2008, [www.dejure.it](http://www.dejure.it).

Trib. Modena 16.10.2009, Fall., 2010, p. 121.

Trib. Roma 16.12.2009, [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it).

Trib. Monza 7.4.2009, [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it).

Trib. Roma 21.4.2010, Fall. 2010, p. 1300.

Trib. Terni 13.6.2011, [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it).

Trib. Bergamo 21.11.2011, Fall., 2012, p. 586.

Trib. Monza 2.4.2014, [www.dejure.it](http://www.dejure.it).

Trib. Cremona 17.4.2014, nota di Sieff, [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it).

Trib. Vicenza 8 .7.2013, [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it).

Trib. Monza 2.10.2013, [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it).

Trib. Como 22.10.2013, [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it).

Trib. Pistoia 27.12.2013, con nota di Marcucci, [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it).

Trib. Lecce 24.1.2014, ined.

Trib. Marsala, 5.2.2014, [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it).

Trib. Vicenza, 29.4.2014, con nota di Limitone, [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it).

Trib. Verona 6.5.2014, [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it).

Trib. Santa Maria Capua Vetere, 14.5.2014, [www.dejure.it](http://www.dejure.it).

Trib. Firenze 10.6.2014, [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it).

Trib. Bari 3.7.2014, [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it).

Trib. Pistoia, 8.7.2014, [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it).

Trib. Milano 11.9. 2014, [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it).

Trib. Rimini 8.10.2014, [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it).

Trib. Pistoia 19.11.2014, [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it).

Trib. Pordenone 27.11.2014, [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it).

Trib. Bergamo 12.12.2014, [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it).

Trib. Ravenna 17.12.2014, [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it).

Trib. Bergamo 31.3.2015, [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it).

Trib. Verona 8.5.2015 [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it).

Trib. Milano 16.5.2015, [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it).

Trib. Treviso 20.5.2015, con nota di Benassi, [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it).

Trib. Rimini 18.5.2015, con nota di Mancini, [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it).

Trib. Verona, 31.8.2015, con nota di Finardi, [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it).

Trib. Prato, 23.9.2015, [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it).

Trib. Milano, 13.10.2015, [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it).

Trib. Pistoia 29.10.2015, [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it).

Trib. Rovigo 24.11.2015, [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it).