



**PROTEZIONE SOCIALE ITALIANA**  
ORGANISMI DI COMPOSIZIONE DELLA CRISI

**BERGAMO, 21 MAGGIO 2019**

---

**IL SOVRAINDEBITAMENTO  
NEL CODICE DELLA CRISI  
E DELL'INSOLVENZA**

---

**Coordinatrice dei lavori**

**Dott. Laura De Simone**

Presidente Sez. Fall. Tribunale di Bergamo

**ATTI DEL CONVEGNO**

# SOMMARIO

---

## **prof avv. Mariacarla Giorgetti**

Ordinario di procedura civile Università degli Studi di Bergamo

*I PROFILI GENERALI: DALLA L.3/2012 AL “CODICE DELLA CRISI E DELL’INSOLVENZA”.*

*COSA CAMBIA E COSA RESTA:*

• Il nuovo impianto codicistico • L’ambito applicativo e i rapporti fra le procedure • Presupposti soggettivi e oggettivi • Il ruolo degli OCC .....pag. 03

## **avv. Piera Pellegrinelli**

Assegnista di ricerca Università degli Studi di Bergamo

*LA NOZIONE DI MERITEVOLEZZA* .....pag. 07

## **avv. Sergio Nadin**

Assegnista di ricerca Università degli Studi di Bergamo

*IL SOVRAINDEBITAMENTO E LA NOZIONE DI MERITEVOLEZZA* .....pag. 10

## **dott. Alessio D’Oca**

Commercialista e Referente OCC Protezione Sociale Italiana

*IL FUNZIONAMENTO DEGLI ORGANISMI DI COMPOSIZIONE DELLA CRISI* .....pag. 13

## **dott. Salvo Leuzzi**

Magistrato Ufficio del Massimario della Corte di Cassazione

*LA RISTRUTTURAZIONE DEI DEBITI DEL CONSUMATORE:*

• Il contenuto del piano: in particolare la par condicio e il mutuo per l’abitazione principale • I presupposti specifici • Il procedimento di ammissione • L’inibitoria dei procedimenti esecutivi e le altre misure protettive • Il vaglio di meritevolezza • Il procedimento di omologazione • Esecuzione del piano e altre vicende della procedura di ristrutturazione .....pag. 18

## **dott. Simonetta Bruno**

Presidente Sezione Fallimentare Tribunale di Brescia

*DALL’ACCORDO DI COMPOSIZIONE DELLA CRISI AL “CONCORDATO MINORE”:*

• I legittimati • Il contenuto della proposta • Il classamento e la moratoria • Ricorso, documentazione e relazione dell’O.C.C. • Gli effetti del deposito • Il vaglio di ammissibilità e il decreto di apertura della procedura • Il voto dei creditori • Le modifiche della proposta • Il procedimento e gli effetti dell’omologa • L’esecuzione e il rendiconto • Le patologie del concordato minore: la risoluzione, la revoca, la conversione in procedura liquidatoria .....pag. 29

## **dott. Sergio Rossetti**

Giudice del Tribunale di Milano

*LA LIQUIDAZIONE CONTROLLATA:*

• I presupposti oggettivi e soggettivi • Le ipotesi complesse: il sovraindebitamento del socio in estensione e l’accesso del socio in proprio • Il sovraindebitamento "familiare" • L’apertura della procedura su domanda del debitore: le situazioni controverse • L’apertura della procedura per conversione • I rapporti con le esecuzioni forzate individuali • Il regime giuridico degli atti pregiudizievoli e dei rapporti pendenti • L’accertamento del passivo, la liquidazione dell’attivo e il riparto del ricavato • L’esdebitazione .....pag. 38

## **dott. Roberto Fontana**

Sostituto Procuratore della Repubblica nel Tribunale di Milano

*I PROFILI PENALI DEL SOVRAINDEBITAMENTO:*

• I reati del debitore sovra indebitato • I reati del componente dell’Organismo di composizione della crisi .....pag. 46

*I PROFILI GENERALI: DALLA L.3/2012 AL “CODICE DELLA CRISI E DELL’INSOLVENZA”: COSA CAMBIA E COSA RESTA.*

Gli istituti di sovraindebitamento sono risalenti nel tempo, avendo fatto ingresso nello scenario del nostro sistema di gestione della crisi dei debiti e della difficoltà finanziaria fin dal 2012. Purtroppo, non hanno trovato sovente fortuna.

Nell'analisi che è stata condotta circa le motivazioni per le quali queste procedure non siano riuscite a trovare nella prassi quel giusto spazio di collocazione, che invece è ben occupato in altri ordinamenti, erano da subito emerse una serie di criticità. Criticità che sono alla base dell'intervento della legge delega n. 155/2017.

Io credo che per comprendere come queste procedure siano state rivisitate nel sistema del Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza e per consentire a noi operatori del nuovo sovraindebitamento di capire come farle funzionare, il modo migliore sia proprio questo, sottolineare quali erano queste criticità e come il legislatore si è proposto di superarle.

Senza dubbio un primo tema importante che influenzava l'operato dei gestori era come raccordare la debitoria dei soci illimitatamente responsabili; e quindi come ragguagliare i debiti della famiglia. Questo in un quadro - come spesso accade soprattutto nel nostro territorio - che vede la presenza di società a significativa gestione familiare, anche di rilevanti dimensioni, dove il sistema delle garanzie fideiussorie incrociate direi è l'abitudine.

Questo è stato un primo ambito su cui il Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza interviene. Ancora, una maggior separazione tra la procedura che porta alla continuazione dell'attività e la procedura liquidatoria perché questo è stato nella prassi un altro significativo problema.

In molte esperienze, anche professionali di chi vi parla, la liquidazione richiesta come prima procedura era sempre vista di cattivo occhio perché si diceva "ci deve essere per forza e necessariamente un tentativo di ristrutturazione". Anche questo tema è superato nel Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza.

Desidero richiamare la Vostra attenzione sulla nitida distinzione che emerge tra il debitore meritevole e il debitore che invece si è indebitato con colpa. Da qui ancora una maggiore attenzione anche a chi ha già contratto finanziamenti e, tra questi, i finanziamenti garantiti con la famosa cessione del quinto. Cessione che, come vedremo nelle successive relazioni, può essere rimessa in gioco.

Ancora si introduce la possibilità di utilizzare misure protettive simili a quelle previste dal concordato preventivo e che vanno a significare una importante scelta di campo di queste procedure che, non a caso, perdono una loro collocazione separata ed entrano a pieno titolo nella sistematica di una nuova legge organica, per l'appunto un Codice, dedicata per intero a che cosa? Alla gestione delle situazioni di crisi.

Ecco, io credo che se dovessi dire qual è la novità più importante, oltre a quelle che vi ho descritto e all'importante recupero del ruolo del giudice e, soprattutto, del pubblico ministero che diventa colui che nel ricorrere di ben determinati presupposti ha anche il potere di chiedere la conversione in misure liquidatorie delle procedure di riviste; quello che si coglie come primo vero momento qualificatorio è una collocazione netta di queste procedure accanto a quelle che possiamo chiamare concorsuali più classiche.

Personalmente mi sono a lungo interrogata sul perché di questa scelta, ben consapevole che questo è un punto su cui la nostra prassi curiale ondeggia e su cui gli stessi tribunali hanno scelto anche ripartizioni tabellari diverse per cui talvolta queste procedure in alcuni tribunali venivano più raccordate alla materia dell'esecuzione. Ecco, io credo che questa scelta del legislatore vada riguardata nell'ottica della ricerca di quali siano effettivamente i diritti soggettivi da tutelare con queste procedure perché questo è quello che noi ci dobbiamo chiedere. E quindi io credo che la novità più importante sia quella che qui tornano in gioco, in uno scenario rivisitato di diversa collocazione degli equilibri, due punti importanti:

1. il primo è la tutela dei creditori;
2. il secondo è che la tutela dei creditori avviene sotto il governo importante del momento giudiziale.

Se così noi ricostruiamo il vero significato della scelta del legislatore, ci accorgiamo subito che diviene molto più facile comprendere come le novità che ho accennato vengono ad essere declinate.

Abbiamo quindi una nozione finalmente colorata anche a livello di legge positiva di sovraindebitamento, ma soprattutto sotto il versante soggettivo abbiamo un significativo accostamento di tutti i soggetti che sono coinvolti in queste procedure.

E li ricordo per comprendere come sia cambiato l'assetto della procedura di sovraindebitamento, anzi delle procedure di sovraindebitamento, perché vediamo tra loro affiancati: i consumatori, i professionisti, i nuovi imprenditori minori, sempre definiti nella sistematica del Codice, gli imprenditori agricoli, le start up innovative e ogni altro debitore non assoggettabile alla liquidazione giudiziale.

Ecco, io credo che la procedura di sovraindebitamento, anzi di nuovo l'insieme della tutela del sovraindebitamento venga a colorarsi come un proprium autonomo che si giustappone a quello che siamo stati più abituati a considerare l'ambito del fallimento che diventa oggi l'ambito delle leggi concorsuali.

Esiste quindi, questa è la consapevolezza più grande che oggi va acquisita, un nuovo nucleo di procedure tutte dedicate alla gestione della debitoria di questi soggetti che ho sopra indicato. Allora l'approccio, secondo me, diventa come utilizzare al meglio queste procedure ben consapevoli che il novero dei soggetti che possono ritenersi interessati è amplissimo, molto più ampio del solo imprenditore con cui noi fino ad oggi ci siamo confrontati, allorché si discorre-

-va di fallimento o di concordato preventivo.

In questa chiave mi accingo quindi a dettagliare, sempre al solo fine di introdurre all'attenzione di chi mi ascolta, alcune di queste significative novità.

Ho detto delle procedure familiari. Noi tutti ci siamo confrontati con il caso di un familiare che ha garantito il debito di altro familiare e qui i problemi ascendono quando questo sistema di garanzie della famiglia si trova magari a doversi confrontare con debitori che risiedono poi in diversi distretti di tribunale quindi con problema di coordinamento dei vari OCC.

Ritengo che proprio l'aver preso consapevolezza di questa problematica stia alla base della scelta del legislatore che consente un raccordo di queste competenze.

Ancora sempre a modo di introduzione richiamo la vostra attenzione sulla nuova procedura a disposizione del consumatore che appunto spinge quest'ultimo a ristrutturare i propri debiti, mettendo anche in gioco i pregressi finanziamenti ottenuti.

Anche qui porto la mia esperienza professionale. Molto spesso questi consumatori passano da un finanziamento all'altro e quindi ciò che più grava sul piano e che rende assai difficile effettivamente la presentazione di un piano sostenibile era proprio l'impossibilità di far ridiscutere anche le garanzie date al tempo in cui quei finanziamenti erano stati concessi.

Si ampliano i soggetti, mutano i punti di equilibrio, muta completamente anche il ruolo dell'OCC. L'OCC di riferimento diviene l'OCC costituito nel circondario del tribunale ove il debitore ha il centro degli interessi principali. La novità è fondamentale. Si supera, e questa è la norma stessa che vale anche per tutta la sistematica della liquidazione giudiziale, quel dualismo che spesso ha anche creato assai dibattute questioni di competenza tra la sede legale, la sede effettiva, il centro degli interessi dell'impresa.

Si supera questo e si supera anche il tema della doppia via, quindi torna di nuovo l'idea che l'unica modalità di presentazione della domanda è attraverso l'OCC. Ritengo che questa scelta del legislatore debba imporre a tutti noi una prospettiva di massima serietà, impegno e soprattutto una prospettiva di analisi assai approfondita delle caratteristiche del debitore (sia esso persona fisica o persona giuridica) che si accinge ad avvicinarsi ad una procedura di sovraindebitamento.

L'OCC deve agire con il massimo rigore e soprattutto andare ad acquisire con tempestività e innovativa chiarezza, determinazione, approfondimento tutto ciò che attiene alla debitoria tributaria. Perché anche questo è esperienza di chi vi parla: il più delle volte accanto a debiti derivanti da finanziamenti ci sono i debiti tributari, quelli che si sono trascinati di più nel tempo e che necessitano di una attenta meditazione e di varie rinegoziazioni. Ma soprattutto lo dico sempre il debito (qualsiasi debito) si può rinegoziare se si comprende come si estende. E di nuovo qui torno a dire quello che forse non ha consentito lo sviluppo di queste procedure: a mio parere è stata proprio l'idea che bastasse rivolgere qualche domanda al debitore perché si avesse chiarezza di quella debitoria. No, non è così perché soprattutto quando io mi

riferisco a persone fisiche e anche a persone fisiche in assoluta buona fede, già il ricostruire il tipo di garanzie prestate, l'estensione dei propri debiti tributari, le fidejussioni rilasciate magari a un familiare, piuttosto che a un altro denota una affannosità, e quindi giusta la prospettiva della norma che pone in capo all'OCC un potere autonomo di ricerca e di verifica.

L'abbiamo sentito e sarà sviluppato nel pomeriggio odierno, al mutamento importante di nomenclatura si accompagna anche questo mutamento a cui ho cercato di dare descrizione del progressivo avvicinamento di queste procedure a procedure che gestiscono la debitoria. È significativo il fatto che accanto alla procedura del consumatore l'altra procedura che viene ad essere destinata ad essere procedura dominante è proprio il concordato minore.

Mi avvio quindi a una riflessione conclusiva che va a significarsi sul ruolo del Pubblico Ministero e dei creditori.

Ritengo che fondatamente la norma più importante su cui noi tutti dobbiamo riflettere è l'articolo 74 comma 6 del Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza. Perché in sostanza questa norma consente di giungere alla conversione delle due procedure di cui ho detto dianzi in procedura liquidatoria dell'intero patrimonio del debitore in caso di frode.

Mi pare, e questo è secondo me il vero punto importante e ovviamente io voglio solamente introdurre la problematica, che l'aver consentito il governo finale nella scelta alternativa tra continuità e liquidazione a soggetti assai titolati qual è il Pubblico Ministero o a soggetti con altissimo motivo di essere controinteressati quali sono i creditori, voglia veramente porre l'accento su un distinguo di trattamento che questi debitori devono avere e che noi dobbiamo affermare con nitidezza e senza paura perché le procedure sono procedure facilitative della gestione della debitoria e ritengo più che giusto che questa facilitazione venga riconosciuta nel momento in cui è meritata. Allora io sono qui a dirvi che l'approfondimento che deve essere fatto in sede di OCC diventa ancor più significativo e ovviamente l'auspicio non può che essere che anche i gestori stessi si avvicinino a queste procedure con nuovo impegno, ma anche gli avvocati (consulenti dei debitori) significhino fin da subito la scelta di campo che è accedere a una procedura di sovraindebitamento andrà a comportare sempre di più.

Quindi io ritengo che sia questa la vera nuova lettura che noi dobbiamo dare al sovraindebitamento di una procedura certamente con significativo impatto sociale. Sono io qui la prima a ribadirne l'importanza, ma comunque sempre significando che è una procedura e che vuole assicurare ai vari interessi in gioco una giusta tutela. Giusta tutela che quindi merita senza dubbio il creditore, ma che merita senza dubbio anche il debitore. Ed è questa, secondo me, la sfida nuova che io voglio lanciare con questo mio intervento e quindi invitare tutti a riflettere e oggi pomeriggio a dibattere.

## *LA NOZIONE DI MERITEVOLEZZA*

Come a tutti noi noto, per poter accedere ai benefici della legge sul sovraindebitamento è necessario anche superare positivamente un giudizio di meritevolezza. Come cambia il contenuto di questo giudizio nell'ambito del nuovo Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza?

Per rispondere a questo interrogativo mi è parso opportuno brevemente ripercorrere quello che è il contenuto odierno della legge 3/2012 che noi oggi applichiamo. Come noto, con riguardo all'accordo di composizione della crisi, la valutazione che l'autorità giudiziaria compie relativamente alla meritevolezza del debitore, poggia sugli atti di disposizione che sono stati compiuti dal debitore negli ultimi cinque anni. In base a questi atti l'autorità giudiziaria valuta se il debitore ha posto in essere iniziative o atti in frode ai creditori stessi.

Non vi è nessun altro sindacato di meritevolezza o di diligenza e come tutti ben sappiamo il giudizio sulla valutazione economica è rimesso ai creditori che lo esprimono attraverso il voto, tanto che nell'ambito dell'accordo di composizione della crisi non è prevista la relazione particolareggiata dell'OCC.

Discorso diverso vale con riguardo al piano del consumatore. Qui sicuramente il sindacato relativo alla meritevolezza del consumatore è molto più incisivo, tanto che è stata coniata l'espressione significativa di "giudizio di meritevolezza rafforzato". È un giudizio che poggia su una relazione oltremodo particolareggiata dell'OCC, il quale va a scandagliare tutta la situazione di sovraindebitamento indicandoci: le cause, la diligenza che ha impiegato il consumatore nell'assumere le obbligazioni, le ragioni dell'incapacità di adempiere a tali obbligazioni, il resoconto sulla solvibilità negli ultimi 5 anni, l'esistenza di eventuali atti del debitore impugnati dai creditori e da ultimo la completezza e l'attendibilità della documentazione allegata alla proposta con un giudizio sulla probabile convenienza del piano rispetto ad un'alternativa liquidatoria.

Bene, tutto questo materiale consente all'autorità giudiziaria di verificare anche la diligenza del consumatore. In effetti l'autorità giudiziaria deve poter escludere che il debitore abbia assunto obbligazioni senza la ragionevole prospettiva di poterle adempiere. In altre parole, in base a un giudizio prognostico, l'autorità giudiziaria ci deve dire se il consumatore, nel momento in cui contraeva i debiti, era in grado in base alla propria situazione economica e patrimoniale prospettivamente di farvi fronte.

Inoltre, l'autorità giudiziaria deve escludere che il consumatore abbia colposamente determinato il sovraindebitamento, anche per mezzo di un ricorso al credito non proporzionato alle proprie capacità patrimoniali. Deve cioè escludere qualsiasi tipo di colpa. La colpa intesa in senso generico, che si sostanzia nella negligenza, nell'imprudenza e nell'imperizia, ma anche

la colpa in senso specifico, quindi l'inosservanza di leggi, di regolamenti, di ordine o di disciplina.

Il giudizio di meritevolezza, con riferimento al piano del consumatore, è veramente rigido e ha fatto molto discutere. Perché? Perché di fatto porta ad escludere dal piano qualsiasi fattispecie, fuorché quelle derivanti da fatti sopravvenuti, imprevedibili. Penso ad esempio alle malattie, alla perdita di un posto di lavoro, a un mutamento significativo di una situazione familiare. Tale scelta è stata dai più giustificata proprio perché manca nel piano del consumatore il voto dei creditori. Quindi si è detto: mancando il voto dei creditori c'è una compressione dei loro diritti (dei diritti appunto dei creditori) e quindi l'autorità giudiziaria deve avere un potere più rigoroso, un potere più incisivo.

Questo di fatto cosa ha comportato per le procedure attuali? Ha reso sicuramente difficile l'accesso a queste procedure, le ha rese poco usufruibili, non hanno avuto quel riscontro applicativo che forse avrebbero meritato di avere, anche perché spesso questo giudizio di meritevolezza si è tradotto in un giudizio morale sull'onestà, sulla probità del debitore, rendendo così incerto l'esito del ricorso.

La stessa giurisprudenza, quando si è trovata a fare i conti con la nozione di meritevolezza, si è mostrata poco consumer-oriented, nel senso che ha considerato la semplice accumulazione di prestiti, senza che vi fosse un intento fraudolento o abusivo, un elemento ostativo all'accesso alle procedure.

Cosa cambia con il Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza? Come cambia questo giudizio di meritevolezza?

Sicuramente si registra un deciso cambio di passo già con la legge delega 155/2017 che poi ha portato all'attuale Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza.

Premetto che quando la Commissione Rordof si è trovata a discutere del contenuto da dare al giudizio di meritevolezza c'è stata molta animosità. Ci sono stati due filoni di pensiero: da un lato, coloro che ritenevano corretto adottare un regime severo per evitare abusi dell'istituto; dall'altro lato, invece coloro che richiedevano requisiti meno stringenti proprio alla luce di questa totale disapplicazione delle procedure, ma anche evidenziando sia l'eterogeneità dei soggetti che vi possono accedere sia delle situazioni che danno origine al sovraindebitamento. E da ultimo, evidenziavano la necessità di garantire davvero una nuova opportunità a questi soggetti.

È prevalsa questa seconda opinione, quindi ci troviamo di fronte a un giudizio di meritevolezza che ha un contenuto completamente diverso rispetto a quello della legge odierna.

Rimane sempre un requisito essenziale che l'istante deve possedere. E come è stato declinato? È stato declinato in modo negativo nel senso che non possono accedere al sovraindebitamento coloro che sono già stati sdebitati nei 5 anni precedenti e che hanno già beneficiato dell'esdebitazione per ben due volte. Queste sono le due caratteristiche comuni, sia al nuovo concordato

to minore sia alla ristrutturazione dei debiti del consumatore.

In più, per quanto riguarda la ristrutturazione dei debiti, il consumatore non deve aver determinato il sovraindebitamento con colpa grave, malafede o frode, e per il concordato minore non deve aver commesso atti diretti a frodare le ragioni dei creditori.

La vera novità, e mi accingo a chiudere la mia breve relazione, è l'introduzione finalmente della valutazione della condotta tenuta dagli istituti di credito nella concessione dei finanziamenti.

La giurisprudenza si era confrontata con questa tematica con scarso successo perché la norma odierna nulla ci dice. Il legislatore delegato ed il Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza, con una disposizione uguale nei tre strumenti del sovraindebitamento, prevedono che l'OCC deve assolutamente verificare se il soggetto finanziatore, ai fini della concessione del finanziamento, ha tenuto conto del merito creditizio del debitore, che è valutato in base al suo reddito disponibile, dedotto l'importo necessario a mantenere un dignitoso tenore di vita.

È prevista una sanzione per i soggetti finanziatori che non valutano il merito creditizio, i quali non possono presentare opposizione o reclami in sede di omologa, anche se dissenzienti, né possono far valere cause d'inammissibilità che non derivano da comportamenti dolosi del debitore.

Qualcuno ha evidenziato che la sanzione ha un carattere esiguo, sicuramente però rappresenta un primo condivisibile (anche simbolico) input nel segno proprio di un'indispensabile responsabilizzazione di tutti gli attori coinvolti nella vicenda e quindi anche del ceto creditore.

Per come si presenta sulla carta questo criterio di meritevolezza è sicuramente formulato in una chiara ottica pro-debitore, volta a favorire un maggior utilizzo di questi strumenti di sovraindebitamento.

## *SOVRAINDEBITAMENTO E NOZIONE DI MERITEVOLEZZA*

Io volevo portarvi forse un po' di quella che è stata la mia esperienza come collaboratore all'interno della segreteria amministrativa dell'OCC, dell'Ordine dei commercialisti, ecco, di Milano con cui ho la fortuna di collaborare insieme a quello che era ed è stato il nostro referente il dottor Biagio Meli nell'elaborazione della costruzione di quello che è un procedimento. Il procedimento che porta il sovraindebitato al tribunale. Perché effettivamente la legge dice che per arrivare al tribunale il debitore deve passare per l'organismo di composizione della crisi ma nulla dice come questo organismo debba organizzarsi. Allora è necessario instaurare un vero e proprio procedimento, un regolamento, un modo di fare in modo tale che appunto si possa realizzare questo risultato. Risultato che non è assolutamente semplice. Perché? Perché è il primo approccio che un organismo istituzionale come può essere l'OCC che è molto vicino al tribunale perché come abbiamo sentito finora ha delle funzioni che effettivamente danno modo al tribunale di operare nel senso di legge, ma che deve approcciarsi con un soggetto molto particolare in determinati casi che è la persona fisica. Perché dico "molto particolare"? Perché come sappiamo l'idea base di questo procedimento è utilizzare gli strumenti (passatemi il termine "concorsuali") perché quello è di gestire in massa una debitoria pesante però nei confronti di quella che potrebbe essere (generalmente è) una persona fisica. Cioè un individuo che non ha gli strumenti di un'impresa commerciale per la tenuta di contabilità e bilanci e di conseguenza bisogna approcciarsi con lui in modo del tutto diverso rispetto a un'impresa commerciale però bisogna comunque far tirar fuori dei numeri perché poi in tribunale bisogna portare dei numeri.

E io ho partecipato a diversi corsi di formazione per quanto riguarda soprattutto appunto la redazione per esempio di concordati e quindi operazioni di ristrutturazione, di risanamento, di aziende ed effettivamente delle cose possono essere portate e delle altre no. Per esempio, una delle cose che gli aziendalisti insegnano è quella di vulcanizzare, no, cioè di riempire il buco che ha creato la perdita di marginalità, no? Quindi arriva un'azienda, la prima cosa che si cerca di capire è come mai non produce più reddito. Eh, però... vallo a far capire, vallo a cercare in una persona fisica che cosa è successo? Perché non produce più reddito? E allora vengono fuori tutta una serie di questioni, di storie umane, no, e approcciarsi con queste questioni è molto è più difficile rispetto a quello che è un'azienda.

Una ricerca di stampo prettamente psicologico per l'ordine dei commercialisti di Roma di qualche anno fa, individuava diversi tipi di... ecco, forse questa cosa non se ne parla mai però anche capire, cercare di classificare i diversi tipi di sovraindebitamento. Perché c'è un sovraindebitamento attivo, cioè quello del debitore che spera sempre di poter adempiere all'obbliga-

zione quindi si indebita, colpevolmente o non colpevolmente, ma lui è ottimista fondamentalemente. Quindi crede di poter adempiere ma in verità si sovraindebita. O quello passivo per esempio, ecco, è legato a fattori esterni che il soggetto subisce. Il soggetto a un certo punto arriva a un evento che si trova nel mezzo di una vita e si trova indebitato. Oppure il differito, perché ci possono essere dei sovraindebitati che dicono "io stavo benissimo perché" non so "il nonno mi manteneva con la pensione, il nonno non c'è più e mi trovo sovraindebitato".

Quindi solo per dirvi che ci sono diverse situazioni che generano una situazione di crisi e ha diverse situazioni dipendono diversi approcci.

È un procedimento che abbiamo elaborato, è un procedimento che cambia ogni tre mesi. Perché? Perché ogni volta è una storia diversa, ogni volta apprendiamo qualcosa di nuovo.

Molto fa il rapporto con i professionisti. I professionisti che accompagnano il debitore sono fondamentali perché oltre ad aiutarlo a recuperare tutta una serie di documentazione essenziale per poter costruire un piano di sovraindebitamento, ci aiutano a raccontare la storia di un individuo.

Abbiamo avuto di recente un professionista che ci portava un ludopatico. Allora lì il problema... eh il ludopatico può essere sovraindebitato? È meritevole? Sì, no, sì perché? Perché è chiaro che è una patologia, la legge ne parla come una patologia. L'assistenza sanitaria nazionale la passa come patologia però, sì, con il piano del consumatore stiamo chiedendo a livello giuridico, stiamo chiedendo ai suoi creditori di sacrificare un pezzo del loro diritto perché lui era ludopatico. Il creditore dice "sì, però quando il contratto l'ha fatto con me era sanissimo se poi va a giocare tutto al casinò che colpa ne ho io?". E ha ragione da vendere, a livello etico non ha tutti i torti.

Quindi ecco entra in gioco anche il problema /13:29/non chiaro/ cioè dell'amministrazione del sostegno all'interno del sovraindebitamento, quindi altri problemi che si generano.

Fattori di vario tipo chiaramente causano il sovraindebitamento. Se può aiutarvi, ecco, non so le ragazze in sala, una ricerca dice che il sovraindebitato più comune è maschio e over 40. Quindi non so se può sollevare qualcuno.

Sulla meritevolezza... La meritevolezza è un concetto molto difficile, come ci ha spiegato la professoressa, da afferrare. La cassazione per quanto riguarda il concordato lo definisce un fossile normativo, e per quanto riguarda il sovraindebitamento evidentemente non è così. È un concetto in grado di potersi adattare ad ogni situazione. È chiara qual è la problematica, la problematica che una legge come questa, pensata per evitare l'autolesione, il suicidio, no, per evitare che il creditore che urla più forte è quello che ha la meglio, deve trovare un limite nel fatto che se non altro la persona fisica (il debitore sovraindebitato) ha fatto di tutto per evitare un delitto. Quindi si chiede un sacrificio ma lo si chiede nel momento in cui questo sacrificio è effettivamente inevitabile.

Vediamo se posso... scusatemi, ho preso due appunti giusto per...

Sì, no, ecco, mi volevo riagganciare anche questo che è molto importante effettivamente è una piccola svolta cioè che nel codice della crisi meritevolezza “sì” ma anche per i creditori. Quindi, attenzione, non basta più che il debitore sia stato litigioso a tutta una serie di doveri di legge e sociali, ma anche i creditori abbiano cooperato nel non creare una situazione di particolare crisi. E la cosa interessante è che a mio modo di vedere questa novità sia prevista anche per il concordato minore. È prevista anche per il concordato minore, quindi anche in quel caso nonostante il sacrificio che si chiede ai creditori sia di tipo diverso perché comunque perlomeno qui c'è una votazione, se non altro anche qui si crea una sorta di limite. Quindi l'idea è proprio della cooperazione. Si va nel senso di una cooperazione. Una cooperazione tra creditore e debitore. Una Cooperazione tra OCC e professionisti che devono aiutare appunto un organismo di questo tipo a far venir fuori le problematiche che sono sottese a un sovraindebitamento, e quindi ecco questo era un po' il punto.

Niente. Io ringrazio. Era questo che volevo dire. Grazie.

**dott. Alessio D'Oca**

## ***IL FUNZIONAMENTO OPERATIVO DEGLI ORGANISMI DI COMPOSIZIONE DELLA CRISI***

Approfitto di questo bellissimo evento per condividere con voi, dal punto di vista pratico, la gestione degli OCC e soprattutto evidenziarvi le difficoltà e le criticità che abbiamo avuto in questi anni nel gestire praticamente questi organismi.

Abbiamo aperto diversi OCC in tutta Italia e questo ci ha dato l'occasione di poterci confrontare con i diversi Tribunali in tutta Italia. Da alcuni tribunali abbiamo appreso anche istruzioni operative validissime che abbiamo fatto nostre e che oggi, ci stanno aiutando a raggiungere risultati straordinari.

Oggi, in attesa che si producano gli effetti della riforma della legge sulla crisi ovvero del decreto legislativo 14 del 2019 in attuazione della 155, di fatto per gli attuali procedimenti vige ancora la legge 3 che in qualche maniera ha introdotto queste nuove figure, questi organismi di composizione della crisi, che prima nessuno conosceva. Non sapevamo ancora come dovessero operare, non avevamo un regolamento. La legge 3 non diceva come doveva organizzarsi. Di fatto la norma si è diffusa così lentamente che anche dal punto di vista di prassi non sapevamo che indirizzo prendere.

In sintesi, vi sintetizzo quali sono le funzioni pratiche dell'OCC e come li abbiamo organizzati. Le attività che svolgiamo sono.

Divulghiamo la legge 3 del 2012.

Valutiamo se il debitore può accedere o meno alla procedura di sovraindebitamento.

Riceviamo la domanda di avvio del procedimento da parte del debitore.

Valutiamo quali debiti si possono stralciare e come pagare il residuo.

Predisponiamo insieme al debitore il piano di ristrutturazione del debito.

Attestiamo il piano e lo trasmettiamo al tribunale.

E assistiamo il debitore nella fase esecutiva del piano.

In sostanza il gestore della crisi, diciamo OCC, si trova a fare a metà tra un consulente e un assistente del debitore e ancora un ausiliario del giudice. Quindi una figura abbastanza ibrida che presuppone anche l'esigenza di trovare professionisti con delle competenze trasversali. Ora vedremo un po', condivideremo assieme quali sono queste criticità.

Sicuramente il legislatore quando ha fatto questa norma aveva tutto l'interesse, come noto, di risanare uno stato in crisi e di liberare fundamentalmente le cancellerie dei tribunali da questa massa di pratiche che poteva arrivare.

In considerazione della lentezza con la quale si è proceduto ad istituire gli OCC presso i vari circondari dei tribunali, all'inizio fino a poco tempo fa (ancora in alcuni tribunali è così) si procedeva all'applicazione mediante l'utilizzo del comma 9 dell'articolo 15, cioè praticamente

viene nominato OCC un professionista avente i requisiti di curatore fallimentare. Quindi in questo caso non c'è un organismo e laddove non c'è un organismo c'è un professionista, quindi il debitore mediante un proprio legale presenta un'istanza al giudice (direttamente al tribunale) e chiede la nomina di un professionista.

Laddove invece è presente un organismo di composizione della crisi teoricamente prassi vuole che il tribunale dovrebbe rimandare indietro l'istanza, dovrebbe cioè dire al debitore o all'avvocato di accedere mediante l'organismo di composizione della crisi.

In sostanza quali sono, abbiamo detto, le fasi?

Il soggetto presenta una domanda in segreteria all'OCC che ne valuta i contenuti e valuta anche la documentazione allegata.

Fatta questa preliminare valutazione, predispone un preventivo sulla base del DM 202 del 2014 e lo trasmette al legale o al debitore che laddove lo accetti procede, né da dichiarazione espressa e il referente nomina il gestore della crisi. Cioè è un professionista che avrà il compito di interfacciarsi innanzitutto direttamente con il debitore per fare egli stesso delle verifiche, fare, sulla scorta della normativa fallimentare, altresì dei verbali di audizione per capirne le cause del sovraindebitamento, nonché accedere alle banche dati disponibili previa autorizzazione del tribunale (articolo 15 comma 10) e verificare, fondamentalmente riscontrare, le informazioni date dal debitore e prepararsi la documentazione per poi redigere il piano.

Dopo aver ultimato il piano, lo attesta e ne valuta la sostenibilità e lo presenta al tribunale.

Se trattasi di una liquidazione di patrimonio, redigerà l'attuale dichiarazione del patrimonio quantomeno, redigerà la relazione particolareggiata e che presenterà al tribunale laddove, se viene omologata, il tribunale procederà a nominare un liquidatore che attualmente può essere un professionista che può non corrispondere col gestore della crisi ma con la riforma sembrerebbe che il tribunale (il giudice) sia obbligato a confermare quale liquidatore il gestore della crisi stesso.

Queste in sintesi sono le fasi.

Ma quali sono le criticità effettivamente che noi abbiamo incontrato?

Innanzitutto, il costo di accesso alla procedura. Questo è un enorme ostacolo perché la platea è fatta di soggetti già sovraindebitati, quindi oggi ci sono alcuni organismi (molti organismi) che chiedono il compenso calcolato, come abbiamo detto, sui parametri dell'attivo e del passivo stabiliti dal d.m. 202 del 2014. La norma prevede una riduzione che va dal 15 al 40% e l'applicazione di tariffe minime, medie, massime. Però alcuni organismi chiedono il pagamento integrale dell'intera somma anticipata. Questo sicuramente è un grosso ostacolo per chi deve accedere alla normativa perché ripeto la platea è sempre già un soggetto finanziariamente debole.

Seconda criticità riguarda una criticità che inibisce molti colleghi a consigliare la legge 3, perché vi sono alcuni gestori che interpretano l'attuale articolo 7 comma 1 in maniera un po'

restrittiva. Ora appare evidente che il debitore e molto spesso l'avvocato non ha le competenze necessarie per redigere la proposta di piano e che questa attività non rientra molto spesso nel mandato conferito.

La conseguenza di questo atteggiamento è che molte procedure vengono dichiarate archiviate e/o abbandonate proprio per questa ragione.

Altra criticità è quella della raccolta documentale necessaria per ricostruire la situazione debitoria e reddituale del soggetto.

Anche in questo il gestore della crisi che dovrebbe aiutare il debitore nella raccolta della documentazione necessaria anche tramite l'accesso ai dati dell'anagrafe tributaria e alle verifiche sulle varie banche dati finanziarie, – così come previsto dalla legge – assume molto spesso un atteggiamento passivo limitandosi ad indicare un elenco dei documenti da produrre in un termine prestabilito. E anche in questo caso il debitore non riesce per cause di varia natura: tempo, denaro, livello di istruzione ad assolvere l'onere documentale nei tempi richiesti. E così molti procedimenti vengono archiviati per la mancata raccolta documentale oppure durano un tempo spropositato con notevoli aggravii soprattutto se vi sono procedure esecutive in corso.

Quarta criticità, purtroppo devo dire la più ricorrente, è legata a due circostanze. La prima alla formazione non adeguata dei gestori che fa sì che i piani risultano essere incompleti, non adeguati nella forma e nella sostanza. Spesso manca una proposta di risanamento prospettica razionale (eccedente le capacità del debitore) oppure non coerenti nella formulazione numerica. Questo aumenta l'impegno del giudice che spesso si trova a fare considerazioni che già avrebbe dovuto fare il gestore. Da qui si aprono diversi scenari:

un primo scenario riguarda il ping-pong con il giudice che dovendo andare in profondità chiede integrazioni documentali (e fin qui nulla di particolare), io in questi casi vedo un atteggiamento del giudice molto propositivo e collaborativo e finalizzato ad aiutare il debitore e il gestore;

altro scenario è la mancata omologa (in quanto il giudice ritiene che non sussistono i requisiti per procedere);

altro scenario ancora, spesso sottovalutato dai colleghi, è il reato di falsa attestazione nei casi in cui il giudice ne ravveda la fattispecie.

Questa esperienza maturata negli anni mi ha portato a impegnarmi in prima persona cercando di comprendere come eliminare o quanto meno smussare le criticità di cui vi parlavo. Per cui nella gestione pratica degli OCC che abbiamo istituito con Protezione Sociale Italiana abbiamo messo in atto dei meccanismi che poi nella pratica si sono rilevati dei veri e propri punti di forza. Mi spiego meglio.

Fermo restando che l'obiettivo è sempre facilitare l'accesso alla legge da parte dei destinatari al fine di amplificare quanto più possibile le ricadute sociali in linea con la ratio normativa,

abbiamo realizzato ad un metodo organizzativo degli OCC più manageriale.

Nello specifico, non volendo trascurare l'aspetto psicologico del debitore che nell'affrontare questo percorso di risanamento inizia con la presa di coscienza della propria situazione di crisi, abbiamo sviluppato un centro di ascolto coinvolgendo psicologi.

1) Abbiamo costituito degli OCC in tutto il territorio nazionale al fine di aumentare la capillarità e la divulgazione della legge.

2) Per quanto riguarda la fase di avvio e la determinazione del compenso. La criticità come detto era relativa al fatto che molti OCC chiedono l'intero compenso anticipato, non usufruendo della prededuzione. Di contro anche pensare di spostare l'intero compenso tutto in prededuzione è un problema perché di fatto, i gestori nominati si troverebbero a lavorare "a credito" e comunque condizionati all'omologa in virtù del fatto che il debitore, nel caso di non omologa, rimanendo in stato di sovraindebitamento, non onorerebbe neppure il debito con l'OCC e quindi con il gestore basate o sul costo eccessivo richiesto all'inizio dagli OCC. Questo causerebbe la difficoltà nel trovare gestori di qualità e quindi la mancata diffusione beneficio degli effetti della norma.

Noi abbiamo proceduto ad applicare negli OCC

- i minimi tariffari.
- La riduzione massima del 40% prevista dalla normativa
- Accettare il pagamento rateale della metà dell'importo spostando il residuo in prededuzione.

In questo modo abbiamo riscontrato che riusciamo a garantire un più facile accesso ai debitori e comunque riusciamo a corrispondere adeguati acconti ai gestori.

3) Altro punto di forza è il nostro credere nella complementarità tra la funzione di avvocato e quella di commercialista. Questo che vi dico non vuole essere un discorso autoreferenziale degli OCC da noi gestiti (in luogo ad esempio di quelli gestiti dai soli avvocati o da soli commercialisti), ma di fatto, la norma attuale e ancor di più la riforma della crisi, prevede che il gestore abbia competenze legali, tecnico contabili, finanziarie, bancarie, societarie, fallimentari, di procedure esecutive, di revisione e ora con la previsione della continuità aziendale anche manageriali. Di fatto, tali competenze non facile trovarle tutto in capo ad un unico professionista. Ecco che avere in squadra gli avvocati e i commercialisti che lavorano in tandem aumenta la possibilità di un lavoro fatto bene e quindi trasferisce al giudice un elaborato che lo aiuta nel momento in cui deve prendere una decisione a stare più sereno.

4) I nostri gestori interpretano in maniera estensiva il disposto dell'art. 7 comma 1. Questo significa che il debitore o l'avvocato che lo assiste non sono abbandonati alla redazione della proposta di piano, ma ricevono un aiuto concreto da parte del gestore che redigerà una bozza di piano da condividere con il debitore e l'avvocato. I gestori della crisi non si limitano dunque a svolgere la funzione di mero attestatore ma parteciperanno attivamente alla individuazione della proposta di piano da sottoporre al giudice insieme all'avvocato.

5) Per quanto riguarda la criticità della formazione, è noto che la preparazione di professionista non attiene soltanto alla parte dottrinale ma è necessaria l'esperienza. Quando per garantire la corretta turnazione delle pratiche, un ordine dei commercialisti piuttosto che degli avvocati, per via del numero degli iscritti, nomina un gestore ogni 3 anni, che esperienza pensate possano maturare i colleghi? Noi grazie anche alla maggiore capillarità degli OCC proviamo, sempre nel rispetto della rotazione delle pratiche ad aumentare la frequenza del numero delle pratiche e a condividere tra i vari gestori le conoscenze e i risultati al fine di mantenere alto standard qualitativo.

6) Il referente è parte attiva nel controllo e nel monitoraggio delle pratiche nonché abbiamo istituito un comitato per il controllo di qualità che interviene in ausilio ai gestori con meno esperienza per la revisione delle pratiche e la verifica della completezza documentale.

Questo ci ha permesso di ottenere in varie parti d'Italia ottimi risultati. A tal fine Vi rappresento velocemente gli ultimi 3 casi di omologhe su piani predisposti da gestori (presenti in quest'aula) che hanno delle peculiarità e nello specifico:

Tribunale di Palermo - una procedura di liquidazione di patrimonio di una persona fisica del valore di oltre un milione di euro di attivo e oltre 2 milioni di passivo, tramite la quale ha avuto accesso alla procedura di saldo e stralcio con un abbattimento del debito erariale come previsto dalla citata normativa del 90%.

Tribunale di Brescia, trattasi di una liquidazione di patrimonio di un fideiussore. Nello specifico si trattava di un progetto imprenditoriale riguardo a un birrifico che poi non è andato a buon fine e qui era presente a garanzia del debito una persona fisica per un debito di oltre 1 milione e settecentomila euro. L'attivo era di circa 530.000 euro. Aveva come liquidazione degli immobili, come attivo circa 530'000 euro

Tribunale di Monza – una procedura di piano del consumatore della durata di 10 anni e uno stralcio sul creditore ipotecario di quasi il 50%.

Un'ultima riflessione e poi chiudo.

Bisogna fare attenzione affinché questa legge non venga interpretata in senso negativo. Cioè nel senso che avvantaggiare i debitori abusando di questa norma può causare un contraltare, con la conseguenza che chi deve dare credito di fatto, preoccupato dalla legge del sovraindebitamento, si tira indietro finendo poi per causare un danno all'economia e all'impresa tanto quanto il sovraindebitamento.

Quindi diciamo non il piano fatto per tutti i soggetti debitori e fatto a tutti i costi ma un piano di risanamento soltanto per chi lo merita.

## *LA RISTRUTTURAZIONE DEI DEBITI DEL CONSUMATORE*

### *1. Aspetti generali*

L'inclusione del sovraindebitamento nel più generale sistema del diritto concorsuale rappresenta, con riferimento alla materia in parola, il dato maggiormente significativo offertoci dal "Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza". A detta acquisizione si è affiancato lo scioglimento di alcuni nodi critici che avevano avvinto le procedure tratteggiate dalla l. n. 3 del 2012, in punto di presupposti di accesso, trattamento di talune categorie di credito, esdebitazione. Una disposizione di tenore generale delinea, nel quadro codicistico, il recinto applicativo delle procedure da sovraindebitamento: è l'art. 65, laddove è previsto che le tre procedure, ribattezzate nei nomi, invariate nella sostanza, soccorrano i debitori di cui all'art. 2, comma 1, lett. c., c.c.i., ossia coloro che versano in condizione di crisi od insolvenza e non sono assoggettabili a liquidazione giudiziale, liquidazione coatta amministrativa o ad altre procedure liquidatorie accluse nel codice civile o in altre leggi speciali.

Il successivo art. 66 c.c.i., sempre su un quadro globale, positivizza l'opportunità, già riconosciuta da taluna giurisprudenza, di intraprendere procedure "familiari". La norma consegue lo scopo, fortemente avvertito, della risoluzione complessiva dell'indebitamento del nucleo familiare, nel cui ambito, invero, le esposizioni passive dei singoli finiscono per sovrapporsi e influenzarsi, tanto da condizionarsi in modo reciproco.

La ristrutturazione dei debiti del consumatore è declinata, nelle sue linee essenziali, dal successivo art. 67 c.c.i., norma che apre la Sezione II del Capo II, dedicato alle "Procedure di composizione delle crisi da sovraindebitamento", del Titolo IV, che ospita gli "Strumenti di regolazione della crisi".

Gli obiettivi dell'istituto convergono sull'esigenza di porre rimedio alle situazioni di sovraindebitamento consumeristico non soggette né assoggettabili alle vigenti procedure concorsuali. La crisi economica, il ruolo crescente del consumo finanziato a credito, il graduale assottigliamento del welfare hanno comportato per il consumatore una cospicua e tendenzialmente esiziale esposizione passiva, il che ha reso inevitabile il conio di strumenti di recupero del debitore fragile, cui occorre concedere, a certe condizioni, una seconda opportunità.

La ristrutturazione si atteggia a procedimento concorsuale, che l'ultimo comma della citata norma d'esordio assegna alla competenza del tribunale monocratico, diversamente da quanto avviene per le altre procedure di regolazione della crisi ex art. 40, comma 1, c.c.i.

### *2. Legittimazione attiva*

In punto di legittimazione attiva, risalta l'essenza del piano di ristrutturazione dei debiti, che è

quella di “corsia procedimentale” di composizione della crisi riservata dal comma 1 dell’art. 67 al “consumatore sovraindebitato”.

Quest’ultimo viene “ridefinito” dall’art. 2, comma 1, lett. e), in assoluta coerenza con la definizione che del consumatore fornisce il Codice del consumo, il che implica non è privo di conseguenze. Perché il soggetto sia legittimato ad accedere agli istituti di legge rimane imprescindibile verificare lo scopo per cui è stato contratto il debito, dovendo quest’ultimo palesarsi estraneo all’attività imprenditoriale, commerciale o professionale.

### *3. Il socio illimitatamente responsabile*

Nella categoria dei legittimati attivi, secondo le indicazioni contenute nella legge delega, vengono ricomprese le persone fisiche che siano soci delle società di persone, con esclusivo riguardo ai debiti diversi da quelli sociali, di cui essi rispondono in ossequio al principio della responsabilità illimitata.

Si tratta di un chiarimento apprezzabile, posto che al consumatore tout court si affianca il socio illimitatamente esposto di uno dei tipi societari anzidetti, il che consente a tali persone di dare governo, con il piano di ristrutturazione, all’indebitamento derivante da passività estranee a quelle “d’impresa” (anche qualora la società non sia assoggettata, dal canto suo, ad alcuna procedura concorsuale).

### *4. L’assenza del voto dei creditori.*

Sul piano strutturale, la ristrutturazione del consumatore sovraindebitato è di particolare favore connotandosi alla stregua di procedura “senza voto”: essa consente al debitore di sottrarsi al giudizio e all’approvazione dei creditori, giacché ad influenzare il favore o il disfavore di questi ultimi possono concorrere motivi che originano dal “microcosmo” dei rapporti di natura personale e che esulano dalla convenienza in sé della proposta.

I creditori, d’altronde, sono privi di un particolare interesse traducibile in un’attiva partecipazione. In tal senso, è più confacente sostituire al loro voto, un penetrante vaglio del tribunale afferente, per un verso, la meritevolezza del consumatore, per altro verso, la praticabilità del piano. Il procedimento permette, in definitiva, al legittimato attivo di sottoporsi unicamente alla valutazione, senz’altro più neutra e obiettiva, del giudice.

Il Codice del consumo assurge a chiave di approccio interpretativo, nel mentre il rapporto di funzionalità fra la massa dei debiti maturati e il privato consumo va inteso in senso stretto e rigoroso. Se così non fosse, infatti, non troverebbero giustificazione i benefici procedurali riconosciuti alla procedura del piano del consumatore. La qualifica di consumatore è, pertanto, esclusiva derivazione della funzione delle obbligazioni che hanno prodotto la condizione di sovraindebitamento. Non rileva la natura dell’attività esplicata dal soggetto, bensì quella dei debiti che egli ha contratto. L’accesso allo strumento ristrutturatorio è ancorato alla finalità

perseguita dal debitore attraverso le proprie condotte nel contesto dei rapporti obbligatori. Qualora la proposta di piano provenga da un soggetto il cui indebitamento vada ricondotto, in ipotesi, al rilascio di fidejussioni o alla concessione di ipoteche strumentali all'ottenimento di finanziamenti bancari alla società, sia socio o legale rappresentante, il rapporto di esclusiva funzionalità dell'indebitamento al consumo privato del debitore e della sua famiglia non può, con ogni evidenza, essere riscontrato. Del resto, in siffatte ipotesi a rilevare è il consolidato avviso giurisprudenziale secondo cui il garante assume la veste di professionista/imprenditore a cagione dell'omologa posizione che sia rivestita dal debitore principale nel rapporto garantito, stante la natura accessoria del rapporto di garanzia rispetto a quest'ultimo (c.d. teoria dell'imprenditore o professionista "di riflesso": v. Cass. civ., n. 314/2001; Cass. civ., n. 19484/2010).

#### *5. Il contenuto della domanda*

Molta attenzione è dedicata, dal comma 2 dell'art. 67, al contenuto della domanda.

Essa deve contemplare, oltre al piano:

- a) l'elenco dei creditori;
- b) l'elenco dei dati sulla consistenza del patrimonio;
- c) l'indicazione degli atti di straordinaria amministrazione, e quindi sostanzialmente degli atti di disposizione del patrimonio, compiuti negli ultimi cinque anni, coerentemente con il termine di prescrizione stabilito dal codice civile per la revocatoria ordinaria;
- d) la dichiarazione dei redditi degli ultimi tre anni,
- e) l'indicazione delle entrate del debitore da attività lavorativa o da altra fonte, con la precisazione di quanto occorre per il mantenimento della famiglia; trattasi in quest'ultimo caso di profilo finalizzato a valutare la disponibilità economica effettivamente utilizzabile per il pagamento dei debiti.

#### *6. Il problema specifico della cessione del quinto*

Di particolare rilievo è la disposizione del comma 3 dell'art. 67, attuativa di uno specifico principio della legge delega, che consente di prevedere, con il piano, anche la falcidia o la ristrutturazione dei debiti derivanti da contratti di finanziamento con cessione del quinto dello stipendio, del trattamento di fine rapporto o della pensione nonché di quelli derivanti da operazioni di prestito su pegno.

In tal guisa, si agevola la liberazione di risorse a vantaggio di tutti i creditori, con conseguente possibilità di soddisfare i crediti derivanti dai crediti di cui sopra nell'ambito della complessiva sistemazione dei debiti.

Il caso di riferimento è quello ormai classico in cui la messa a disposizione di utilità, da parte del debitore, comprenda la retribuzione da lavoro e la stessa sia stata addirittura vincolata nei

limiti anzidetti.

Una espressione limitrofa, se non omologa, della questione è quella in cui il quinto dello stipendio sia stato attinto da un pignoramento.

In ambedue le ipotesi esposte, si realizza una modificazione soggettiva del destinatario finale (o assegnatario) della somma attraverso una cessione pro solvendo di una parte del credito (Cass. 8 febbraio 2007, n. 2745; Cass 14 febbraio 2000, n. 1611).

La nuova norma sancisce perspicuamente che la cessione "preventiva" non è opponibile alla procedura da sovraindebitamento.

Il contrasto fra il debitore che si ponga nella carreggiata della procedura concorsuale ristrutturatoria e il creditore cessionario (o assegnatario) del quinto è risolto ab ovo in via normativa a vantaggio del primo.

Nel sovraindebitamento la norma di nuovo conio sembra echeggiare, a grandi linee, uno schema di principio analogo a quello dell'art. 44 l. fall. Sull'inopponibilità ai creditori in concorso dei pagamenti successivi all'accertamento dell'insolvenza.

I pagamenti posteriori all'ammissione alla procedura da sovraindebitamento si risolverebbero in preferenziali e confliggenti con il principio della "par condicio".

Ci muoviamo in ambiente concorsuale, non nel corpo del diritto civile classico. La ristrutturazione è procedura che in tanto esiste in quanto assicura il concorso tendenzialmente paritetico fra i creditori.

La cessione del credito, al pari dell'assegnazione da parte del giudice dell'esecuzione, ha sicuramente effetto definitivo. Tuttavia, il dato sensibile è quello per cui si tratta della cessione - ma lo stesso vale per l'ipotesi dell'assegnazione - di una parte di reddito che maturerà soltanto nelle mensilità future. Pertanto, gli effetti in corso all'atto dell'apertura della procedura da sovraindebitamento non possono che proseguire nel rispetto della par condicio.

Il cessionario del quinto non beneficia di un effetto conclusivo ed immutabile, come nella cessione del credito tout court, ma soltanto di una modalità di riscossione, che esige successivi pagamenti periodici e che diviene incompatibile con la procedura concorsuale, e con la par condicio, avuto riguardo a ciò che residua alla data di apertura del concorso.

Proprio dalla concorsualità della procedura consegue inevitabilmente il principio in base al quale i debiti debbono intendersi interamente scaduti al momento dell'apertura del concorso dei creditori, con l'effetto che la prosecuzione di un mutuo o finanziamento erogato dietro cessione del quinto dello stipendio, sarebbe inammissibile risolvendosi in una lesione della richiamata par condicio.

Non a caso il comma 5 dell'art. 68 prevede la sospensione del corso degli interessi convenzionali o legali fino alla chiusura della procedura.

I vincoli imposti o volontariamente assunti dal debitore valgono fino a quando costui non

patisce l'effetto straordinario della procedura da sovraindebitamento, che, in virtù della richiamata universalità, travolge tutte le obbligazioni precedenti piegandole all'unico ambito deputato a dare ordine ai pagamenti sulle basi nuove della parità di trattamento e della graduazione delle cause di prelazione.

Ed allora, la cessione o l'assegnazione del quinto dello stipendio operano il trasferimento di un credito futuro, che esplica un'efficacia eminentemente obbligatoria, secondo il sostanziale avviso della giurisprudenza di legittimità (Cass. 17 gennaio 2012, n. 551, in dejure).

Fino a che il credito non diviene esigibile, cessione e assegnazione concretizzano una semplice garanzia della restituzione dell'importo dovuto. Prima della maturazione del diritto alla retribuzione, la titolarità della somma rimane in capo al dipendente, che ne può dunque disporre nella procedura concorsuale intrapresa.

Se quest'ultima è idonea ad impattare in senso sospensivo sulle esecuzioni forzate nei limiti in cui il giudice del sovraindebitamento ne disponga (art. 70, comma 4, c.c.i.), il medesimo effetto di blocco non può che aversi sulla quota di cessioni e di assegnazioni che non sia stata anteriormente all'apertura del sovraindebitamento ancora riscossa.

#### *7. La comparazione rispetto all'ipotesi liquidatoria*

Il comma 4 dell'art. 67 contiene una previsione, comune ad altri istituti, relativa al trattamento dei creditori privilegiati o con garanzia reale, che possono essere destinatari di una previsione di soddisfacimento anche non integrale solo se non inferiore al valore realizzabile nell'alternativa ipotesi di liquidazione, tenuto conto del valore di mercato come attestato dall'OCC.

#### *8. Il profilo delle rate a scadere del mutuo ipotecario*

Il comma 5 dell'art. 67, introdotto in accoglimento di un'osservazione della Commissione Giustizia della Camera, consente il rimborso, alle date pattuite, delle rate a scadere del contratto di mutuo garantito da ipoteca iscritta sull'abitazione principale del debitore se, alla data del deposito della domanda, questi ha adempiuto le proprie obbligazioni o se il giudice lo autorizza al pagamento del debito scaduto.

La modifica è volta a favorire l'accesso del consumatore alla procedura di sovraindebitamento e chiarisce, considerata l'esistenza in materia di orientamenti giurisprudenziali contrastanti, come il debito per il rimborso del mutuo ipotecario contratto per l'acquisto della c.d. "prima casa", sia sottratto alle regole del concorso.

La norma consente al debitore che non sia stato rispetto al mutuo un "cattivo pagatore", ma che sia in regola con i ratei scaduti precedentemente al deposito della domanda, di tenere una categoria di debito al di fuori della proposta.

Analogha opportunità è assegnata al debitore che, sebbene in ritardo con i pagamenti, sia auto-

rizzato dal giudice a pagare il pregresso per capitale e interessi al giorno della domanda. Ove la ristrutturazione includesse la categoria del debito “prima casa” finirebbe per trovarsi un angusto spazio applicativo.

Ma - è da chiedersi - cosa accadrebbe qualora il debitore, guadagnata l’omologazione del piano, in seguito non dovesse pagare le rate?

Se il debitore è adempiente al piano di ristrutturazione, il creditore ipotecario potrebbe certamente promuovere l’esecuzione individuale, nella quale gli altri creditori non potrebbero intervenire, nemmeno al fine di conseguire il sopravanzo sul ricavato della vendita.

Qualora, invece, la ristrutturazione fosse revocata e venisse aperta la liquidazione controllata ex art. 73 c.c.i., l’immobile sarebbe appreso alla massa.

Il creditore ipotecario sarà, a monte, facoltizzato ad insorgere con le osservazioni ai sensi dell’art. 70, comma 3.

Il piano che preveda l’esclusione del mutuo soggiace fisiologicamente anch’esso al giudizio di cram down di cui all’art. 70, comma 9, facendo difetto specifici distinguo.

Quello correlato al mutuo sembra rivelarsi a contrario come l’unico bene suscettibile di smarcarsi dalla universalità tendenziale delle procedure di ristrutturazione.

#### *9. Il quomodo di presentazione della domanda*

L’art. 68 disciplina la “Presentazione della domanda e attività dell’OCC”.

L’avvio della procedura necessita dell’intervento dell’Organismo di composizione della crisi costituito presso il tribunale competente e quindi quello nel cui circondario ha la residenza il debitore. Spetta all’organismo la presentazione della domanda in esito all’incarico ricevuto dal debitore e all’individuazione concordata della scelta maggiormente opportuna.

Si è previsto, recependo le osservazioni espresse sul punto dalle competenti Commissioni parlamentari, che, nel caso in cui nel circondario del tribunale competente non vi sia un OCC, i compiti e le funzioni attribuiti all’OCC possano essere svolti anche da un professionista o da una società tra professionisti in possesso dei requisiti di cui all’art. 358 nominati dal presidente del tribunale competente o da un giudice da lui delegato. Questo allo scopo di consentire la piena funzionalità dell’istituto anche nei casi in cui nel circondario del tribunale competente non sia stato costituito un OCC.

#### *10. La relazione allegata dell’OCC*

La presentazione della domanda comporta una valutazione della condotta del debitore e del presumibile sviluppo della procedura.

È a tal fine, che l’OCC deve allegare alla domanda, ai sensi dell’art. 68, comma 2, c.c.i. una relazione contenente:

- l'indicazione delle cause dell'indebitamento e della diligenza impiegata dal debitore nell'assumere le obbligazioni;
- l'esposizione delle ragioni dell'incapacità del debitore di adempiere le obbligazioni assunte;
- la valutazione sulla completezza ed attendibilità della documentazione depositata a corredo della domanda;
- l'indicazione presunta dei costi della procedura.

La relazione è tesa ad indicare gli elementi utili a stimare la meritevolezza (indicazione delle cause dell'indebitamento ed esposizione delle ragioni dell'incapacità del debitore di adempiere le obbligazioni assunte), l'affidabilità dei dati sui quali il piano è fondato (attendibilità della documentazione), i tempi e i costi della procedura.

#### *11. La novità del merito creditizio*

Ai fini della valutazione del piano da parte del giudice, sotto il profilo del trattamento di determinati creditori, è anche previsto, in conformità con la legge delega, che l'OCC debba indicare se il finanziatore abbia valutato, nell'accordare il finanziamento, il merito creditizio del finanziato, tenuto conto del suo reddito e dell'incidenza sullo stesso delle spese necessarie a mantenere un dignitoso tenore di vita, quantificando tale importo in misura non inferiore al doppio dell'indice ISEE.

#### *12. La novità del debito tributario*

L'OCC, entro tre giorni dal conferimento dell'incarico da parte del debitore, deve darne notizia all'agente della riscossione e agli uffici fiscali, anche presso gli enti locali, competenti in base all'ultimo domicilio fiscale del debitore. La disposizione è volta a consentire agli uffici di comunicare il debito tributario all'OCC, in modo che ne possa tener conto nella redazione della relazione e nella predisposizione della proposta.

#### *13. Il corso degli interessi*

Come avviene in analoghe procedure, il deposito della domanda sospende, ai soli effetti del concorso, il corso degli interessi convenzionali o legali fino alla chiusura della liquidazione, a meno che i crediti non siano garantiti da ipoteca, pegno o privilegio, salvo quanto previsto dagli articoli 2749, 2788 e 2855, commi 2 e 3, c.c..

#### *14. La meritevolezza*

Sempre sul piano dell'accessibilità soggettiva, l'art. 69 c.c. fissa alcune Condizioni soggettive ostative.

Il particolare regime di favore accordato al consumatore trova, infatti, il suo contrappeso nella necessaria ricorrenza del requisito della meritevolezza, che deve qualificare la sua condotta;

quest'ultima deve connotarsi per l'assenza di colpa in relazione alla situazione di sovraindebitamento nella quale il debitore si è venuto a trovare.

Ne consegue che non solo è ostativo all'accesso alla procedura l'aver già ottenuto l'esdebitazione nei cinque anni precedenti o comunque per due volte - palesandosi detta circostanza come di per sé indicativa di una condotta imprudente - ma anche l'aver determinato con grave colpa il sovraindebitamento e quindi - essenzialmente - l'aver assunto obbligazioni sproporzionate alla capacità di adempimento oppure aver omesso di svolgere una possibile attività lavorativa idonea all'adempimento degli obblighi assunti.

A maggior ragione, sono impeditive all'accesso allo strumento le condotte improntate alla frode dei creditori o comunque contrassegnate dalla malafede.

Tali condotte, come previsto dall'art. 282, impediscono, altresì, l'esdebitazione di diritto in caso di liquidazione controllata.

L'esclusione del meccanismo del voto è rimpiazzata da un approfondito giudizio del tribunale sulla meritevolezza che, nel contesto del "Codice della crisi e dell'insolvenza", disvela la dimensione di assenza di colpa nella determinazione del sovraindebitamento.

È in questa prospettiva che occorre allegare alla proposta di piano la relazione dettagliata sulle cause dell'indebitamento, sulla diligenza adoperata dal consumatore nell'assumere le obbligazioni, e sulle ragioni della sua incapacità di adempiervi.

Benché ora targata dall'attributo della gravità, la colpa sembra con certezza rendere meritevole solo il debitore attinto da eventi imprevedibili. Esemplicativamente, il soggetto vittima dell'usura, la persona licenziata, la vittima di una ludopatìa certificata.

### *15. Il creditore sanzionato*

Innovativa è la previsione del comma 2 dell'art. 69 che, coerentemente con la legge delega, commina sanzioni processuali al creditore che ha colpevolmente determinato o aggravato la situazione di sovraindebitamento anche omettendo, quale finanziatore, di verificare adeguatamente il merito creditizio del finanziato; tale creditore, infatti, non può presentare osservazioni al piano né reclamo avverso l'omologazione né far valere cause di inammissibilità che non derivino da comportamenti dolosi del debitore.

### *16. Omologazione e impugnazioni*

L'Omologazione del piano è disciplinata dall'art. 70 c.c.i..

Lì vi è la cifra più importante del procedimento in esame. Essa sta in ciò, che non necessita della preventiva approvazione da parte dei creditori, così come già avviene anche in altre procedure (ad esempio, nel concordato dell'amministrazione straordinaria di cui al d.lgs. n. 270 del 1999) con finalità ulteriori rispetto alla sola tutela dei creditori, che in questo caso consistono nella volontà di fronteggiare un rilevante problema sociale, acuito dalla crisi econo-

mica successiva al 2008 che ha reso evidente l'urgenza di istituire strumenti diretti a consentire la liberazione dai debiti civili.

Il comma 1 dell'art. 70 prescrive che, superato il vaglio dell'ammissibilità, il piano e la proposta sono pubblicati in apposita area del sito web del Ministero della giustizia, per decreto del giudice, comunicato entro trenta giorni a tutti i creditori, i quali potranno presentare, ai sensi del comma 3 dell'art. 70 medesimo, osservazioni nei venti giorni successivi inviandole all'indirizzo dell'OCC.

Ai sensi del comma 4 dell'art. 70, con lo stesso decreto, su istanza del debitore, il giudice può accordare le misure protettive dirette a porre il patrimonio del debitore al riparo dalle iniziative individuali dei creditori, tali da pregiudicare l'attuazione del piano.

L'ammissione non dispiega, dunque, effetti protettivi del patrimonio del consumatore, salva la facoltà discrezionale del giudice - in linea con la previsione dell'art. 12-bis, comma 2, l. n. 3 del 2012 - di disporre la sospensione di specifici procedimenti esecutivi, la cui prosecuzione possa minare l'ipotesi ristrutturatoria. L'inibitoria si palesa quale esercizio di una facoltà discrezionale del magistrato.

In caso di atti di frode, tali misure possono essere, ai sensi del comma 5, revocate, anche d'ufficio, previa instaurazione del contraddittorio.

Ai sensi del comma 6, l'OCC può proporre modifiche al piano, alla luce delle osservazioni ricevute dai creditori, riferendone al giudice.

Ai sensi del comma 7, il giudice, se ritiene ammissibile e fattibile (economicamente) il piano, lo omologa con sentenza impugnabile ex art. 51 (impugnazioni in generale).

In base al comma 9, se un creditore o un qualunque interessato contesta la convenienza della proposta, il giudice procede all'omologazione se comunque ritiene che essa consenta un soddisfacimento per il creditore in misura non inferiore a quello che questi potrebbe conseguire con la liquidazione controllata.

Sotto questo profilo la ristrutturazione dei debiti del consumatore rivela una connotazione non negoziale, prescindendo per definizione dal consenso dei creditori e mostrando, anzi, una peculiare fisionomia di "concordato coattivo", sul modello di quello previsto dall'art. 78 l. n. 270 del 99 sull'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi, o di quello delineato dall'art. 214, commi 2, l. fall. nel quadro delle procedure di liquidazione coatta amministrativa.

È evidente come il controllo giudiziale, comprendendo la convenienza, assuma una latitudine estremamente estesa, finendo per contemplare l'esame della fattibilità del piano, l'idoneità dello stesso ad assicurare il pagamento dei crediti impignorabili e di quelli fiscali; l'accertamento della mancata assunzione, da parte del debitore, di obbligazioni senza la ragionevole prospettiva di poterle adempiere e dell'assenza di una gravemente colposa determinazione del sovraindebitamento, anche per mezzo di un ricorso al credito non proporzionato alle proprie

capacità patrimoniali.

### *17. Rigetto e apertura della liquidazione controllata*

Ai sensi del comma 10, se invece l'omologazione è negata, il giudice pronuncia decreto di rigetto - impugnabile - e revoca le misure protettive concesse. Il decreto è reclamabile ai sensi dell'art. 50 (norma che contempla il mezzo in questione con riferimento alla liquidazione giudiziale).

Ai sensi del comma 11, se vi è istanza del debitore o, in casi di inadempimento o frode, di un creditore o del pubblico ministero, il tribunale provvede con sentenza all'apertura della liquidazione controllata.

### *18. L'esecuzione controllata e il rendiconto*

L'Esecuzione del piano è disciplinata dall'art. 71.

Poiché l'omologazione non comporta lo spossessamento del debitore né la perdita della capacità di agire, la norma prevede che questi provveda all'esecuzione del piano sotto il controllo dell'organismo.

A tenore del comma 1, spetta all'organismo anche la risoluzione di eventuali difficoltà insorte nella fase attuativa, eventualmente ricorrendo al giudice laddove ciò sia necessario.

La vigilanza del giudice sulla procedura è assicurata attraverso le relazioni che l'OCC deve semestralmente depositare, sempre in base al comma 1.

In forza del comma 2, una volta terminata l'esecuzione del piano, l'OCC presenta al giudice il rendiconto; se il rendiconto è approvato, il giudice liquida il compenso e ne autorizza il pagamento.

Diversamente, il giudice individua, ai sensi del comma 3, gli atti necessari per l'esatto adempimento del piano omologato e il termine entro il quale detti atti devono essere posti in essere. Scaduto inutilmente tale termine l'omologazione è revocata.

La norma precisa al comma 4 che nella liquidazione del compenso il giudice tiene conto della diligenza dimostrata, riducendo o anche escludendo il compenso.

### *19. Conversione*

L'art. 73 contempla la Conversione in procedura liquidatoria, che attiene ai casi di revoca dell'omologazione: il giudice può, infatti, disporre la conversione della procedura in liquidazione controllata A) sempre se lo richiede il debitore; B) solo se la revoca consegue ad atti di frode o inadempimento, su istanza di un creditore o del pubblico ministero.

Il giudice, quando dispone la conversione, deve concedere al debitore un termine per integrare la documentazione e provvedere alla nomina del giudice delegato e del liquidatore.

La disciplina dell'accordo e del piano si differenzia, in alcuni passaggi, nella parte procedi-

mentale, per poi tornare ad essere comune quanto alla fase di esecuzione successiva all'omologazione. Il debitore deve provvedere ad adempiere le obbligazioni contenute nella proposta di accordo, la cui esecuzione è regolata nell'art. 13. La disciplina dell'esecuzione del piano del consumatore è la stessa prevista per l'accordo. Qualora sia necessario, avuto riguardo alla tipologia e al contenuto specifico del rimedio prescelto, si potrà procedere alla nomina di un liquidatore, mentre all'Organismo di composizione della crisi è demandato un ruolo di risolutore delle eventuali difficoltà attuative del piano.

Sono fissate, poi, regole essenziali in punto di inefficacia dei pagamenti e degli atti dispositivi dei beni posti in essere in violazione dell'accordo o del piano; di sospensione per gravi e giustificati motivi; di prededuzione dei crediti sorti in occasione o in funzione di una delle procedure contemplate dalla legge in commento; di modificabilità, con l'ausilio dell'Organismo di composizione della crisi, della proposta omologata, in ipotesi di impossibilità, per ragioni non imputabili al debitore, di eseguibilità di quella omologata.

Solo una volta eseguite le obbligazioni medesime in conformità all'accordo si determina la vera e propria esdebitazione, con l'effetto liberatorio del debitore dal residuo delle stesse. È il debitore che, non subendo spossessamento alcuno, deve provvedere personalmente ai pagamenti e agli altri atti previsti nell'accordo e nel piano.

*DALL'ACCORDO DI COMPOSIZIONE DELLA CRISI AL "CONCORDATO MINORE"*

L'elemento fondamentale, l'elemento di novità di questo concordato minore che è appunto affine al concordato preventivo ma per certi aspetti riguarda altra tipologia sia di debito evidentemente ma anche di creditori, ha la finalità di proseguire, di consentire al debitore sovraindebitato di proseguire l'attività imprenditoriale o l'attività professionale. Quindi tende a risolvere queste situazioni di sovraindebitamento con la ripresa dell'attività assicurando ai creditori un adeguato soddisfacimento. Questo è il principio generale sul concordato minore anche se si deve subito segnalare e questo è un punto che è a mio avviso è importante, che poi potrà essere d'ausilio al momento in cui si tratterà di colmare le lacune perché è una normativa molto lacunosa, dal momento in cui si tratterà di valutare se sia inapplicabile le norme sul concordato preventivo perché appunto vengono richiamate in quanto compatibili, bisogna appunto porre l'accento (l'attenzione) sul fatto che nell'articolo 74 a differenza che nell'articolo 84 in materia di concordato preventivo manca il riferimento dell'interesse prioritario dei creditori.

Chiaramente questo non significa che il creditore non debba avere un adeguato soddisfacimento, ma ricollegandoci a quanto già ha esposto l'avvocato Stracuzzi, si evince da questo la volontà del legislatore di dare una particolare attenzione all'imprenditore anche come persona fisica e anche professionisti.

Quindi cominciamo con la legittimazione che chi mi ha preceduto già un po' ha accennato, in particolare la professoressa Giorgetti e quindi sinteticamente possiamo dire che hanno accesso a questa procedura di concordato minore:

- l'impresa minore quindi gli imprenditori che non abbiano superato le soglie di cui all'articolo 2 lettera d come ha detto anche appunto segnalato anche il presidente Masia;
- l'impresa agricola, per l'impresa agricola potrebbe apparire ancora un difetto di coordinamento ma in verità pare che non lo sia, potrà accedere sia al concordato minore, alla liquidazione controllata ma ancora rimane la possibilità d'accesso all'accordo di ristrutturazione in forza dell'articolo 23 comma IV del decreto-legge del 2011 che non sembrerebbe sotto questo aspetto superato o abrogato;
- poi importante come diceva la professoressa Giorgetti, le startup innovative ricevono tutela in questa sede chiaramente purché non siano decorsi 60 mesi di cui al Decreto-legge 179 del 2012 perché chiaramente in quel caso perdono la qualifica, decorsi quei mesi (perdono i 60 mesi) perdono la qualifica di start up e quindi possono accedere al concordato minore nella misura in cui siano delle imprese minori.

Sono legittimati i professionisti, questo appunto è di rilevante importanza. A questo punto

coordinandoci con le norme che in materia... che regolano anche l'attività dei professionisti, si ritiene che sia ammissibile anche il concordato minore per le associazioni professionali e le società professionali di cui alla legge 183 del 2011.

A questo punto un breve accenno sempre a proposito della legittimazione che non spetta a chi ha cessato l'attività perché se ciò si evince dall'articolo 33 che è la disciplina uniforme che è richiamata in materia di concordato minore, si evince anche dal fatto che l'articolo 33 parla di inammissibilità del concordato preventivo la cui disciplina è richiamata...

Eh? Non pensavo che mi stessi guardando.

...è richiamata dall'articolo 74 quarto comma.

A questo punto si pone il problema... appunto l'imprenditore che abbia cessato non potrà accedere. A questo punto quando si può individuare il momento di cessazione dell'attività? È evidente che per gli iscritti è dalla cancellazione dal registro delle imprese, per i non iscritti come l'impresa agricola che svolge un'attività essenziale, allora a questo punto si fa riferimento alla conoscenza da parte dei terzi della cessazione dell'attività.

Per quanto riguarda il professionista anche la questione è interessante in quanto non è regolamentata. Si potrebbe ipotizzare dalla cancellazione dall'albo non avrà più possibilità di accedere a questa procedura minore oppure qualora la cancellazione dall'albo non possa essere equiparata a una cancellazione dal registro delle imprese (insomma è una questione un pochino più delicata) allora forse sarebbe meglio dire dalla effettiva conoscenza da parte dei terzi.

Il fatto che questi soggetti che abbiano cessato l'attività non possano accedere al concordato minore è pienamente in linea con il principio dell'articolo 74 primo comma che sancisce che il concordato minore tende a salvaguardare (a consentire) la prosecuzione dell'attività di impresa o dell'attività del professionista.

A questo punto esaminiamo il contenuto della proposta di concordato minore che è la questione forse anche un pochino più complessa, più articolata è anche più delicata perché il legislatore esordisce dicendo che c'è una libertà di contenuto. Libertà di contenuto però a questo punto da tutte le altre norme che sono correlate a questo principio dell'articolo 74 terzo comma, si evince che ci sono tantissimi vincoli e quindi la libertà è veramente attenuata.

Libertà significa che chiaramente l'imprenditore potrà stabilire liberamente le modalità di pagamento, potrà stabilire le scadenze dei pagamenti, potrà anche indicare le garanzie dei terzi o potrà anche... è consentito anche l'accesso diretto di un terzo (non quale mero garante) ma in via diretta, potrà anche indicare le percentuali di soddisfacimento nei limiti di cui all'articolo 75 comma secondo per i creditori privilegiati che vedremo dopo.

A questo punto a fronte di questo principio della libertà di contenuti, possiamo vedere invece i vincoli. E i vincoli sono tanti sebbene la legge non sia specifica sul punto. E a questo punto ci aiuteranno le norme sul concordato preventivo in quanto compatibili.

Chiaramente questi vincoli devono riguardare la tipologia di concordato in quanto il giudice

deve avere ben chiaro la tipologia, cosa vuole proporre il debitore, se vuole proporre un concordato minore in continuità, se lo vuole proporre liquidatorio che è una fattispecie residuale, se lo vuole proporre misto perché si ipotizza anche la possibilità del concordato misto.

A questo punto dalla tipologia di concordato che già il debitore deve indicare, ne derivano anche appunto le forme di soddisfacimento che saranno ben diverse a seconda se si tratta di continuità o di liquidazione. E poi dovrà anche esaminare l'articolo 75 comma secondo sancisce per quanto riguarda i creditori privilegiati che devono essere soddisfatti (già i colleghi ne hanno parlato) in misura non inferiore a quella realizzabile con la liquidazione dei beni su cui insiste il privilegio. Questione che deve essere attestata dall'OCC.

A questo punto parliamo dei vincoli.

Se vogliamo mantenere fermo come mi sembra giusto, auspicabile, il principio fondamentale sancito dalle sezioni unite con la sentenza del 2013 numero 1521 a proposito della causa del concordato ossia il soddisfacimento del creditore in una qualche forma insomma soddisfacente in tempi ragionevoli, da questo ne derivano appunto delle conseguenze (se applichiamo questo principio) con particolare riferimento al concordato in continuità diretta.

Sul concordato in continuità diretta, sempre perché appunto non abbiamo una disciplina specifica, potremmo applicare (chiaramente sono i primi commentatori che già evidenziano queste criticità e danno delle soluzioni) potremmo appunto indicare la possibilità d'applicazione dell'articolo 84 terzo comma nel senso che comunque con l'articolo 84 terzo comma in materia di concordati si attribuisce comunque una utilità ai creditori. Quale sarebbe questa utilità? Sarebbe la prosecuzione o rinnovazione dei rapporti contrattuali con il debitore. Questa è una tipologia di utilità che viene chiamata praticamente classe zero. Comunque, se riteniamo applicabile le norme sul concordato, questo potrebbe trovare ingresso, in caso contrario si dovrebbe ipotizzare una percentuale minima.

Poi qualora il concordato abbia natura liquidatoria, che è una fattispecie proprio espressamente residuale indicata dal legislatore, a questo punto qui non si potrà applicare l'articolo 84 sulla prosecuzione dei rapporti. È evidente. In ogni caso non è richiamato, perché è necessario un soddisfacimento in denaro. E c'è previsto espressamente dall'articolo 74 "è imposto rapporto di finanza esterna". Chiaramente questa finanza esterna, è proprio indicata in maniera specifica, deve aumentare in misura apprezzabile la soddisfazione dei creditori. Quindi già appunto da questo breve inizio insomma di questa mia relazione già si evince come ci sia delle espressioni che possono dare luogo a varie interpretazioni che possono essere colmate con le norme sui concordati ma che possono anche in verità trovare altre soluzioni magari appunto meno pesanti e penalizzanti per l'imprenditore sempre per il favor verso la persona fisica e che quindi possono dar luogo a delle soluzioni differenti.

Per esempio a proposito di questo "soddisfacimento in misura apprezzabile dei creditori" si

pone il problema se sia applicabile l'articolo 84 quarto comma sul concordato preventivo che prevede il 10% o se invece si debba trovare una soluzione ponderata perché questa norma sull'articolo 84 quarto comma è veramente complessa nella sua applicazione, quindi sarebbe meglio che il giudice di volta in volta potesse appunto ponderare la misura apprezzabile, valutare non solo la percentuale ma anche le modalità di soddisfacimento e giungere comunque alla conclusione che siamo nell'ambito della misura apprezzabile.

A questo punto si pone anche il problema, sono i problemi dibattuti no... i nostri problemi quotidiani che ritroveremo nel concordato minore, il problema della domanda di continuità indiretta. A questo punto se riteniamo applicabile, come sembra insomma auspicabile l'articolo 84 secondo comma in materia di concordati preventivi, potremmo appunto dare ingresso anche al terzo soggetto che assuma la gestione dell'impresa a qualunque titolo. Questo d'altronde io sono convinta che questo sia applicabile anche perché è in linea con tutte le norme sull'Unione Europea di cui già ha fatto cenno il presidente Masia, che sono volte alla tutela dell'azienda. Se l'azienda deve essere tutelata, è chiaro che si deve dare spazio anche eventualmente a questa continuità indiretta.

Poi per ultimo ci sarà anche il problema se sia ipotizzabile un concordato misto. E a questo punto siccome poi le ripercussioni sono di fondamentale rilievo a seconda se viene inquadrato come continuità, come misto, a seconda delle ripercussioni... se poi viene considerato liquidatorio oppure in continuità, a questo punto si potrebbe applicare il principio della prevalenza e che è stato espressamente introdotto (ce n'è parlato in sede di merito) però è stato espressamente introdotto dall'articolo 84 terzo comma in materia di concordato preventivo, anche se già alcuni commentatori sperano che ci possano essere delle soluzioni più flessibili perché l'articolo 84 è anche di complessa applicazione.

A questo punto abbiamo visto che nel concordato in continuità (lo diceva la professoressa) abbiamo anche le rate di mutuo (anche il collega Leuzzi a proposito appunto), può prevedere il rimborso delle rate di mutuo. Chiaramente in questo caso è sui beni strumentali per l'attività, quindi là si parlava di prima casa ai sensi dell'articolo 75 terzo comma purché sussistano determinati requisiti di meritevolezza per continuare a pagare alle scadenze convenute le rate di mutuo gravanti sull'immobile che costituisce un bene strumentale dell'attività d'impresa. Ossia che il debitore deve aver adempiuto alle sue obbligazioni o che il giudice autorizzi il pagamento di rate per capitale e interessi scaduti alla data della domanda e che ci sia un'attestazione da parte dell'OCC. Questa attestazione deve avere due requisiti: l'OCC deve attestare che il credito potrebbe essere soddisfatto in via integrale con la liquidazione dei beni e che comunque non lede la par condicio creditorum.

Lo scopo di questa norma di favor per l'imprenditore (ci ricollegiamo sempre a quel principio favor per la persona fisica) è anche quello di conservare i beni strumentali per l'esercizio della sua professione, per la sua attività, e che siano anche funzionali alla continuità.

A questo punto la domanda, sempre nell'ambito dei contenuti, deve anche indicare le modalità di liquidazione dei beni e qua si innesta un principio importante ossia le procedure competitive. Si vuole evitare anche in questo caso che ci possano essere proposte chiuse o blindate e quindi è giusto che ci siano le modalità competitive.

A questo punto faccio un breve cenno sulla possibilità di offerte concorrenti e sulla possibilità di proposte concorrenti.

Le offerte concorrenti si ritengono ammissibili, cioè non c'è motivo per non applicare l'articolo 91 in materia di concordato preventivo che sancisce la possibilità che si dia luogo a queste offerte concorrenti, a queste procedure sulle offerte concorrenti, quando ci sia un'offerta irrevocabile per trasferimento dell'azienda o di singoli beni a terzi.

Invece i commentatori già si sentono di escludere la possibilità di proposte concorrenti perché la caratteristica del concordato minore è che si dà un ruolo di centralità all'imprenditore, si parla addirittura di monopolio nel senso che è lui che deve indicare la strada per uscire da questo sovraindebitamento e questo mal si concilia (si concilierebbe) con una proposta di natura... cioè con una proposta concorrente.

A questo punto si tratta di affrontare un altro problema importante sul classamento obbligatorio (sul classamento o meno obbligatorio) perché l'articolo 74 comma III prevede che la proposta (la domanda) possa contenere una eventuale suddivisione in classi (non è obbligatoria). E a questo punto appunto però segnalo che questo non serve ai fini voto perché il voto devono essere la maggioranza dei crediti ammessi al voto. Però a questo punto si pone il problema se sia applicabile l'articolo 85 comma V sull'ipotesi di classamento obbligatorio e questo sono delle ipotesi ben delineate dall'articolo 85 nel concordato preventivo che appunto parla di tipologie di creditori che hanno... che sono portatori di situazioni disomogenee rispetto a quelle che sono le situazioni che generalmente... ricorrono degli altri creditori e quindi devono essere creditori previdenziali o fiscali non integralmente soddisfatti, o titolari creditori titolari di garanzie prestate da terzi, o creditori soddisfatti con utilità diverse dal denaro. È auspicabile che questo classamento obbligatorio venga incluso nel concordato minore per questa tipologia di creditori perché il principio sempre della par condicio nel senso che è giusto che i creditori vengano classificati per posizione omogenee e che quindi qualora ci sia una situazione di disomogeneità ci sia una classe obbligatoria.

Il problema del classamento si ricollega anche a quello del conflitto di interessi perché ci sono dei creditori che non possono essere ammessi al voto e non possono essere computati ai fini della maggioranza. Questa è una norma molto importante. Sicuramente c'è una norma in materia di concordato minore che è l'articolo 79 II comma che prevede i familiari che non possono essere ammessi al voto e non sono computabili ai fini delle maggioranze. Questi non sono soltanto... il coniuge, la parte dell'unione civile, i conviventi, i parenti affini entro il quarto grado, i cessionari aggiudicatari dei crediti di questi soggetti (proprio dei loro crediti)

da meno di un anno dalla domanda.

Questi già per legge sono esclusi dal voto. A questo punto si pone il problema se in applicazione dei principi espressi dalla Cassazione anche recentemente per esempio la Cassazione 2018 17186 il quale... la quale sancisce il principio (ribadisce il principio) della corretta formazione delle maggioranze in sede di voto, se applichiamo questi principi allora possiamo anche dare spazio fra i soggetti in conflitto di interessi che sono esclusi dal voto, i creditori di cui all'articolo 109 in materia di concordato preventivo che parla genericamente al comma V dei creditori in conflitto di interessi. Quindi questi non sono già individuati dal legislatore ma sono poi liberamente valutabili dal giudice. Questo potrebbe poi dare luogo... chiaramente questo è un ampliamento da un lato necessario per la corretta formazione del voto che però già potrebbe dare luogo a delle osservazioni (a delle contestazioni). Quindi questo è un argomento anche molto delicato.

A questo punto poi non viene prevista neanche la moratoria e quindi è un altro problema se dobbiamo ritenere ammissibile la moratoria che è già prevista nel concordato preventivo con un ampliamento addirittura a due anni rispetto a quella di oggi (odierna). Questa moratoria chiaramente riguarda i creditori muniti di privilegio, pegno, ipoteca o altri privilegi salvo che sia prevista la liquidazione del bene su cui cade il privilegio.

Ora si ritiene di sì questa moratoria, per varie ragioni. Intanto perché tende ad agevolare il sovraindebitato. Si evita che il sovraindebitato abbia l'assillo, di reperire immediatamente delle risorse per soddisfare questi soggetti privilegiati chiaramente togliendo flussi e denaro, risorse destinate alla continuità. Quindi a questo punto c'è questo favor per l'ammissibilità della moratoria pur tenendo presente che ne derivano delle conseguenze, si deve applicare in toto la norma delle conseguenze ai fini del computo del voto di cui all'articolo 86 che prevede che nel computo del voto si deve avere riferimento alla differenza fra il credito con interesse e il valore dei pagamenti previsti dal piano determinato sulla base di un tasso di sconto particolare. C'è una norma molto specifica però se vogliamo la moratoria si deve anche considerare queste conseguenze ai fini del computo del voto di questi creditori.

Ora esaminiamo questioni un po' più processualistiche.

Vi deve essere un ricorso, si prevede l'obbligo della difesa tecnica perché rientra nell'articolo 9 che è un principio generale che sancisce l'obbligo della difesa tecnica salvo che sia espressamente derogato cosa che qui non c'è, e quindi abbiamo il ricorso che deve contenere la proposta. Di solito appunto contiene la misura e i tempi e le modalità di soddisfacimento e poi deve essere accompagnato dal piano, anche se nella pratica vediamo che molto spesso il piano è inserito nella proposta ma comunque va anche bene, non è una questione che può portare a delle conseguenze.

Chiaramente deve essere dettagliato il piano perché il principio è sempre quello: il consenso informato dei creditori. Siccome questa procedura è veloce, dovrebbe essere veloce compati-

bilmente con i nostri carichi di lavoro comunque dovrebbe essere veloce, è chiaro che già dall'inizio si deve ben capire la storia, come dicevano i colleghi in precedenza, la storia dell'imprenditore. Cioè deve intanto deve ricostruire la situazione esistente, bisogna indicare sempre nel piano le cause dell'indebitamento, le misure da adottare, il programma, il piano, l'attività di ristrutturazione che vuole fare il debitore per superare la crisi, e i flussi che sono attesi da questa continuazione dell'attività o imprenditoriale o professionale.

Per quanto riguarda la documentazione è sempre... è una documentazione standard già prevista (espressamente prevista) dall'articolo 75 su cui non mi soffermo perché sono le norme che ancora... che già applichiamo nell'accordo. Ed è invece l'innovazione che però di cui già un po' hanno parlato già i colleghi (anche la professoressa) è la relazione dell'OCC. Perché in questo caso l'OCC assume in particolare nel concordato minore una triplice veste: di advisor, di attestatore e di commissario giudiziale. Praticamente ha un ruolo importantissimo come dicevano anche gli altri avvocati. È chiaro che si auspica che malgrado assista il debitore nella fase di elaborazione della proposta, si auspica che abbia un ruolo di terzietà ma questo è fondamentale. Cioè è chiaro deve avere un ruolo di terzietà.

Chiaramente anche questa relazione deve essere particolareggiata e come nel piano deve indicare le cause, le ragioni per cui si è arrivato a questo indebitamento, le modalità di soddisfacimento, i tempi e i criteri di formazione delle classi.

A questo punto è anche importante che nella relazione, in applicazione dell'articolo 76 comma III, si parli del soggetto finanziatore. E di questo già hanno parlato anche il collega Leuzzi, già abbiamo parlato, quindi su questo sarò sintetica. Perché c'è una valutazione di meritevolezza questa volta riferita al creditore ossia nella relazione dell'OCC si deve ben capire se il soggetto finanziatore al momento del finanziamento abbia o meno tenuto conto del merito creditorio del debitore. Quindi la meritevolezza in questo caso è per il creditore e le conseguenze sono anche abbastanza importanti anche se vabbè, mi pare che diceva il collega forse più importanti sulla carta, comunque che si nega il diritto all'opposizione, all'omologazione e/o al reclamo in sede di omologa e non potrà neanche far valere le ragioni di inammissibilità di questa proposta salvo il dolo. Quindi in questo caso c'è un duplice esame: il dolo del creditore e il merito creditizio se ha tenuto conto il soggetto finanziatore.

L'articolo 76 IV comma dice sempre che l'OCC poi deve dare incarico subito agli enti, all'ente di riscossione degli uffici fiscali, che devono poi quantificare gli indebitamenti in modo che sempre nella domanda e nella relazione allegata e nel piano sia chiara la situazione di indebitamento.

Come diceva anche il collega Leuzzi anche in questo caso abbiamo la sospensione del corso degli interessi ai soli effetti del concorso, quindi qualora venisse dichiarato inammissibile riprenderebbero il loro corso. E a questo punto si pone il problema se come nel concordato preventivo, vengono richiamate le norme sulla liquidazione giudiziale, se siano applicabili le

norme sulla compensazione o di quell'articolo 155 anche un principio sul diritto dei creditori privilegiati nella ripartizione dell'attivo. Chiaramente sono piccoli flash perché qui si apre un dibattito su questi punti se siano o meno applicabili.

Allora arriviamo al vaglio di ammissibilità e al decreto di apertura.

Intanto è di competenza del giudice monocratico. Il giudice si può fermare ad una inammissibilità formale, a una inammissibilità sostanziale, a una inammissibilità per manifesta infondatezza.

Quella formale, è semplice evidentemente, cioè ci devono essere... o manca la documentazione, o è assoggettabile a procedure maggiori, o si è sdebitato nei 5 anni, oppure se già sdebitato senza limiti di tempo per due volte.

Invece quella sostanziale, e qui entra in gioco veramente il vaglio del giudice, sono gli atti in frode ai danni dei creditori e questo è un argomento importantissimo.

Poi l'altro vaglio che può fare il giudice è la manifesta non fattibilità economica del piano. Chiaramente questa è un'ipotesi un po' limite nel senso che è difficile che già appaia manifestamente non fattibile perché già il lavoro è stato fatto dall'OCC però potrebbero verificarsi dei casi in cui per fatti sopravvenuti fra il momento dell'elaborazione dell'OCC e il momento del vaglio del giudice siano intervenuti fatti sopravvenuti che portino a ritenere manifestamente non fattibile da un punto di vista economico il piano.

Questo è un vaglio importante perché è un vaglio che poi preclude l'omologa, quindi è inutile andare avanti con le operazioni di voto se non... se già la cosa è evidente.

A questo punto il giudice emette il decreto di apertura. Ci sono delle forme di comunicazione, pubblicazione che sono espressamente previste dalle leggi (non mi soffermo). Darà il termine di 30 giorni per le adesioni o non adesioni, segnalando appunto che c'è anche il silenzio assenso e una particolarità è che già in questa fase ci possono essere delle contestazioni. Queste contestazioni sono utili per vari motivi. Intanto che c'è un'anticipazione del contraddittorio che poi ci si ritrova all'omologa. In secondo luogo, e questa secondo me è la cosa più rilevante, sempre nell'ottica del favor per il debitore che già il debitore può eventualmente dare dei chiarimenti unitamente all'OCC. Quindi già possono anche essere attenuate (o superate) problematiche che poi si ritroveranno sicuramente qualora non risolte in sede di omologazione.

Questo decreto va trascritto e c'è qui una particolarità che si prevede anche nel caso in cui sia previsto l'affidamento a terzi di beni mobili o immobili. Già questo è un po' collide con le norme sulla trascrizione che dovrebbero essere diritti reali, si prevedono anche diritti obbligatori, comunque è scritto così. Nulla si dice per marchi e brevetti ma è evidente che si devono utilizzare le forme di pubblicità, e poi con questo penso di dover finire, si dispone che non possano essere iniziate o proseguite azioni esecutive, disposti sequestri conservativi, acquisiti diritti di prelazione, su istanza del debitore (non c'è l'automatic stay come diceva il collega Leuzzi). E poi su autorizzazione del GU (del giudice unico, cioè il giudice monocratico) possono essere disposti, essere autorizzati, gli atti di straordinaria amministrazione a pena di inefficacia degli atti compiuti.

*COMMENTO ALLA RELAZIONE DEL DOTT. LEUZZI*

Con riferimento alla posizione del pignoramento di quinto, come dire pure apprezzando (in gran parte condividendo) le osservazioni dell'ottimo Salvo (Leuzzi), segnalo (e solo perché in sala vedo dei curatori che lavorano presso il Tribunale di Milano e degli avvocati che lavorano nel tribunale di Milano) che sostanzialmente la prassi sul precedente pignoramento di quinto (cessione di quinto) e successivo accesso alle procedure di sovraindebitamento è sostanzialmente bipartita, nel senso che la precedente cessione o il precedente pignoramento è opponibile alla successiva procedura di sovraindebitamento ma nei limiti della debitoria risultante a seguito della ammissione alla procedura. Viceversa, nell'ipotesi di liquidazione giudiziale, è del tutto inopponibile. Questo probabilmente attiene al mancato richiamo, alla configurabilità della liquidazione giudiziale attuale (domani liquidazione controllata) come sostanzialmente un fallimento del debitore civile con l'applicazione dell'articolo 44 della legge fallimentare. Disposizione che invece non è richiamata dal 169 che riecheggia di più di procedure di piano del consumatore e accordo di ristrutturazione nell'attuale formulazione.

Per quanto riguarda le ipoteche. La questione delle ipoteche prendiamo atto, come dire, della diversa opinione da ultimo espressa da ultimo espressa da un solo precedente, mi pare, del tribunale di Monza. In linea generale nel tribunale di Milano non si ritiene invece che il mancato pagamento del creditore ipotecario possa giustificare la falcidia del credito ipotecario e una rimodulazione d'ufficio del debito ipotecario perché pare essere in contrasto con l'articolo 8 comma 4 della legge 3 del 2012. Si è ritenuto invece in una serie di precedenti che nell'ipotesi in cui il debito con l'ipotecario non sia passato in sofferenza, quindi si ha regolarmente pagato, possa come dire in qualche modo restare a lato del piano e proseguire regolarmente (quindi con salvezza sostanzialmente dell'immobile) salvo evidentemente il giudizio di cram down che spetta agli altri creditori.»

## *LA LIQUIDAZIONE CONTROLLATA*

Eviterò di fare una carrellata che tenta un'esegesi delle nuove norme sulla liquidazione controllata. Cercherò piuttosto di farne un inquadramento permettetemi la parola culturale perché siamo in una fase storica estremamente importante, quella dell'approvazione di un nuovo codice della crisi di impresa. Una fase storica, come dire, che capita probabilmente una volta nella vita di vedere. L'ultima volta era capitato nel 1942 e quindi secondo me cercare di ricostruire il tessuto culturale di base da cui si parte, potrebbe essere il miglior strumento per cercare di comprendere quello che stiamo per vivere.

Il tema della liquidazione controllata. Un tema assolutamente vecchio, antico, passato remoto. Perché effettivamente della liquidazione controllata oggi ma del fallimento del debitore civile, come si diceva, se ne parlava già nella dottrina liberale della fine del 1800 e poi per tutto quanto la prima parte del 1900. L'attenzione che la dottrina dedicava a questo tema è intuibile nel momento in cui si trattava di varare una riforma importante come la nuova legge fallimentare nel 1942, i giuristi, o i migliori giuristi erano lì ad interrogarsi "ma per quale motivo il fallimento dell'imprenditore sì e invece il fallimento del debitore civile no". La questione poi come sapete si è risolta nel 1942. Il fallimento è solamente per l'imprenditore che non sia piccolo e invece il debitore civile non poteva fallire. La questione è stata anche sottoposta all'esame della Corte costituzionale negli anni 70 ma è stata rigettata dicendo la Corte Costituzionale che evidentemente rientrava nella discrezionalità del legislatore quella di scegliere se far fallire o non far fallire un debitore civile. E questo aveva tenuto sufficientemente quantomeno fino agli anni 90, quando poi l'esplosione del credito al consumo da una parte e la possibilità di ottenere l'esdebitazione per quanto riguarda invece l'imprenditore commerciale dall'altra, aveva fatto dubitare della correttezza di questa scelta.

Poi abbiamo avuto la legge 3 del 2012 le cui lacune (incertezze applicative) come dire sono sotto gli occhi di tutti per cui il legislatore delegante nel 2017 e, successivamente nel 2019, ha ripreso di petto la questione. Una questione come vi dico antica.

Scrivava Vivante il padre del diritto commerciale, citato meritoriamente da Salvo Leuzzi nella sua relazione, che finché l'attivo di un patrimonio eccede il passivo, il legislatore può lasciare che ogni creditore eserciti spontaneamente il proprio diritto ma quando quel patrimonio non basta per tutti, la libertà dell'esecuzione individuale costituisce un premio ai creditori più pronti, più vicini, meno scrupolosi a scapito dei più benevoli, dei più lontani che perlopiù giungeranno dopo che il patrimonio del debitore è esaurito. Un dovere di giustizia sociale impone in quel frangente, al legislatore l'obbligo di costruire una massa di tutti i beni del debitore affinché si ripartiscono fra tutti i suoi creditori, nella stessa misura, e questi siano compag-

-ni nelle perdite come furono compagni nella fiducia verso il debitore comune.

Per quale motivo deve vincere il debitore più pronto ad agire esecutivamente in modo forzato e di quel, invece, patrimonio non si crea una massa? E Vivante - che era Vivante appunto - ricostruisce tutte quante le ragioni del concorso tra creditori anche nel debitore civile, partendo niente meno dalle leggi delle dodici tavole con una storiellina piuttosto curiosa. Il debitore che non pagava, infatti, poteva essere preso con la forza e le membra strappate dai vari creditori, e si aveva cura di precisare nella legge delle dodici tavole che, se qualcuno avesse preso un pezzo maggiore della porzione di credito che gli spettava non faceva niente. A riguardare dalle leggi delle 12 tavole la storia del diritto medievale ci accorgiamo che, prima dell'Ordonnance pur le Commerce del 1673, sotto Luigi XIV, negli statuti comunali si prevedeva l'applicazione generalizzata del principio del concorso anche a homini che non sono mercanti. Dove homini è ovviamente scritto con la "h".

De Semo è un autore del 1946, dopo la legge fallimentare ricostruisce tutta quanta la legislazione in un sacco di paesi: Inghilterra, Norvegia, Austria, Finlandia, Danimarca, Germania, Olanda, Stati Uniti, Cina, Giappone e racconta che, in tutte queste legislazioni, a partire dal 1861 in realtà si prevedeva la possibilità di un concorso sul patrimonio del debitore civile. In Francia però con l'ordinanza generale del 1673, la grande matrice dei codici moderni, la frase generica che faceva tutti fallibili, è scomparsa, ed il fallimento si limitò espressamente ai commercianti senza che alcuno ne dicesse verbo, quasi che questa limitazione corrispondesse allo stato di fatto e di vero mancava in quei tempi fuori dal commercio una borghesia che avventurasse il suo nelle industrie agricole e edilizie. Non ricorreva al credito che il commerciante o il fabbricante. E quindi, dal 1673 questa estensione del fallimento esclusivamente agli imprenditori, la ritroviamo pari pari nel Codice di Commercio francese del 1807 e poi quello italiano del 1867, nel 1882 e infine nella legge fallimentare del 1942. Però qui il legislatore si doveva confrontare con il pensiero di sostanzialmente tutta la dottrina che diceva "fate fallire anche il debitore civile perché è un sistema di razionalità" e anzi Vivante commentando la legislazione inglese e tedesca diceva che "la legge", in modo ammirato e guardate nella modernità, "autorizza il giudice ad assolvere il debitore disgraziato da ogni debito ancorché la liquidazione non abbia dato ai creditori che una parte irrisoria del loro avere. Il debitore può fare a meno del loro concordato, il fallimento è una liberazione per lui. Questo sistema si spiega presso un popolo operoso ed onesto ed energico che vuole aprire la via della redenzione economica. Un fallito che deve lavorare tutta la vita per pagare i debiti arretrati perde ogni energia. È un cittadino perduto, e la legge lo salva redimendolo dai debiti". Quindi nel 1928 era chiara sia l'idea del concorso sia l'idea del fresh start per iniziare appunto una nuova strada al debitore. Nel 1942 queste questioni note al legislatore denotano che in allora non esisteva nel codice di procedura precedente al '42 l'intervento nel processo esecutivo. L'intervento nel processo esecutivo permette l'estensione del pignoramento. Quindi il legislatore dice "man mano che

ogni creditore arrivava, io prendevo un pezzo in più del patrimonio del debitore, fino potenzialmente a prenderlo tutto quanto attraverso i noti istituti del cumulo dei mezzi di espropriazione" così dicendo il legislatore aveva trovato una soluzione esauriente e tuttavia non esorbitante dal quadro dell'esecuzione singolare al problema dell'esecuzione forzata concorsuale contro il debitore individuale. Questo è il quadro culturale di fronte al quale si trova il legislatore del 2017 o meglio ci troviamo di fronte a un quadro completamente assopito, nessuno di noi se lo ricordava più, nei libri... nelle leggi fallimentari, nei libri di diritto fallimentare non troviamo praticamente cenno a questa questione. Ma la legge sul sovraindebitamento del 2012 pone un grosso limite all'operatività di questi principi. Perché? Perché è solo il debitore che la può chiedere. È solo il debitore che può alzare le mani e dice "voglio fare un concordato, voglio fare un piano del consumatore, oppure mi arrendo, ti do tutto, facciamo una liquidazione" in allora giudiziale oggi controllata. Da domani (cioè da agosto 2020) la liquidazione controllata del debitore civile potrà essere richiesta da chiunque. Questa previsione, cioè è come dire culturalmente da approvare. Questa opzione culturalmente è da approvare perché appunto risponde a un principio di razionalità e di riduzione dei costi anche in favore del debitore e di tutti quanti i creditori, l'idea di una procedura concorsuale anche nei confronti del debitore civile. Però dobbiamo rendercene conto della pericolosità anche sociale e dobbiamo interpretarla correttamente.

La disposizione dell'articolo 268 comma 2 che a mio modesto avviso è nella struttura del codice importante come le misure di cui agli articoli 12 e seguenti. Sono i due pilastri del codice della crisi: misure d'allerta da una parte, per il debitore civile invece l'articolo 268 comma 2. Che cosa dice l'articolo 268 comma 2? Ha una dizione dirompente perché dice che la domanda di liquidazione controllata può essere presentata da un creditore anche in pendenza di procedure esecutive individuali. Mi fermo qui perché non mi interessa il pubblico ministero in questo momento. Anche in pendenza di procedure esecutive individuali e quindi non necessariamente in pendenza di procedure esecutive individuali. Quindi anche, siccome condizione essenziale dell'azione esecutiva è il titolo esecutivo, quindi anche senza il possesso del titolo esecutivo.

Ora facciamo un esempio pratico perché altrimenti, come dire, non vi rendete esattamente conto degli effetti potenzialmente dirompenti del sistema di tutela dei diritti della disposizione. Il condominio tendenzialmente ha interesse ad estromettere il condomino moroso dalla comunione. Perché? Perché possiamo asserire con buon grado di razionalità, che il condominio ad oggi sa perfettamente che iniziando un'azione esecutiva nei confronti del condomino moroso sarà superato dal creditore ipotecario che a quel condomino aveva dato i soldi per comprarsi la casa. La questione si basa su un parametro di "è forse così?". Siccome a me piacciono i dati, mi sono fatto ricostruire i dati da una società che spesso collabora con il tribunale nella quale è risultata che dei 9 mila immobili ad uso abitativo che abbiamo in esecuzione

forzata negli anni dal 2016 al 2018, il 60% prevede come composizione del passivo - diremmo da fallimentaristi - condominio e creditore ipotecario. Il condominio se va ad agire esecutivamente spende una marea di tempo e di soldi. Perché? È presto detto. Prima di tutto devi ottenere un decreto ingiuntivo. Per carità provvisoriamente esecutivo e senza l'articolo 63 bis delle disposizioni attuative del Codice civile, certo, ma lo devi chiedere e lo devi ottenere. Dopodiché iscrivi al ruolo la causa, fai l'atto di pignoramento, iscrivi a ruolo la causa, paga il perito, paga il CTU, paga la documentazione ipocatastale, aspetta che il giudice, ai sensi dell'articolo 569, che fissi l'udienza. Hai chiamato tutti quanti i creditori iscritti oppure ti sei dimenticato qualcuno? E la notifica al debitore era giusta oppure non era giusta? E poi se io condominio vado in azione esecutiva individuale, i canoni a scadere non li prendo perché il giudice dell'esecuzione mi dice "non è un debito della procedura, ti dovresti munire di un titolo: è al chirografo e vai dopo l'ipotecario".

E se andassi invece in una procedura concorsuale? In una procedura concorsuale in cui oggetto dell'espropriazione non è il singolo bene ma il patrimonio nel suo complesso, i canoni condominiali guarda un po' sono anche in prededuzione.

Quindi tendenzialmente a me condominio conviene chiedere la liquidazione controllata del debitore anziché andare a chiedere l'espropriazione forzata. Qualcuno mi dirà "ma guarda non ci credo tanto, perché l'ipotecario fondiario continuerà a mantenere il privilegio dell'articolo 41 tub. Falso! Fino ad oggi la giurisprudenza ha sostenuto che in materia di sovraindebitamento l'articolo 41 tub non trovasse applicazione per la semplice ragione per cui non era espressamente previsto dalla legge, domani ancorché vi sia un richiamo dell'articolo 270 comma 5 al 150 o 151 che prevede l'ipotesi di salvezza sul creditore ipotecario, un'interpretazione di tal sorta sarebbe in espressa violazione della legge delega che voleva limitare l'ipotesi di riconoscimento del credito fondiario. Quella parte della legge delega evidentemente non è stata attuata ma l'interpretazione normativa non può essere evidentemente contraria alla legge.

Quindi avremo in prima battuta uno spostamento tendenziale, una tensione verso lo spostamento tendenziale, sulla procedura concorsuale delle istanze di tutela del credito che vanno a monte, che partono già dalla richiesta di emissione del titolo esecutivo. Quindi uno spostamento non solo nei tribunali in cui c'è divisione di questo tipo tra esecuzione e fallimento ma probabilmente tra cognizione ordinaria e fallimento.

A questo punto il tema gravissimo che si pone è quello relativo alle conseguenze di una dichiarazione di fallimento a tappeto di una massa di debitori civili.

Considerate, e questo dato lo riprenderemo, che il 20% degli italiani si considera sotto la soglia di povertà. Questo dato è importante perché deve essere misurato all'interno dei tribunali per comprendere gli effetti che potrebbero avere sul lavoro giudiziario dell'Istituto dell'esdebitazione del debitore incapiente, (quello che alza la mano e dice "io non ho proprio

niente, non c'è nulla da liquidare, rimetti a me tutti i debiti miei", ok?) Questo è il motivo per cui, nelle analisi di impatto della normativa del ministero, questo dato è emerso relativamente al 20% dei soggetti in stato di povertà.

La disposizione dell'articolo 268 comma 2 nella parte in cui dice "la domanda può essere presentata da un creditore anche in pendenza di procedure esecutive individuali" per qualcuno è sbagliata e bisognerebbe leggerla "la domanda può essere presentata da un creditore in pendenza di procedura esecutiva individuale", ok? Quel "anche" sarebbe sbagliato, in realtà quel "anche" contenuto nella legge delega, ripetuto nella legge, (quindi probabilmente è un refuso) ma il testo della legge è questo. Perché la necessaria presenza in ipotesi dell'azione esecutiva individuale? Perché dal punto di vista fenomenologico l'azione esecutiva costituisce la prova provata in sede fallimentare dell'insolvenza del debitore. Cioè quando tu hai un'impresa in cui ti dice "guarda che ho azione esecutiva con pignoramenti con esiti negativi" in tribunale il collegio dice "che dobbiamo fare? Fallisci". Non è che puoi immaginarti tante altre scorcioie. E quindi da lì si diceva "caspita, per un debitore civile poteva essere interessante il fatto di avere una prova forte dell'insolvenza". Poi dico "insolvenza" e qua tremo.

Perché la disposizione sul sovraindebitamento (l'articolo 2) ti dice che è sovraindebitato chi si trova in stato di crisi o di insolvenza, posso quindi accedere al sistema della liquidazione controllata anche nell'ipotesi di crisi del debitore? Anche nell'ipotesi quindi di pericolo di insolvenza? Di insolvenza meramente prospettica?

Probabilmente a questo risultato possiamo scongiurarlo considerando che la disposizione sulla liquidazione controllata sono contenute nel titolo dedicato alla liquidazione giudiziale, nel titolo dedicato alla liquidazione giudiziale e la liquidazione giudiziale si può aprire esclusivamente nei confronti delle imprese insolventi.

Bisogna ancora notare che a differenza della legge sul sovraindebitamento, il sovraindebitamento non è più definito come impotenza del patrimonio prontamente liquidabile (vado a memoria) per far fronte alle proprie obbligazioni. In questo quadro quindi l'analisi che dovremmo fare, se riteniamo e comprendiamo la gravità delle conseguenze di una liquidazione nei confronti di un debitore civile che vuol dire sostanzialmente aggredirlo in tutti i suoi beni: il lavoro, la casa, i mobili inseriti nella casa perché la liquidazione del patrimonio... la liquidazione controllata vuol dire sostanzialmente espropriazione forzata immobiliare, mobiliare, presso terzi questo è il senso in una sola. Allora al più presto dobbiamo tornare a riflettere e cercare di costruire un parametro razionale che delimiti adeguatamente le condizioni a cui un debitore civile deve essere soggetto alla misura gravissima della liquidazione controllata oppure debba (come diceva Vivante all'inizio) essere oggetto di esecuzione individuale perché il suo patrimonio in quanto aggredito da un solo soggetto, è potenzialmente ancora in grado di reggere il peso della debitoria senza la necessità di chiamare il concorso.

*COMMENTO ALLA RELAZIONE DEL DOTT. ROSSETTI*

Sì, volevo dire due parole su questa questione che è quella di maggior rilievo probabilmente introdotta dalla riforma del sovraindebitamento. Quindi questa sorta di carta della liquidazione assegnata al creditore.

Quindi pure il condominio dovrebbe poter essere legittimato a far valere i propri crediti nell'ambito di una procedura da sovraindebitamento anziché in una cornice procedimentale scandita dal rito processuale civile.

Ora io penso che l'approccio a queste questioni, quindi sia la posizione del debitore sia il ruolo del creditore sia la legittimazione attiva sia alle categorie crisi e insolvenza e al sovraindebitamento, vada retta secondo un'ottica sociologica, un'ottica finalistica e un'ottica costituzionale. Perché viene introdotto il sovraindebitamento? Certamente non viene introdotto per fornire al creditore uno strumento di recupero crediti perché neanche quello è rappresentato dal procedimento prefallimentare. Il sovraindebitamento viene a rispondere a due esigenze:

- la prima è quella di regolare fenomeni analoghi che sono quelli che si propongono con riferimento alle imprese sotto soglia e alle imprese agricole che sono non altro che un retaggio medievale solo per quello vengono smarcate dalla platea dei soggetti fallibili o suscettibili di apertura della liquidazione giudiziale;
- l'altro aspetto è quello per cui bisogna evitare la damnatio memoriae del soggetto debitore civile, il quale non può scontare in vita l'ergastolo della totale ablazione della sua possibilità di esercitare un lavoro, una professione, quindi di recuperare una sua posizione all'interno del sistema. Da questo punto di vista gli si attribuisce una corsia procedimentale che a cosa tende? Non solo al recupero, al soddisfacimento dei creditori ma all'esdebitazione capo 10 che chiude infatti il codice della crisi per quanto riguarda liquidazione giudiziale e liquidazione controllata. Ora la categoria della insolvenza indubbiamente va letta innanzitutto in un'ottica prospettica, quindi vanno messe a rubrica non solo l'attualità delle risorse del debitore ma gli eventi futuri che sono in grado di incidervi.

In secondo luogo è assolutamente deficitaria sul piano della tenuta costituzionale una lettura del sistema che consenta al creditore di utilizzare uno strumento ai fini del recupero crediti, la liquidazione giudiziaria, quando il suo soggetto interlocutore (quindi il destinatario del passivo dell'obbligazione) sia un soggetto che addirittura non è un imprenditore e quindi ha una sua capacità di incidere nel sistema, anche in un sistema di mercato ridotto, assolutamente blanda, sfocata e ininfluyente e che quindi si va ad iscrivere sostanzialmente in un rapporto che attinge il paradigma credito/debito fra il soggetto creditore e il soggetto debitore.

Da questo punto di vista leggere il sistema nel senso di un soggetto creditore che sulla base di

un credito non meglio dimostrato e titolato ritenga di richiedere il fallimento civile del suo debitore, significa sostanzialmente scardinare non solo il diritto delle obbligazioni (non tanto il diritto delle obbligazioni) ma lo stesso diritto di proprietà, generando per via procedimentale una scissione fra il diritto di proprietà e il suo attributo preminente che è quello di utilizzarne in via esclusiva, quindi forzando la liquidazione giudiziale ad un obiettivo che è eccentrico rispetto a quelle che sono le sue finalità, che sono quelle di regolare l'insolvenza che è una cosa seria, non è l'inadempimento grave. L'insolvenza è una cosa seria, non è un caso che nel contesto della prefallimentare, che adesso si chiamerà procedimento unitario, intervenga il Pubblico Ministero, perché un contenuto obiettivo del processo sul quale gravitano interessi, finalità, di ordine pubblicistico che sono senz'altro diversi da quelle del condominio che deve andarsi a soddisfare il credito nei confronti del debitore. Se letto in questa cornice probabilmente quella menzione del creditore che può agire nei confronti del debitore nell'ambito di un procedimento di liquidazione giudiziale, va come giustamente diceva anche il collega Fontana circoscritto se ci si appropria e si lavora su queste... su questi profili che ho cercato di narrarvi altrimenti diventa esorbitante l'utilizzo del mezzo procedimentale rispetto all'obiettivo finalistico per il quale è stato coniato dal legislatore della crisi.

*COMMENTO ALLA RELAZIONE DEL DOTT. ROSSETTI*

In primo luogo, forse una via per delimitare l'ambito di applicazione. L'articolo 2 nel dare la definizione di insolvenza, fa riferimento agli inadempimenti e alle obbligazioni (plurale). D'altro canto è normale, cioè sono categorie costruite per l'impresa e normalmente l'impresa ha più creditori e normalmente quando nell'ambito prefallimentare verificiamo i presupposti, di solito si considera appunto, come indice sintomatico di insolvenza, il fatto che esiste una pluralità di creditori perché spesso (poi dipende la dimensione del debito) il mancato pagamento di un solo creditore è più espressione di un conflitto con quel creditore magari benché quel credito sia fondato anche su una sentenza provvisoriamente esecutiva che di una vera impotenza finanziaria. Però nel momento in cui viene data una definizione di insolvenza come quella entrata nell'articolo 2, dove espressamente si fa appunto riferimento alla pluralità di inadempimenti e di obbligazioni, questo può essere un primo criterio selettivo.

D'altro canto, è vero che per dichiarare il fallimento non occorre un titolo giudiziale o un accertamento giudiziale del credito con sentenza o con decreto ingiuntivo, perché l'accertamento lo può fare in via incidentale il tribunale. Peraltro, è anche vero che la mera sussistenza di un credito non è di per sé prova di inadempimento e, di conseguenza di insolvenza. Cioè l'inadempimento non è uguale insolvenza, cioè l'inadempimento o meglio, la pluralità di inadempimenti, di norma si deve manifestare come indice di una situazione di impotenza finanziaria. Allora lavorando su queste categorie, si può evitare sicuramente che piovano nelle aule e nei tribunali centinaia di ricorsi per liquidazione controllata fondata semplicemente sul fatto di depositare una fattura. Producendo una fattura chiedo quindi una liquidazione.

Deve essere provata l'insolvenza. Certo, non è indispensabile avere la sentenza, ma non basta neanche produrre una fattura e facendo rilevare il fatto.

Sostanzialmente come nel giudizio prefallimentare oggi.

Questa come dire è materia viva su cui... che sarà oggetto ovviamente di riflessione.

Quello che è certo è che potrebbe cambiare la fisionomia organizzativa dei Tribunali perché non è da escludere che nell'arco di due o tre anni, quando il meccanismo entra effettivamente nel diritto vivente, saranno di più le procedure nei tribunali di liquidazione controllata delle persone fisiche o del consumatore o dell'impresa minore che le procedure esecutive o le procedure concorsuali diciamo principali.

**dott. Roberto Fontana**

## *I PROFILI PENALI DEL SOVRAINDEBITAMENTO*

Vista la sede vorrei evitare di entrare in eccessivi tecnicismi prettamente penalistici anche perché non credo che la platea sia praticamente interessata e magari invece vuole avere più una visione di insieme.

Allora voi sapete che quando è stata introdotta la legge 3/2012, sono stati introdotti questi istituti di cui abbiamo parlato oggi che adesso sono stati trasferiti nel codice della crisi, pur con una loro rimodulazione.

Sono state anche introdotte delle fattispecie penali.

Fattispecie penali che erano contenute nell'articolo 16 della legge 3/2012 che poi è stata modificata ed è diventata articolo 16. Queste fattispecie penali sono state adesso ricopiate tali e quali nell'articolo 344 del Codice della Crisi.

Devo dire che il legislatore del codice della crisi non aveva la delega per intervenire sul penale, quindi, mentre ha potuto riscrivere e migliorare sicuramente la formulazione delle norme diciamo civilistiche sul concordato minore, sovraindebitamento e il piano di ristrutturazione del consumatore, non poteva intervenire sulla parte penale.

E visto che queste norme penali erano scritte particolarmente male e in maniera frettolosa, le norme come risultano attualmente all'articolo 344, presentano esattamente quei difetti, che adesso sinteticamente vi dirò, che già erano emersi (erano stati già anche evidenziati dalla dottrina) nella legge 3/2012.

Allora l'articolo 344 è un articolo strutturato sostanzialmente in 4 commi.

Il primo comma prevede una serie di reati che possono essere posti in essere dal debitore sovraindebitato, tecnicamente questi si chiamano reati propri, nel senso che sono reati che possono essere posti in essere solo da un determinato soggetto che riveste la qualifica. In questo caso al comma 1 sono indicate una serie di ipotesi che vanno da a, b, c, d, e che vi illustrerò. Condotte che possono essere commesse dal debitore sovraindebitato.

Il comma 2 si riferisce al debitore che chiede l'esdebitazione ai sensi del 283. Questa è l'esdebitazione di chi non ha niente, ha una volta sola la chance di chiederlo e non come sbocco di chiusura delle altre procedure che ora ho citato.

E poi il comma 3 che prevede il reato proprio del componente dell'organismo di composizione della crisi che è un po' sulla falsariga dell'articolo 236 attuale della legge fallimentare per l'attestatore. Questi, quindi, sono reati propri. Ovviamente anche qui si può porre un problema di concorso, del cosiddetto, estraneo come in tutto. Per intenderci il concorso dell'estraneo, per fare un esempio, poi entro, potrebbe essere rispetto a condotte di alterazione di rappresentazione non corretta di dati, potrebbe essere quella del professionista che coadiuva

o istiga o suggerisce al cliente queste condotte. Però questo tema del concorso, non ha nessuna specificità nell'ambito di questa disciplina, per cui non vale la pena parlarne perché vale quel che è la giurisprudenza in generale sul tema del concorso dell'estraneo e in particolare secondo me del professionista rispetto alle condotte poste in essere dal soggetto qualificato. Allora come detto il primo, il comma 1, riguarda i reati che può porre in essere il debitore sovraindebitato. Un primo difetto che non è da poco è che in questa norma manca l'equivalente di quello che nella legge fallimentare è l'articolo 223.

Voi sapete che nella legge fallimentare l'articolo 216 unisce i reati dell'imprenditore individuale perché il codice è stato scritto nel '42 e si partiva dall'imprenditore individuale. Poi nell'articolo 223 c'è scritto "questi reati sussistono anche se le condotte sono poste in essere da amministratori, sindaci, direttori generali di società". Senza l'art. 223 i reati di bancarotta sarebbero previsti solo per l'imprenditore individuale. Se non ci fosse il 223 che estende ad amministratori, sindaci, direttori generali i reati previsti per l'imprenditore individuale non ci sarebbe l'estensione. Questa norma è indispensabile. Un equivalente di questa norma 223, non c'è qui. Ora, è chiaro che il problema non ha nessun rilievo con riferimento al piano di ristrutturazione perché quello riguarda... non riguarda l'impresa ma riguarda il consumatore, però con riferimento al concordato minore questa è una seria criticità. Perché il concordato minore può essere posto in essere da chi svolge attività di impresa e anche l'impresa in forma societaria che è sotto soglia cioè sotto la soglia dell'articolo 1 della legge fallimentare. Allora obiettivamente è un'incongruenza. Cioè l'imprenditore individuale risponde dei reati, se invece quelle condotte sono poste in essere da un amministratore di una società (di una srl) che non raggiunge quella soglia, non è possibile perché nel diritto penale non è che si possa procedere per applicazione analogica in base alla ratio della norma. Questa è una lacuna non da poco. Cioè condotte distrattive (e poi vedremo in che limiti) poste in essere dall'imprenditore individuale, ne risponde l'imprenditore individuale. Se ad accedere alla procedura di concordato minore è un srl, - tenete presente della diffusione che c'è oggi della forma societaria srl - per cui è possibile in concreto che ci sia una srl sotto soglia. E questo obiettivamente non è che sia una scelta di politica di diritto opinabile, è una pura incongruenza perché è evidentemente una dimenticanza. Quindi se si vogliono tenere in piedi queste norme penali, è chiaro che queste sono lacune che vanno assolutamente superate.

Veniamo adesso alle condotte.

La prima condotta è: è punito con la reclusione da 6 mesi a 2 anni (meno pesante delle sanzioni previste per la bancarotta, che sono da 3 a 10 anni) chi al fine di ottenere l'accesso alle procedure di composizione della crisi da sovraindebitamento aumenta o diminuisce il passivo ovvero sottrae o dissimula una parte rilevante dell'attivo ovvero dolosamente simula attività inesistenti.

Qui non c'è, come nel reato di bancarotta che conosciamo dalla legge fallimentare, una

sentenza come elemento costitutivo di punibilità del reato ma come limite..., al fine di ottenere l'accesso a queste procedure aumenta o diminuisce il passivo, sottrae o dissimula una parte rilevante dell'attivo, ovvero dolosamente simula attività inesistenti.

"Sottrae o dissimula una parte rilevante del attivo" vabbè, è la classica bancarotta, è la classica condotta già descritta dal 216 per le società, è la classica condotta di distrazione.

"La dolosa simulazione di attività inesistenti" pure contenuta nell'articolo 216 è ambigua, perché non si capisce bene cosa significa l'espressione "aumenta o diminuisce il passivo". Intesa alla lettera, a mio avviso, non ha molto senso. Perché uno che diminuisce effettivamente il suo passivo dovrebbe porre in essere una condotta contro ius? Vabbè, se c'è la preferenziale è un altro discorso ma poi di questo se ne parla dopo, qualcosa di equivalente alla preferenziale. Allora, "aumenta o diminuisce il passivo" si deve intendere in base alla ratio della norma come una rappresentazione fittizia in aumento o in diminuzione del passivo. Quindi al fine di ottenere l'accesso alla procedura, cioè con finalità ingannatoria, si dà rappresentazione di un passivo maggiore per far ritenere che ci sono i presupposti del sovraindebitamento e convincere i creditori che gli conviene accettare questo. Oppure condotta opposta, occultare la vera entità del passivo per convincerli che ci sia qualcosa da prendere e invece la situazione è decisamente peggiore. Però l'espressione "aumenta o diminuisce il passivo" così è scritta male perché non ha senso e si deve invece intendere nella prospettiva della lesione del consenso informato dei creditori, quindi come rappresentazione non veritiera del dato del passivo.

"Al fine di ottenere l'accesso alla procedura" ecco, cosa significa "al fine di ottenere l'accesso alla procedura"? Allora, per il caso di aumento o diminuzione del passivo o di rappresentazione del passivo, vabbè evidente. Cioè vuol dire che tu poni in essere quelle condotte al fine di trarre in inganno i creditori. Quindi è un reato dello specifico ma già questo incide, come dire, ha una capacità selettiva sulla condotta, cioè devono essere condotte che devono essere idonee ad ingannare. Non è che se io faccio un piccolo scostamento del passivo, questa è una capacità ingannatoria perché è ininfluente rispetto all'orientamento che si fanno i creditori. Questo è anche un principio generale di offensività della condotta.

Quindi "al fine di ottenere l'accesso alle procedure" ha questo significato rispetto a una condotta per esempio di rappresentazione non corretta del passivo.

Idem, lo stesso vale, per la simulazione di attività inesistenti, perché la logica è sempre quella ingannatoria.

È più complicato dire cosa significa "sottrae o dissimula una parte dell'attivo al fine di ottenere l'accesso alla procedura". Perché, tenete presente che nel reato di bancarotta (il 216) la condotta distrattiva rileva in sé, non si chiede il nesso di causalità, non si richiede che sia causa del dissesto. Non è un reato a dolo specifico. Adesso la giurisprudenza sta facendo delle elaborazioni nella prospettiva del reato di pericolo concreto per delimitarne l'ampiezza temporale. Ma un tempo si diceva "se anche vent'anni prima tu hai impoverito la garanzia patrimoniale, e

poi si verifica il fallimento" indipendentemente da qualunque rappresentazione del fallimento, indipendentemente da qualunque nesso di causalità "tu rispondi di bancarotta". Cioè tu non devi mai impoverire la garanzia patrimoniale sottraendone dei beni, e il fallimento fa scattare la responsabilità per bancarotta senza che sia necessario che il fallimento debba essere un evento legato al nesso di causalità con la condotta o che sia rappresentato come oggetto del dolo. Questo è pacifico.

La più recentissima giurisprudenza della Cassazione facendo propria la dottrina penalistica che era andata in questo senso (penso soprattutto Pedrazzi ecc...) valorizza invece la categoria del pericolo concreto. Dice "è vero che non c'è il nesso di causalità con il fallimento, ma nel momento in cui la poni in essere (la condotta) deve rappresentare un pericolo concreto per la garanzia patrimoniale". Di conseguenza l'amministratore di una società in bonis che usa i soldi della società per andarsi a fare le vacanze (ovviamente non attraverso gli utili) compirà un reato di appropriazione indebita violando il patrimonio in danno dei soci ma non viola, un reato di bancarotta anche se poi per altre ragioni interviene il fallimento.

Quindi deve essere o una condotta posta in essere in una situazione che è già in qualche modo di crisi, e quindi allora assume sì il significato di una lesione magari alla garanzia patrimoniale, oppure non c'è ancora una situazione di crisi ma l'entità dell'aggressione al patrimonio è tale da mettere in pericolo la garanzia patrimoniale.

Qui invece si dice "al fine di ottenere l'accesso alla procedura" allora "al fine di ottenere l'accesso alla procedura" è chiaro che non ha senso in termini di consenso informato. Cioè non è che uno distrae il bene per convincere i creditori, non può voler dire questo. Questo è perché sono scritte male le norme. Perché una lettura letterale sarebbe priva di senso. Allora io credo che l'unico modo per dare un senso "al fine di accedere alle procedure" con riferimento alla sottrazione e alla condotta proprio di sottrazione dei beni, sia nella prospettiva di... quindi vuol dire che "tu, sapendo che stai per chiedere una procedura (che è l'accesso alla procedura) o comunque sei in una prospettiva... al momento prossimo all'apertura della procedura, sottrai i beni non ai fini entrare nella procedura, al fine poi di sottrarla ai creditori a cui proponi la procedura.

Allora è chiaro che in questo modo, letta in questo modo, che è l'unico ragionevole, ha una portata selettiva sulla fattispecie molto stringente, forse troppo stringente, forse troppo stringente perché costruendo la condotta di distrazione come reato a dolo specifico... Cioè se da una parte la giurisprudenza ha sentito l'esigenza di rielaborare il reato di condotta per distrazione come pericolo concreto perché era troppo dilatata per restringerla, farlo diventare un reato a dolo specifico, rischia di delimitare troppo la fattispecie penale perché io, non al fine di accedere alla procedura, posso porre in essere condotte gravemente depauperative del mio patrimonio, ma in quel momento non mi rappresento in qualche modo la prospettiva della procedura. Lo posso fare anche un anno prima, due anni prima e non rispondo penalmente.

Qualche anno fa - la commissione Nordio - aveva proposto di introdurre il reato sostanzialmente sarebbe la bancarotta del debitore civile. Cioè qualunque condotta di distrazione (di dissipazione) del patrimonio, poi si può ora il problema del pericolo concreto, vale anche per il debitore civile.

Tenete presente che in Germania è stata introdotta nel 1976. Cioè in Germania nel 1976 è stata introdotto il reato di bancarotta fraudolenta del debitore civile, non c'è la bancarotta semplice perché la bancarotta semplice essendo un reato colposo come dire viene configurata solo per l'imprenditore.

In Germania esiste il reato di bancarotta fraudolenta del debitore civile, invece non c'è il reato di bancarotta semplice. Quindi questa norma andrà riscritta e secondo me la soluzione deve essere: "i reati di rappresentazione fittizia dell'attivo e del passivo devono essere nella prospettiva ingannatoria dei creditori, il reato invece di sottrazione dei beni del patrimonio deve essere contestato come reato di bancarotta se mettono in pericolo la loro entità, la garanzia patrimoniale". Spero che se si fa una legge delega sul penale venga riaggiustata questa norma con un allineamento alla dottrina, alla giurisprudenza, al sistema tedesco che insomma è il paese più importante anche economicamente in Europa. La fattispecie successiva diciamo, l'equivalente bancarotta documentale, se voi la leggete "contraffà, altera, occulta, distrugge" è intesa solo come condotta materiale di alterazione distruzione della contabilità invece la bancarotta documentale per le imprese è anche la falsificazione in termini di falso ideologico. Allora a maggior ragione vale che, nella lettera precedente, quel "aumenta o diminuisce il passivo" si deve intendere come rappresentazione.

Cioè qui si parla nella lettera B solo dell'alterazione materiale perché l'alterazione, diciamo ideologica delle scritture contabili o comunque della rappresentazione del proprio patrimonio, la si fa nella lettera A con il nascondimento dell'attivo, l'aumento la diminuzione del passivo.

La terza ipotesi, la lettera C, "effettua pagamenti in violazione del piano di ristrutturazione".

Le condotte precedenti erano anteriori all'ammissione della procedura, questa è successiva.

Allora "effettua pagamenti in violazione del piano di ristrutturazione del debito del concordato minore... del concordato minore". Questo cosa significa? Cioè che tu... i pagamenti che esegui ma ovviamente dei crediti, chiamiamolo concorsuali (perché poi è chiaro che se tu assumi nuove obbligazioni per vivere, quelle le devi pagare), ovvero con riferimento ai debiti cristallizzati diciamo nel piano concordatario, tu devi pagarli secondo il piano. E questo, in altri termini, è una bancarotta preferenziale, usando le categorie sarebbe come dire post-fallimentare.

Cioè mentre la bancarotta preferenziale che conosciamo nella legge fallimentare sono i pagamenti eseguiti prima, qui non c'è una fattispecie di bancarotta preferenziale per pagamenti eseguiti prima. Però una volta che tu hai omologato il piano, non puoi andare a pagare chi ti pare, deve pagare i creditori precedenti rispettando il piano altrimenti commette un reato,

una sorta di preferenziale post ammissione alla procedura.

Poi c'è un'altra norma che è interessante; "chi dopo il deposito del piano di ristrutturazione del debito della proposta di concordato preventivo aggrava la sua posizione debitoria". Allora cosa significa "aggrava la sua posizione debitoria"?

È evidente che non si può dire "non puoi più assumere debiti" perché quantomeno per le persone fisiche gli devi consentire di svolgere delle attività, ecco, quindi che generano debiti. Allora questo significa che tu puoi sia assumere debiti ma li devi assumere almeno in un'ottica ex ante ragionevole di equilibrio tra costi e ricavi, tra attività e passività. Cioè non devi aggravare la tua posizione patrimoniale perché certo che se uno viene ammesso al piano e poi va a peggiorare la propria posizione patrimoniale... Ovviamente però è punito a titolo di dolo, non ha titolo di colpa.

Quindi uno che deliberatamente va ad assumere consapevolmente obbligazioni a cui non può far fronte e quindi aggravando ulteriormente lo sbilancio patrimoniale, commette questa fattispecie.

Il problema un po' più delicato è il rispetto, questo in generale e quindi per la persona fisica, perché il concordato minore può essere anche in continuità. Allora è evidente che un'impresa che opera in continuità assume debiti perché altrimenti non c'è continuità. E allora vale quello che dico io, cioè tu puoi operare perché è stato omologato un concordato in continuità, puoi operare però quantomeno hai un'ottica ex ante, tu devi farlo in condizioni, con modalità tali per cui il tuo piano prevede la copertura dei costi con i crediti e relativi incassi.

È evidente che post si può verificare lo spostamento, però la fattispecie a differenza della bancarotta semplice non è punita a titolo di colpa ma è punito a titolo di dolo. Quindi se invece tu deliberatamente devii dal piano concordatario e scegli modalità di gestione nel corso della continuità aziendale che ti porta ad aggravare, allora rispondi di questa fattispecie.

L'ultima è: "intenzionalmente non rispetta i contenuti del piano di ristrutturazione dei debiti del concordato minore".

Beh, questa è una norma di chiusura, cioè indipendentemente se la condotta non rientra in una di quelle precedenti però pregiudica il piano. Questa è una fattispecie forse che mi lascia un po' perplesso perché la componente selettiva è tutta incentrata sull'elemento soggettivo. Perché è chiaro che da un punto di vista oggettivo... cioè qualunque... è chiaro che deve esserci un rispetto e un rispetto però anche qui doloso.

Se queste norme fossero scritte un po' meglio, probabilmente tutti questi problemi interpretativi non si pone, non si pone.

Io poi sul resto mi limito a dire che l'articolo successivo riguarda chi chiede l'esdebitazione e poi c'è la norma che riguarda i componenti degli organismi. Sui componenti degli organismi sostanzialmente vale quello che la dottrina della giurisprudenza ha detto sul 236 rispetto all'attestatore.

La vera questione è come sempre il problema delle valutazioni, cioè cosa significa "veridicità". Voi sapete che la giurisprudenza è nel senso che anche il falso può avere per oggetto le componenti valutative. In che senso va delimitato? Cioè vi può essere falso rispetto ad atti, ad elementi deontologicamente valutativi, quando tu consapevolmente manipoli (presupposto di fatto da cui deriva il dato), allora in questo è vero che c'è una componente valutativa. Ma, se tu alteri il presupposto di fatto, cioè se io parlo di crediti, c'è una componente valutativa sul valore reale di mercato, però se io avallo crediti inesistenti, questo non puoi dire che è un falso valutativo perché lì altero il presupposto di fatto. Oppure se mi discosto clamorosamente e quindi dolosamente da regole tecniche o legali del tutto pacifiche.

Queste fattispecie e po' riecheggiano, un po' ricalcano le problematiche tipiche dei reati fallimentari ma presentano, proprio perché la struttura è un po' diversa, delle problematiche specifiche ed emergono anche delle significative lacune.

Le due lacune che vi ho evidenziato:

- 1) che non sono coperte le società
- 2) le condotte distrattive che non siano poste in essere dal debitore civile e che non siano direttamente finalizzate comunque in prossimità dell'accesso alla procedura, non rimangono punite. Invece io credo che ci sia un'esigenza di introdurre l'ordinamento a tutela dei creditori, una norma che colpisca le condotte dolose volta a svuotare il patrimonio a danno dei creditori.