Insolvenza civile

Composizione delle crisi da sovraindebitamento

DECRETO-LEGGE 22 dicembre 2011, n. 212

Disposizioni urgenti in materia di composizione delle crisi da sovraindebitamento e disciplina del processo civile.
(G.U. n. 297, 22 dicembre 2011, Serie Generale)

Capo I
DISPOSIZIONI IN MATERIA DI COMPOSIZIONE DELLE CRISI DA SOVRAINDEBITAMENTO

Art. 1
Finalità e definizioni

1. Al fine di porre rimedio alle situazioni di sovraindebitamento, il debitore può concludere un accordo con i creditori secondo la procedura di composizione della crisi disciplinata dagli articoli da 2 a 11.

2. Ai fini del presente decreto si intende per:

a) sovraindebitamento: una situazione di perdurante squilibrio tra le obbligazioni assunte e il patrimonio liquidabile per farvi fronte, nonché la definitiva incapacità del debitore di adempiere regolarmente le proprie obbligazioni;

b) sovraindebitamento del consumatore: il sovraindebitamento dovuto prevalentemente all'inadempimento di obbligazioni contratte dal consumatore, come definito dal codice del consumo di cui al decreto legislativo 6 settembre 2005, n. 206.

Art. 2
Presupposti di ammissibilità

1. Il debitore in stato di sovraindebitamento può proporre ai creditori, con l'ausilio degli organismi di composizione della crisi di cui all'articolo 10 con sede nel circondario del tribunale competente ai sensi dell'articolo 4, comma 1, un accordo di ristrutturazione dei debiti sulla base di un piano che assicuri il regolare pagamento dei creditori estranei all'accordo stesso, compreso l'integrale pagamento dei titolari dei crediti privilegiati ai quali gli stessi non abbiano rinunciato anche parzialmente, salvo quanto previsto dall'articolo 3, comma 4. Il piano prevede i termini e le modalità di pagamento dei creditori, anche se suddivisi in classi, le eventuali garanzie rilasciate per l'adempimento dei debiti, le modalità per l'eventuale liquidazione dei beni. Fermo restando quanto previsto dall'articolo 8, comma 1, il piano può prevedere l'affidamento del patrimonio del debitore a un fiduciario per la liquidazione, la custodia e la distribuzione del ricavato ai creditori.

2. La proposta è ammissibile quando il debitore:

a) non è assoggettabile alle vigenti procedure concorsuali;

b) non ha fatto ricorso, nei precedenti tre anni, alla procedura di composizione della crisi da sovraindebitamento.

Art. 3
Contenuto dell'accordo

1. La proposta di accordo prevede la ristrutturazione dei debiti e la soddisfazione dei crediti attraverso qualsiasi forma, anche mediante cessione dei crediti futuri.

2. Nei casi in cui i beni o i redditi del debitore non siano sufficienti a garantire la fattibilità del piano, la proposta deve essere sottoscritta da uno o più terzi che consentono il conferimento, anche in garanzia, di redditi o beni sufficienti per l'attuabilità dell'accordo.

3. Nella proposta di accordo sono indicate eventuali limitazioni all'accesso al mercato del credito al consumo, all'utilizzo degli strumenti di pagamento elettronico a credito e alla sottoscrizione di strumenti creditizi e finanziari.

4. Il piano può prevedere una moratoria fino ad un anno per il pagamento dei creditori estranei quando ricorrono cumulativamente le seguenti condizioni:

a) il piano risulti idoneo ad assicurare il pagamento alla scadenza del nuovo termine;

b) la moratoria non riguardi il pagamento dei titolari di crediti impignorabili.

Art. 4
Deposito della proposta di accordo

1. La proposta di accordo è depositata presso il tribunale del luogo ove il debitore ha la residenza ovvero la sede principale.

2. Il debitore, unitamente alla proposta, deposita l'elenco di tutti i creditori, con l'indicazione delle somme dovute, dei beni e degli eventuali atti di disposizione compiuti negli ultimi cinque anni, corredati delle di-

chiarazioni dei redditi degli ultimi tre anni e dell'attestazione sulla fattibilità del piano, nonché l'elenco delle spese correnti necessarie al sostentamento suo e della sua famiglia, previa indicazione della composizione del nucleo familiare corredata del certificato dello stato di famiglia.

3. Il debitore che svolge attività d'impresa deposita altresì le scritture contabili degli ultimi tre esercizi, ovvero, in sostituzione delle scritture contabili e per periodi corrispondenti, gli estratti conto bancari tenuti ai sensi dell'articolo 14, comma 10, della legge 12 novembre 2011, n. 183, unitamente a una dichiarazione che ne attesti la conformità all'originale.

Art. 5
Procedimento

1. Il giudice, se la proposta soddisfa i requisiti previsti dagli articoli 2 e 4, fissa con decreto l'udienza, disponendo la comunicazione ai creditori presso la residenza o la sede legale, anche per telegramma o per lettera raccomandata con avviso di ricevimento o per telefax o per posta elettronica certificata, della proposta e del decreto contenente l'avvertimento dei provvedimenti che egli può adottare ai sensi del comma 3.

2. Con il decreto di cui al comma 1, il giudice dispone idonea forma di pubblicità della proposta e del decreto, nonché, nel caso in cui il proponente svolga attività d'impresa, la pubblicazione degli stessi in apposita sezione del registro delle imprese.

3. All'udienza il giudice, in assenza di iniziative o atti in frode ai creditori, dispone che, per non oltre centoventi giorni, non possono, sotto pena di nullità, essere iniziate o proseguite azioni esecutive individuali né disposti sequestri conservativi né acquistati diritti di prelazione sul patrimonio del debitore che ha presentato la proposta di accordo, da parte dei creditori aventi titolo o causa anteriore. La sospensione non opera nei confronti dei titolari di crediti impignorabili.

4. Durante il periodo previsto dal comma 3, le prescrizioni rimangono sospese e le decadenze non si verificano.

5. Le procedure esecutive individuali possono essere sospese ai sensi del comma 3 per una sola volta, anche in caso di successive proposte di accordo.

6. Si applicano, in quanto compatibili, gli articoli 737 e seguenti del codice di procedura civile, ma il tribunale provvede in composizione monocratica. Il reclamo si propone al tribunale e del collegio non può far parte il giudice che ha pronunciato il provvedimento.

Art. 6
Raggiungimento dell'accordo

1. I creditori fanno pervenire, anche per telegramma o per lettera raccomandata con avviso di ricevimento o per telefax o per posta elettronica certificata, all'organismo di composizione della crisi, dichiarazione sottoscritta del proprio consenso alla proposta, come eventualmente modificata.

2. Ai fini dell'omologazione di cui all'articolo 7, è necessario che l'accordo sia raggiunto con i creditori che rappresentano almeno il settanta per cento dei crediti. Nei casi di sovraindebitamento del consumatore ai fini dell'omologazione è sufficiente che l'accordo sia raggiunto con i creditori che rappresentano almeno il cinquanta per cento dei crediti.

3. L'accordo non pregiudica i diritti dei creditori nei confronti dei coobbligati, fideiussori del debitore e obbligati in via di regresso.

4. L'accordo non determina la novazione delle obbligazioni, salvo che sia diversamente stabilito.

5. L'accordo è revocato di diritto se il debitore non esegue integralmente, entro novanta giorni dalle scadenze previste, i pagamenti dovuti alle amministrazioni pubbliche e agli enti gestori di forme di previdenza e assistenza obbligatorie.

Art. 7
Omologazione dell'accordo

1. Se l'accordo è raggiunto, l'organismo di composizione della crisi trasmette ai creditori una relazione sui consensi espressi e sul raggiungimento della percentuale di cui all'articolo 6, comma 2, allegando il testo dell'accordo stesso. Nei dieci giorni successivi al ricevimento della relazione, i creditori possono sollevare contestazioni. Decorso tale termine, l'organismo di composizione della crisi trasmette al giudice la relazione, allegando le contestazioni ricevute, nonché un'attestazione definitiva sulla fattibilità del piano.

2. Verificato il raggiungimento dell'accordo con la percentuale di cui all'articolo 6, comma 2, verificata l'idoneità ad assicurare il pagamento dei creditori estranei e risolta ogni altra contestazione, il giudice omologa l'accordo e ne dispone la pubblicazione utilizzando tutte le forme di cui all'articolo 5, comma 2. Si applicano, in quanto compatibili, gli articoli 737 e seguenti del codice di procedura civile, ma il tribunale provvede in composizione monocratica. Il reclamo, anche avverso il provvedimento di diniego, si propone al tribunale e del collegio non può far parte il giudice che ha pronunciato il provvedimento.

3. Dalla data di omologazione ai sensi del comma 2 e per un periodo non superiore a un anno, l'accordo produce gli effetti di cui all'articolo 5, comma 3.

4. Gli effetti di cui al comma 3 vengono meno in caso di risoluzione dell'accordo o di mancato pagamento dei creditori estranei. L'accertamento del mancato pagamento dei creditori estranei è chiesto al giudice con ricorso. Si procede ai sensi degli articoli 737 e seguenti del codice di procedura civile.

5. La sentenza di fallimento pronunciata a carico del debitore risolve l'accordo.

Art. 8
Esecuzione dell'accordo

1. Se per la soddisfazione dei crediti sono utilizzati beni sottoposti a pignoramento ovvero se previsto dall'accordo, il giudice nomina un liquidatore che dispone in via esclusiva degli stessi e delle somme incassate.

2. L'organismo di composizione della crisi risolve le difficoltà insorte nell'esecuzione dell'accordo e vigila sull'esatto adempimento dello stesso, comunicando ai creditori ogni eventuale irregolarità. Sulle contestazioni che hanno ad oggetto la violazione di diritti e sulla sostituzione del liquidatore per giustificati motivi decide il giudice investito della procedura.

3. Il giudice, sentito il liquidatore e verificata la conformità dell'atto dispositivo all'accordo e al piano, anche con riferimento alla possibilità di pagamento dei creditori estranei, autorizza lo svincolo delle somme e ordina la cancellazione della trascrizione del pignoramento, delle iscrizioni relative ai diritti di prelazione, nonché di ogni altro vincolo.

4. I pagamenti e gli atti dispositivi dei beni posti in essere in violazione dell'accordo e del piano sono nulli.

Art. 9
Impugnazione e risoluzione dell'accordo

1. L'accordo può essere annullato dal tribunale su istanza di ogni creditore, in contraddittorio con il debitore, quando è stato dolosamente aumentato o diminuito il passivo, ovvero sottratta o dissimulata una parte rilevante dell'attivo ovvero dolosamente simulate attività inesistenti. Non è ammessa alcuna altra azione di annullamento.

2. Se il proponente non adempie regolarmente alle obbligazioni derivanti dall'accordo, se le garanzie promesse non vengono costituite o se l'esecuzione dell'accordo diviene impossibile per ragioni non imputabili al debitore, ciascun creditore può chiedere al tribunale la risoluzione dello stesso.

3. Il ricorso per la risoluzione è proposto, a pena di decadenza rilevabile d'ufficio, entro un anno dalla scadenza del termine fissato per l'ultimo adempimento previsto dall'accordo.

4. L'annullamento e la risoluzione dell'accordo non pregiudicano i diritti acquistati dai terzi in buona fede.

5. Nei casi previsti dai commi 1 e 2, si applicano, in quanto compatibili, gli articoli 737 e seguenti del codice di procedura civile, ma il tribunale provvede in composizione monocratica.

Art. 10
Organismi di composizione della crisi

1. Gli enti pubblici possono costituire organismi per la composizione delle crisi da sovraindebitamento con adeguate garanzie di indipendenza e professionalità.

2. Gli organismi di cui al comma 1 sono iscritti in un apposito registro tenuto presso il Ministero della giustizia.

3. Il Ministro della giustizia determina i requisiti, i criteri e le modalità di iscrizione nel registro di cui al comma 2, con regolamento da adottare ai sensi dell'articolo 17, comma 3, della legge 23 agosto 1988, n. 400, entro novanta giorni dalla data di entrata in vigore del presente decreto. Con lo stesso decreto sono disciplinate la formazione dell'elenco e la sua revisione, l'iscrizione, la sospensione e la cancellazione degli iscritti, nonché la determinazione delle indennità spettanti agli organismi di cui al comma 4, a carico dei soggetti che ricorrono alla procedura. Nel caso di sovraindebitamento del consumatore le stesse indennità sono ridotte della metà.

4. Gli organismi di mediazione costituiti presso le camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura, il segretariato sociale costituito ai sensi dell'articolo 22, comma 4, lettera a), della legge 8 novembre 2000, n. 328, gli ordini professionali degli avvocati, dei commercialisti ed esperti contabili e dei notai sono iscritti di diritto, a semplice domanda, nel registro di cui al comma 2.

5. Dalla costituzione degli organismi indicati al comma 1 non devono derivare nuovi o maggiori oneri a carico della finanza pubblica, e le attività degli stessi devono essere svolte nell'ambito delle risorse umane, strumentali e finanziarie disponibili a legislazione vigente.

6. L'organismo di composizione della crisi, oltre a quanto previsto dagli articoli 6, 7 e 8, assume ogni iniziativa funzionale alla predisposizione del piano di ristrutturazione, al raggiungimento dell'accordo, e all'esecuzione dello stesso.

7. Lo stesso organismo verifica la veridicità dei dati contenuti nella proposta e nei documenti allegati, attesta la fattibilità del piano ai sensi dell'articolo 4, comma 2, e trasmette al giudice la relazione sui consensi espressi e sulla maggioranza raggiunta ai sensi dell'articolo 7, comma 1.

8. L'organismo esegue la pubblicità della proposta e dell'accordo, ed effettua le comunicazioni disposte dal giudice nell'ambito del procedimento previsto dagli articoli 5, 6 e 7.

Art. 11
Disposizioni transitorie

1. I compiti e le funzioni attribuiti agli organismi di composizione della crisi possono essere svolti anche da un professionista o da una società tra professionisti in possesso dei requisiti di cui all'articolo 28 del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267, e successive modificazioni, ovvero da un notaio, nominati dal presidente del tribunale o dal giudice da lui delegato. Con decreto del Ministro della giustizia sono stabilite, in considerazione del valore della procedura, le tariffe applicabili all'attività svolta dai professionisti, da porre a carico dei soggetti che ricorrono alla procedura. Nel caso di sovraindebitamento del consumatore le stesse indennità sono ridotte della metà.

(Omissis).

La nuova procedura per l'insolvenza del soggetto non fallibile: osservazioni *in itinere*

di Alberto Guiotto

Con la procedura di composizione delle crisi da sovraindebitamento introdotta dal D.L. 22 dicembre 2011, n. 212 il legislatore intende regolamentare la fattispecie dell'insolvenza civile, offrendo un "*fresh start*" al debitore che non sia più in grado di adempiere regolarmente le proprie obbligazioni e che non sia assoggettabile alle procedure concorsuali, attraverso un accordo di ristrutturazione del debito con i creditori. L'Autore svolge articolate considerazioni sulla normativa, che aggrega elementi propri degli accordi *ex* art. 182 *bis* l.fall. ad altri tipici del concordato preventivo, auspicando la correzione di alcuni elementi di criticità già in sede di conversione in legge del provvedimento.

1. Premessa

Il dibattito sulla necessità di introdurre nel nostro ordinamento una procedura di regolazione dell'insolvenza civile, da affiancare alle esistenti procedure concorsuali destinate agli imprenditori commerciali, si è intensificato negli ultimi anni in ragione del progressivo indebitamento di soggetti privati e famiglie, derivante dal ricorso crescente e sistematico al credito al consumo (1), caratterizzato a sua volta dalla destinazione di flussi reddituali futuri al rimborso del debito.

In particolare, si è recentemente affermata l'esigenza di offrire ai soggetti privati una forma di esdebitazione in tutti i casi di sovraindebitamento, ossia nei casi in cui le obbligazioni contratte eccedano le oggettive capacità di rimborso (2).

È noto come il principio della responsabilità patrimoniale, contenuto nell'art. 2740 del codice civile, preveda che il debitore risponda dell'adempimento delle proprie obbligazioni con tutti i propri beni, presenti e futuri. Mentre l'imprenditore commerciale insolvente ha la possibilità di liberarsi delle obbligazioni non soddisfatte mediante una proposta di concordato preventivo o, in caso di intervenuto fallimento, di concordato fallimentare, o comunque di accedere - se imprenditore individuale - all'istituto dell'esdebitazione *ex* artt. 142 ss. l.fall., ai soggetti privati non è concessa la medesima opportunità.

Nel caso delle persone fisiche, in particolare, la responsabilità patrimoniale è potenzialmente perpetua, in considerazione della possibilità dei creditori di soddisfarsi anche sui beni e crediti futuri del debitore (3): vi è, quindi, il rischio che le persone fisiche si trovino costrette a convivere per larga parte della loro esistenza con il peso di un insopportabile ed irresolubile indebitamento.

Una prima normativa in tema di composizione negoziale della crisi da sovraindebitamento era stata abbozzata già nel corso dell'attuale legislatura, tramite l'approvazione da parte di un ramo del Parlamento di una specifica proposta di legge che, però, non ha mai terminato il proprio *iter* parlamentare (4).

Il *corpus* normativo di quel provvedimento, peral-

Note:

(1) Tra i numerosi interventi sull'argomento, si segnalano quelli raccolti nel volume collettaneo e monografico *L'insolvenza del debitore civile. Dalla prigione alla liberazione*, in *An. Giur. Ec.*, 2004, 2 e quelli più recenti di G. Falcone, *L'indebitamento delle famiglie e le soluzioni normative: tra misure di sostegno e liberazione dei debiti*, in *La ristrutturazione dei debiti civile e commerciali*, a cura di S. Bonfatti e G. Falcone, Milano, 2011, 189 ss. e di L. Girone, *Il tentativo del legislatore italiano di allinearsi agli ordinamenti internazionali con un provvedimento in materia di "sovraindebitamento" dei soggetti non fallibili, nonché interventi in materia di usura ed estorsione (disegno di legge C. 2364)*, in *Dir. fall.*, I, 2009, 818 ss.

(2) Sull'opportunità di introdurre nell'ordinamento procedure concorsuali destinate al debitore civile, cfr. A. Castagnola, *L'insolvenza del debitore civile nel sistema della responsabilità patrimoniale*, in *An. Giur. Ec.*, 2004, 2, 243 ss. e, più recentemente, F. Di Marzio, *Sulla composizione negoziale della crisi da sovraindebitamento (note a margine dell'AC n. 2364)*, in *Dir. fall.*, I, 2010, 659 ss. Entrambi gli Autori concordano sull'idoneità di una procedura corrispondente a quella fallimentare a regolare efficacemente l'insolvenza del debitore civile.

(3) Così L. Stanghellini, *"Fresh start": implicazioni di "policy"*, in *An. Giur. Ec.*, 2004, 2, 443.

(4) Si stratta del c.d. "disegno di legge Centaro", dal nome del parlamentare proponente, approvato all'unanimità dal Senato della Repubblica il primo aprile 2009 (AS 307-B) e poi quiescente agli atti della Camera dei deputati (AC 2364), che trova un articolato commento da parte di L. Girone, *Il tentativo del legislatore italiano di allinearsi agli ordinamenti internazionali con un provvedimento in materia di "sovraindebitamento" dei soggetti non fallibili, nonché interventi in materia di usura ed estorsione*, cit., di F. Di Marzio, *Sulla composizione negoziale delle crisi da sovraindebitamento*, cit., 659 ss., di G. Pusterla, *Il Ddl sull'insolvenza del debitore civile e del piccolo imprenditore: prime note*, in AA.VV., *Grandi e piccole insolvenze*, atti del Convegno di Alba del 2 novembre 2009, Torino, 2010, 57 ss. e dello stesso R. Centaro, *Il punto di vista del "legislatore"*, in AA.VV., *Grandi e piccole insolvenze*, cit., 51 ss.
Va segnalato che nei mesi successivi è stata elaborata dal Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti e degli Esperti Contabili una seconda proposta di legge sull'insolvenza civile. Per un raffronto tra le due proposte, cfr. G. Falcone, *L'indebitamento delle famiglie e le soluzioni normative: tra misure di sostegno e liberazione dei debiti*, cit., 204 ss.

tro, è stato utilizzato quale struttura portante delle disposizioni ora contenute nel capo I del decreto-legge 22 dicembre 2011, n. 212, denominate "*Disposizioni in materia di composizione delle crisi da sovraindebitamento*", con le quali è stato introdotto nell'ordinamento, con legislazione d'urgenza, un sistema di composizione della crisi che riguardi soggetti diversi dagli imprenditori fallibili (5).
La previsione di un'unica procedura per superare sia l'insolvenza civile, sia l'insolvenza commerciale (ancorché riferibile a un imprenditore "sottodimensionato" rispetto ai requisiti dell'art. 1 l.fall.) presenta alcuni profili problematici ed era già stata oggetto di ragionate critiche circa la non assimilabilità tra l'insolvenza del debitore civile, che è di norma caratterizzata dal concetto statico di responsabilità patrimoniale *ex* art. 2740 cod. civ., con l'insolvenza dell'imprenditore non fallibile, che è invece caratterizzata dall'incapacità del debitore, anche di matrice finanziaria e prospettica, di pagare regolarmente i propri debiti attraverso l'efficiente utilizzo della propria azienda (6).
Il legislatore, evidentemente, ha inteso disciplinare con un unico provvedimento tutti i fenomeni di insolvenza non regolabili attraverso le procedure concorsuali, con l'esito di accorpare nella medesima disciplina fattispecie non sempre paragonabili e sacrificando, in parte, la coerenza delle specifiche disposizioni sull'altare dell'universalità dei destinatari. In questa trattazione i termini "debitore civile" e "insolvenza civile" riguarderanno, quindi, i soggetti non assoggettabili al fallimento, ivi compreso l'imprenditore commerciale le cui dimensioni non superino i limiti di cui all'art. 1 della legge fallimentare.
Con la normativa introdotta dal d.l. 212/2011, il debitore civile in stato di sovraindebitamento può proporre ai propri creditori un accordo di ristrutturazione dei debiti sulla base di un piano che assicuri sia l'esecuzione dell'accordo, sia il regolare pagamento dei creditori estranei al medesimo. La procedura prescelta dal legislatore per consentire l'esdebitazione del debitore appare, *ictu oculi*, in larga parte analoga a quella degli accordi di ristrutturazione dei debiti disciplinata dall'art. 182 *bis* l.fall.; il legislatore ha però introdotto svariati correttivi mutuati dalla diversa disciplina del concordato preventivo, generando una procedura ibrida, ancorché di natura non concorsuale, che presenta numerosi elementi di incertezza interpretativa (7).
Elemento peculiare della disciplina della composizione della crisi da sovraindebitamento è, infine, l'inedita figura dell'Organismo di composizione della crisi, al quale sono affidate variegate funzioni di amplissima e controversa portata, e che appare destinato a costituire il baricentro dell'intera procedura. Del ruolo dell'Organismo si dirà ampiamente in seguito.
È quindi auspicabile che, in occasione della loro conversione in legge, talune disposizioni di dubbia funzionalità possano essere razionalizzate e, contestualmente, corrette le incongruenze procedurali e le inesattezze lessicali che affliggono il provvedimento che ci si accinge a commentare.

2. I presupposti per l'accesso alla procedura

Il legislatore ha introdotto, analogamente a quanto previsto per quelle concorsuali, due requisiti per l'accesso alla procedura in esame: uno di ordine soggettivo e uno di ordine oggettivo.
Per quanto riguarda il requisito soggettivo, l'art. 2, comma 2 prevede che il debitore non debba essere assoggettabile alle vigenti procedure concorsuali. Ai fini dell'accesso alla procedura non rileva, peraltro, la natura dei debiti che hanno generato la situazione di squilibrio patrimoniale - finanziario, salva l'eccezione del sovraindebitamento del consumatore di cui si dirà tra poco. L'imprenditore individuale fallibile, pertanto, non potrà accedere a questa procedura anche qualora il suo sovraindebitamento derivi integralmente da obbligazioni contratte al di fuori dell'attività d'impresa (8).
La definizione in negativo del soggetto che può accedere alla procedura non appare del tutto felice, posto che la categoria dei debitori non assoggettabili

Note:

(5) Sono presenti, in dottrina, numerosi interventi su opportunità e prospettive di strumenti per il superamento dell'insolvenza civile, di larga parte dei quali si è dato e si darà atto nelle note a commento della trattazione. Sulla specifica disciplina introdotta dal D.L. n. 212/2011, trattandosi di provvedimento molto recente e in attesa di conversione in legge, non constano invece altri organici commenti salvo quello, assai autorevole, di M. Fabiani, *La gestione del sovraindebitamento del debitore "non fallibile" (d.l. 212/2011)*, in *www.ilcaso.it*, doc. 278/2012.

(6) Critica l'omogeneità di trattamento dell'insolvenza civile e di quella commerciale, con articolate riflessioni, F. De Marzio, *Sulla composizione negoziale delle crisi da sovraindebitamento*, cit., 661 ss.

(7) Delle criticità procedurali dell'istituto si darà conto nel prosieguo della trattazione. Sul punto, si richiamano sin d'ora anche le considerazioni di M. Fabiani, *La gestione del sovraindebitamento del debitore "non fallibile"*, cit., 3 ss. e di F. De Marzio, *Sulla composizione negoziale delle crisi da sovraindebitamento*, cit., 667 ss.

(8) Si può ipotizzare, al proposito, il caso di un imprenditore individuale che si trovi nell'impossibilità di adempiere a obbligazioni di tipo fideiussorio contratte per ragioni estranee alla propria impresa, ovvero al medesimo imprenditore che, in ragione della diminuzione del proprio reddito e dell'incremento dei tassi d'interesse, non sia più in grado di rimborsare il mutuo contratto per l'acquisto della propria abitazione.

a procedure concorsuali è ampia ed eterogenea. Potranno, pertanto, accedere alla procedura sia persone fisiche, sia soggetti collettivi (9), nonostante solo alle prime, e alle loro famiglie, i precedenti commentatori ritenevano che potesse essere concesso un *fresh start* ove, in buona fede, avessero contratto obbligazioni eccedenti la capacità di rimborso (10).
Il dato testuale, in realtà, parrebbe escludere dalla procedura soggetti che non esercitino attività d'impresa ma che siano comunque potenzialmente assoggettabili al fallimento perché soci illimitatamente responsabili di società fallibile, ai sensi dell'art. 147, primo comma, l.fall. Posto che questa soluzione risulta insoddisfacente, perché non appare davvero logico escludere questi debitori dalla possibilità di ristrutturare il proprio debito, ritengo che la definizione in negativo adottata dal legislatore debba essere circoscritta alle procedure concorsuali *attivabili su iniziativa dello stesso debitore*. Questa soluzione, da un lato, supporterebbe l'inclusione del socio illimitatamente responsabile di società fallibile nel novero dei soggetti ammessi alla procedura e, dall'altro lato, confermerebbe la *ratio* di quest'ultima, che non è un'alternativa all'esecuzione individuale offerta al creditore ma, piuttosto, uno strumento di esdebitazione a principale beneficio del debitore e soltanto da lui azionabile.
Ciò premesso, le disposizioni in materia di composizione della crisi da sovraindebitamento riguardano certamente i soggetti privati e gli imprenditori commerciali che non superino, al momento del deposito della proposta, i limiti dimensionali previsti dall'art. 1 l.fall. (11).
Non v'è dubbio, poi, che la procedura possa riguardare l'insolvenza del professionista intellettuale, la cui attività economica risulta caratterizzata dall'utilizzo di un complesso organizzato di beni e di rapporti giuridici la cui configurazione non appare dissimile da quella aziendale. Incertezze maggiori può suscitare, invece, l'insolvenza dell'imprenditore agricolo il quale parrebbe poter accedere, a sua scelta, sia alla composizione della crisi da sovraindebitamento, sia all'accordo di ristrutturazione dei debiti *ex* art. 182 *bis* l.fall. in ragione della specifica disposizione contenuta nella L. 15 luglio 2011, n. 111 (12).
L'art. 2, secondo comma, lett. b) esclude, infine, dalla procedura i debitori che vi abbiano già fatto ricorso nel precedente triennio. Il legislatore, pertanto, ipotizza che il medesimo soggetto possa trovarsi più volte, nel corso della propria esistenza, nella condizione di dovere ricorrere a procedure di esdebitazione, ma richiede un intervallo temporale minimo di tre anni al fine di disincentivare comportamenti opportunistici (il c.d. "*moral hazard*") da parte di debitori che, mediante un accesso reiterato e patologico alla procedura, ricerchino un'abusiva forma di liberazione da obbligazioni contratte disinvoltamente e senza adeguate valutazioni sulla propria capacità di rimborso (13).
Il requisito di carattere oggettivo riguarda la necessità che il debitore si trovi in uno stato di sovraindebitamento. Il legislatore definisce quest'ultimo come il *perdurante* squilibrio tra le obbligazioni assunte dal debitore e il patrimonio che possa essere utilizzato, previa la sua liquidazione, per farvi fronte: non tutte le difficoltà finanziarie, dunque, sono rilevanti ai fini della disciplina in commento, ma solo quelle che derivino da uno squilibrio patrimo-

Note:

(9) Così, espressamente, la Relazione al D.d.l. di conversione del D.L. n. 212/2011, Atto Senato 3075.

(10) Cfr., sul punto, G. Falcone, *L'indebitamento delle famiglie e le soluzioni normative: tra misure di sostegno e liberazione dei debiti*, cit., 199 ss. e M. Marcucci, *Insolvenza del debitore civile e "fresh start". Le regioni di una regolamentazione*, in *An. Giur. Ec.*, 2004, 2, 221 ss.
La procedura, quindi, pare destinata anche alle "piccole" società commerciali a responsabilità limitata o illimitata, alle società semplici, ai *trust*, alle associazioni sportive e - prospetticamente - alle società tra professionisti.

(11) Non vi sono, allo stato, soluzioni certe in merito alle conseguenze del superamento delle soglie di cui all'art. 1 l.fall. intervenuto dopo il deposito della proposta *ex* art. 4, comma 1. Significativa al riguardo è la previsione, contenuta nell'art. 7, comma 5, che la dichiarazione di fallimento del debitore risolve l'accordo nel frattempo omologato. È chiaro, in quel caso, che essendo nel frattempo il debitore divenuto fallibile, non saranno più rispettati i requisiti soggettivi per l'ammissione alla procedura. Non mi pare immediato, però, dedurre da questa disposizione che il semplice superamento dei limiti minimi di fallibilità, non accompagnato dall'apertura di una procedura concorsuale, implichi la cessazione degli effetti dell'accordo o l'interruzione della procedura: riterrei, invece, preferibile superare la specialità della norma contenuta nell'art. 4, comma 1, ritenendo che i presupposti di ammissibilità *ex* art. 2 debbano essere rispettati e valutati al momento di avvio del procedimento, senza che successivi mutamenti incidano, per sé soli, sulla successiva efficacia dell'accordo.

(12) Cfr. M. Fabiani, *La gestione del sovraindebitamento del debitore "non fallibile"*, cit., 3, il quale non esclude la libera alternativa tra i due istituti ancorché l'accordo *ex* art. 182 *bis* l.fall. appaia caratterizzato da assorbente specialità.

(13) Sull'incremento del rischio di *moral hazard* del debitore a fronte di efficaci possibilità di esdebitazione, cfr. le approfondite considerazioni di L. Stanghellini, "Fresh start": *implicazioni di "policy"*, cit., 442 ss.
La composizione delle crisi da sovraindebitamento ha, sotto questo profilo, la peculiarità di concedere plurime *chances* al debitore che si trovi periodicamente, suo malgrado, oppresso da un eccessivo indebitamento senza ragionevoli prospettive di adempimento. Occorre osservare, a questo proposito, che il termine di tre anni rischia di rivelarsi eccessivamente breve e di prestare il fianco a comportamenti opportunistici da parte di soggetti che, da questo istituto, ritengano di ricavare non una prospettiva di ripartenza ma un mezzo per frodare, periodicamente, i loro creditori.

niale non transitorio. La definizione di "sovraindebitamento" introdotta dall'art. 1, comma 2, lett. a) va intesa quale sinonimo di insolvenza, posto che viene completata chiarendo che si tratta (proprio) della definitiva incapacità del debitore di adempiere regolarmente le proprie obbligazioni. L'enunciazione utilizzata dal legislatore, quindi, ricerca faticosamente la sintesi tra l'insolvenza del debitore civile e quella dell'imprenditore non fallibile, comprendendo in un'articolata definizione i diversi canoni patrimoniali e finanziari che le caratterizzano.
L'art. 1, comma 2, lett. b), specifica poi che per "sovraindebitamento del consumatore" deve intendersi quello prevalentemente generato dall'inadempimento di obbligazioni contratte dal consumatore, definito dal codice del consumo di cui al D. Lgs. 206/2005 come *"la persona fisica che agisce per scopi estranei all'attività imprenditoriale, commerciale, artigianale o professionale eventualmente svolta"*.

3. Il piano di ristrutturazione e la proposta di accordo

Si è già accennato alle analogie tra le disposizioni in materia di composizione delle crisi da sovraindebitamento e la disciplina degli accordi di ristrutturazione dei debiti *ex* art. 182 *bis* l.fall.
Mentre in quell'istituto il procedimento di omologazione si apre con il deposito di un accordo già raggiunto con una determinata percentuale di creditori, nella composizione della crisi da sovraindebitamento, invece, il procedimento è innescato dal deposito di una proposta di accordo di ristrutturazione del debito destinata solo successivamente ad essere accettata da una parte qualificata dei creditori.
Ai sensi dell'art. 2, comma 1, la proposta di accordo dovrà essere fondata su un piano fattibile che consenta al debitore di adempiere tutte le proprie obbligazioni: sia quelle derivanti dall'accordo di ristrutturazione del suo debito, che modificano le condizioni originarie, sia quelle nei confronti dei creditori che questo accordo non intendano sottoscrivere (14).
Ciò premesso, la norma specifica che il piano potrà prevedere qualsiasi forma di soddisfacimento dei creditori e di ristrutturazione del debito, con il limite del regolare pagamento dei creditori estranei all'accordo, compreso l'integrale pagamento dei debiti privilegiati, salva la rinuncia parziale o totale da parte del creditore (15).
Il limite sopra descritto trova, peraltro, una rilevante eccezione nella possibilità, ammessa dall'art. 3, comma 4, che il piano preveda una moratoria fino ad un anno per il pagamento dei creditori estranei all'accordo, purché venga comunque assicurato il loro pagamento integrale alla scadenza del termine.
Non è chiaro se l'assoggettamento a moratoria coattiva dei creditori estranei comporti l'obbligo di corrispondere loro interessi corrispettivi: la soluzione dovrebbe essere negativa, posto che l'inesigibilità *ex lege* dei crediti rende inapplicabile l'art. 1282 cod. civ. (16).
Il periodo di moratoria inizierà a decorrere, presumibilmente, dalla data del decreto di omologazione dell'accordo e non potrà riguardare i titolari di crediti impignorabili, che dovranno quindi essere pagati regolarmente, salvo loro diverso consenso.
Con riferimento alle possibili declinazioni pratiche del piano, le norme contenute nell'art. 2 e nell'art. 3 illustrano alcuni esempi da ricondurre alla generale regola di libertà del contenuto della proposta: per il pagamento dei creditori potranno essere utilizzati sia beni del debitore sia suoi redditi futuri; potrà essere previsto l'intervento di un soggetto terzo che conferisca, anche in garanzia, propri beni o redditi per rafforzare la fattibilità del piano; i creditori potranno essere divisi in classi; potrà essere prevista la cessione di crediti futuri.
La correlazione piano-accordo è, nella ristrutturazione del debito, inscindibile: nessun piano di ristrutturazione è, presumibilmente, fattibile senza l'assenso di una consistente quota di creditori alla

Note:

(14) Nel caso dell'insolvenza del debitore civile il piano avrà presumibilmente natura liquidatoria, coerentemente con la natura tendenzialmente patrimoniale dell'insolvenza del soggetto privato: v. *retro*, par. 1. Nel caso dell'imprenditore non fallibile, ma anche in quello del professionista, nulla osta in linea di principio ad un piano che presupponga la continuità dell'attività del debitore e che destini parte dei flussi finanziari futuri al pagamento dei creditori pregressi: così anche M. Fabiani, *La gestione del sovraindebitamento del debitore "non fallibile"*, cit., 7.

(15) La precisazione in merito alla necessità dell'integrale pagamento dei creditori privilegiati non parrebbe, a prima vista, significativa posto che o *i)* il creditore privilegiato resta estraneo all'accordo, e in tal caso la precisazione è pleonastica, o *ii)* il creditore privilegiato aderisce all'accordo di ristrutturazione del debito, e in tal caso potrà certamente, se l'accordo lo prevede, essere pagato in misura non integrale. In realtà, una ragione della precisazione potrebbe ricavarsi proprio dalla necessità di formulare il piano prima di conoscere quali e quanti creditori aderiranno alla proposta: in questo caso, in assenza di una loro preventiva ed espressa rinuncia, il piano dovrà prevedere inderogabilmente il pagamento integrale dei creditori privilegiati ancorché questi possano, successivamente, aderire alla proposta di accordo e accettare - in ipotesi - un pagamento a condizioni deteriori.

(16) L'evidente conseguenza di questa conclusione è che la moratoria comporterà per i creditori estranei - e, specularmente, per il debitore - non soltanto un effetto finanziario, dovuto alla proroga dei termini di pagamento, ma anche un risvolto economico, dovuto all'infruttuosità del finanziamento così coattivamente concesso al debitore.

rimodulazione dei loro crediti; nessun accordo di ristrutturazione è, ragionevolmente, destinato ad essere adempiuto in assenza di un programma di azioni e di atti, compiuti da e con soggetti diversi dai creditori, finalizzato a reperire le risorse necessarie. Sotto questo profilo, quindi, piano e accordo sono reciprocamente funzionali (17).

Nel caso della composizione della crisi da sovraindebitamento, però, la connessione tra piano e accordo si rivela assai problematica, perché il piano deve essere definito - e la sua fattibilità pre-attestata *ex* art. 4, comma 2 - già al momento del deposito della proposta di accordo, senza che vi sia alcuna fondata previsione né garanzia in merito alla percentuale di creditori che aderirà alla proposta né, tanto meno, alla composizione qualitativa della percentuale dei creditori aderenti (18). Specularmente, il piano sconterà anche l'incertezza sull'individuazione dei creditori *non* aderenti ancorché (a) una loro stima quantitativa massima sia connaturata nell'istituto, non potendo superare il 30% dell'importo complessivo (50% nel caso del sovraindebitamento del consumatore), e (b) sia del tutto ragionevole che il piano preveda di *default* la moratoria annuale prevista dall'art. 3, comma 4, sfruttandone i relativi benefici di carattere finanziario ed economico (19).

L'Organismo di composizione della crisi, che assiste il debitore nella formulazione del piano e attesta "preventivamente" la sua fattibilità, potrà pertanto confidare solo sulle anticipazioni, di carattere più o meno informale, che i vari creditori avranno ritenuto di comunicare circa le loro intenzioni: questa approssimazione, a ben vedere, rischia di produrre effetti deleteri sia sull'affidabilità del piano di ristrutturazione, sia sull'attendibilità dell'attestazione di fattibilità.

4. Il deposito della proposta e l'apertura del procedimento

Sebbene l'art. 4, comma 1 faccia riferimento esclusivamente al deposito della proposta, non pare dubbio che, essendo il procedimento finalizzato all'omologazione dell'accordo, questa debba essere richiesta dal debitore con ricorso, anche in ragione dell'esplicito richiamo agli articoli 737 ss. cod. proc. civ. contenuto nel successivo art. 5, comma 6.

I commi 2 e 3 dell'art. 3 elencano i documenti che il debitore dovrà allegare alla proposta, al fine di fornire al tribunale e ai creditori un idoneo supporto informativo sulla propria situazione debitoria e patrimoniale, sui propri redditi futuri e sulle esigenze proprie e della famiglia. Tra questi documenti appare significativo l'elenco degli atti di disposizione compiuti negli ultimi cinque anni: questa formalità, probabilmente finalizzata a limitare l'abuso dell'istituto da parte di debitori che si siano preventivamente resi nullatenenti, rischia di rivelarsi particolarmente onerosa qualora, come sembra inevitabile, gli atti di disposizione si riferiscano a tutte le componenti (mobiliari e immobiliari) del patrimonio del debitore (20).

Oltre alla proposta di accordo e ai documenti allegati, il debitore dovrà depositare anche l'attestazione (*rectius*: pre-attestazione) (21) dell'Organismo di composizione della crisi sulla fattibilità del piano e sulla veridicità dei dati contenuti nella proposta e nei documenti allegati. Pur in assenza di specificazione, non pare dubbio che la relazione di attestazione debba possedere le caratteristiche considerate necessarie relativamente all'analoga fattispecie dell'art. 182 *bis*, primo comma, l.fall. (22), così come debba

Note:

(17) La necessaria correlazione tra piano e accordo, ben conosciuta in dottrina e giurisprudenza, è stata curiosamente ignorata dall'art. 182 *bis* l.fall., che non fa alcun riferimento al piano. Le stesse norme che qualificano gli effetti degli accordi di ristrutturazione dei debiti disciplinati dalla legge fallimentare (l'art. 67, terzo comma, lett. e) per le esenzioni da revocatoria; l'art. 182 *quater* per le prededuzioni; l'art. 217 *bis* per le salvaguardie da rischi penali da bancarotta) si riferiscono, testualmente, ad atti compiuti in esecuzione dell'*accordo*, mentre a ben vedere la disciplina dovrebbe riguardare il più ampio insieme degli atti compiuti in esecuzione del *piano*, potendo ben coinvolgere atti che abbiano come controparte soggetti diversi dai creditori. Sull'incongruità della formulazione letterale dell'art. 182 *bis* l.fall., cfr. F. De Marzio, *Sulla composizione negoziale delle crisi da sovraindebitamento*, cit., 664.

(18) Sulla difficoltà di formulare il piano di ristrutturazione senza cognizione delle successive adesioni da parte dei creditori, cfr. anche M. Fabiani, *La gestione del sovraindebitamento del debitore "non fallibile"*, cit., 7.

(19) V. *retro*, nota 16. Una complicazione ulteriore potrà derivare dall'incertezza sulle intenzioni dei creditori titolari di crediti impignorabili i quali, se non aderenti alla proposta, dovranno essere pagati regolarmente: in assenza di preventive indicazioni, il piano dovrà quindi ipotizzare un loro regolare pagamento, essendo esclusa per questi crediti la possibilità di moratoria coattiva *ex* art. 3, comma 4.

(20) Qualora il debitore svolga attività economica autonoma, come nel caso dell'imprenditore non fallibile o del professionista, la ricostruzione degli atti di disposizione dell'ultimo quinquennio potrebbe rivelarsi pressoché impossibile, salva l'arbitraria adozione di franchigie di valore. Nel caso del soggetto privato privo di contabilità, di converso, i singoli atti potrebbero essere difficilmente documentabili. In entrambi i casi appare assai problematica l'attestazione dell'Organismo di composizione della crisi sulla veridicità di quei dati, ai sensi dell'art. 10, comma 7.

(21) L'attestazione dovrà essere reiterata dopo la conclusione dell'accordo, ai sensi dell'art. 7, comma 1: v. *infra*, par. 6.

(22) Per un esame della fattispecie, cfr. G.B. Nardecchia, *Crisi d'impresa, autonomia privata e controllo giurisdizionale*, Milano, 2007, 57 ss.

riguardare anche l'idoneità del piano ad assicurare il regolare pagamento dei creditori estranei all'accordo.
A seguito del ricorso il giudice (23), verificato il rispetto delle formalità previste, fissa con decreto un'udienza avanti a sé disponendo la comunicazione della proposta e del decreto, a cura dell'Organismo, ai creditori avvertendoli dei provvedimenti inibitori che egli potrà adottare ai sensi dell'art. 5, comma 3.
All'udienza il giudice, in assenza della notizia di atti di frode ai creditori, dispone che per non oltre centoventi giorni non possano essere iniziate o proseguite (24) azioni esecutive individuali, né concessi sequestri conservativi, né acquistati diritti di prelazione sul patrimonio del debitore.
Va rilevato, sul punto, come l'"*automatic stay*" previsto dalla norma appaia realmente "*automatic*", posto che non è prevista alcuna specifica istanza da parte del debitore né alcuna discrezionalità del giudice nel concederlo, salve improbabili indicazioni di termine inferiori a quello (massimo) di centoventi giorni, e salva la verifica dell'assenza di atti di frode ai creditori. In particolare, in questa fase non viene richiesta al giudice alcuna valutazione sulla fattibilità del piano, neppure in presenza di contestazioni da parte dei creditori.
Un'evidente criticità è costituita dall'assenza di un termine entro il quale debba essere fissata l'udienza, posto che l'efficacia inibitoria del decreto dovrebbe operare *ex nunc*: un'udienza fissata entro termini non brevi lascerebbe pericolosamente esposto il patrimonio del debitore alle iniziative aggressive dei creditori che non intendano accettare la proposta di ristrutturazione del debito nel frattempo comunicata.
Particolarmente efficace è la previsione della nullità delle trascrizioni e delle iscrizioni pregiudizievoli effettuate in violazione dell'inibitoria disposta dal giudice, superando così la pericolosa incertezza che caratterizza, invece, l'analogo istituto disciplinato dall'art. 182 *bis*, sesto comma, l.fall. (25). La protezione del patrimonio del debitore disposta dal giudice sarà dunque, per il periodo di salvaguardia, assoluta e le azioni cautelari ed esecutive e le iscrizioni ipotecarie sul patrimonio del debitore nel frattempo intervenute resteranno invalide e inefficaci *erga omnes* anche in caso di insuccesso del tentativo di ristrutturazione del debito.
La nullità investirà tutte le acquisizioni di diritti di prelazione, ivi comprese le iscrizioni di ipoteche volontarie: ciò è conforme all'interesse comune di mantenere inalterato e libero da gravami il patrimonio del debitore sino all'omologazione dell'accordo (26).
Un'ultima considerazione merita l'inapplicabilità dell'inibitoria ai titolari di crediti impignorabili. Questa disposizione è coerente con l'esclusione, ai sensi dell'art. 3, comma 4, lett. b), dei medesimi crediti dalla possibilità di moratoria. Entrambe le esclusioni conducono alla conclusione, di ordine pratico, che il piano dovrà necessariamente prevedere, salve eventuali adesioni preliminari, il regolare pagamento dei crediti impignorabili senza la possibilità di ipotizzarne una dilazione, nemmeno all'omologazione dell'accordo.

5. La conclusione dell'accordo ...

La norma contenuta nell'art. 6, comma 1, dispone che il consenso dei creditori alla proposta venga raccolto nel corso della procedura, con un procedimento non dissimile a quello del concordato preventivo ancorché, nel caso in esame, la comunicazione di assenso dei creditori non sia configurata come voto ma, piuttosto, come adesione ad una proposta contrattuale.
La dichiarazione di adesione sottoscritta dai creditori è indirizzata, utilizzando agili modalità di trasmissione, all'Organismo di composizione della crisi (27).

Note:

(23) Il ruolo del giudice nella procedura di composizione delle crisi da sovraindebitamento meriterebbe riflessioni molto più ampie di quanto qui sia possibile svolgere: ci si permette di rinviare, quindi, a quelle di M. Fabiani, *La gestione del sovraindebitamento del debitore "non fallibile"*, cit., 9 ss. e di F. Di Marzio, *Sulla composizione negoziale delle crisi da sovraindebitamento*, cit., 666 ss.

(24) La sospensione opererà per una sola volta, anche in caso di successive proposte di accordo: così dispone l'art. 5, comma 5.

(25) Sulla precarietà degli effetti del divieto di azioni aggressive dei creditori sul patrimonio del debitore previsto dall'art. 182 *bis*, sesto comma, l. fall. cfr. G. Carmellino, *Riflessioni sul procedimento cautelare* ex *art. 182* bis, *sesto comma*, in questa *Rivista*, 2011, 1224 ss.; G.B. Nardecchia, *La protezione anticipata del patrimonio del debitore negli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in questa *Rivista*, 2011, 707 ss.; M. Fabiani, *L'ulteriore* up-grade *degli accordi di ristrutturazione e l'incentivo ai finanziamenti nelle soluzioni concordate*, in questa *Rivista*, 2010, 902 ss.

(26) La disposizione, oltre a distinguersi da quella contenuta nell'art. 182 *bis*, sesto comma, l.fall., mal si concilia con la contemporanea possibilità che il debitore alieni i beni protetti dal decreto inibitorio del giudice. L'eventuale cessione non sarà invalida, non essendo ancora applicabile il disposto dell'art. 8, comma 4; tuttavia, essa potrebbe causare l'arresto della procedura se considerata in frode ai creditori o non prevista nel piano.

(27) Le modalità di espressione e di trasmissione all'Organismo del consenso dei creditori (telegramma, lettera raccomandata a.r., fax, PEC) escludono pacificamente che quest'ultimo debba essere corredato dall'autenticazione della sottoscrizione, dipanando così un'incertezza che nella prassi caratterizza invece l'accordo di ristrutturazione dei debiti *ex* art. 182 *bis* l.fall.: cfr., sul punto, V. Zanichelli, *I concordati giudiziali*, Torino, 2010, 606 e S. Ambrosini, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Il nuovo diritto fallimentare*, a cura di A. Jorio e M. Fabiani, Bologna, 2010, 1152.

Ai fini dell'omologazione, è necessario che l'adesione alla proposta sia manifestata da almeno il settanta per cento dei creditori, *quorum* ridotto al cinquanta per cento per il caso di sovraindebitamento del consumatore (28).
Non essendo previsto alcun riferimento alla transazione fiscale e previdenziale *ex* art. 182 *ter* l.fall., appare evidente che l'erario e gli enti di previdenza e assistenza dovranno esprimere il loro eventuale assenso alla proposta del debitore con le medesime forme previste per i creditori di diritto comune.
Il meccanismo prescelto dal legislatore esclude ogni margine di trattativa per i creditori, i quali potranno soltanto scegliere se prestare, o se negare, il loro consenso all'accordo. Al fine di mitigare la rigidità della proposta unilaterale del debitore e facilitare la raccolta delle adesioni dei creditori, è stata acutamente rilevata l'opportunità di modulare la proposta suddividendo i creditori in classi (29).
Inspiegabilmente, la norma non prevede un termine entro il quale raggiungere l'accordo con i creditori. Sarà, quindi, il giudice, nel decreto di fissazione dell'udienza *ex* art. 5, comma 1 o, più probabilmente, nel decreto sull'inibitoria, a fissare d'ufficio il termine entro il quale i creditori possano comunicare il loro consenso alla proposta (30): in difetto la procedura rischierebbe di protrarsi *sine die*, pur cessando in ogni caso, decorso il termine di centoventi giorni dal decreto *ex* art. 5, comma 3, gli effetti protettivi sul patrimonio del debitore.

6. *(segue)* ... e la sua omologazione

Qualora un termine sia fissato, e l'accordo non sia tempestivamente raggiunto, è da ritenere che sia onere dell'Organismo di composizione della crisi darne comunicazione al giudice al fine di provocare l'interruzione della procedura (31).
Qualora invece l'accordo sia raggiunto tempestivamente, l'Organismo trasmetterà a tutti i creditori una relazione sui consensi ricevuti e sul raggiungimento della percentuale di legge, unitamente al testo dell'accordo definitivo. Dal ricevimento della relazione decorrerà il termine di dieci giorni per la formulazione di eventuali contestazioni da parte dei creditori, che potranno riguardare sia errori nel computo delle adesioni, sia la quantificazione del credito considerato, sia la concreta fattibilità del piano. Decorso tale termine, l'Organismo trasmetterà al giudice la propria relazione, allegando le contestazioni ricevute e l'attestazione definitiva sulla fattibilità del piano (32).
Al giudice è demandata la verifica, con rito camerale, del raggiungimento del *quorum* di consensi previsto dalla legge e della (in)fondatezza delle contestazioni dei creditori raccolte dall'Organismo. Al giudice è altresì riservata la valutazione dell'idoneità del piano ad assicurare il pagamento dei creditori estranei: non pare dubbio, quindi, che il giudice possa sindacare il *merito* del piano, senza limitare il proprio giudizio alla coerenza e congruità dell'attestazione dell'Organismo di composizione della crisi.
A seguito di queste valutazioni, il giudice omologa l'accordo ovvero nega l'omologazione.
Contro entrambi i provvedimenti è ammesso il reclamo al tribunale, con la precisazione che del collegio non potrà fare parte il giudice delegato alla procedura (33).

Note:

(28) Il provvedimento legislativo in esame riserva, a tutta evidenza, un riguardo particolare al consumatore, prevedendo per questa fattispecie non solo un *quorum* più basso per l'omologazione dell'accordo, ma anche tariffe dimezzate per l'assistenza da parte dell'Organismo di composizione della crisi. La scelta di riservare un trattamento *ad hoc* per il consumatore rispetto agli altri debitori non fallibili è scelta di natura politica del legislatore, della quale va preso atto ma che se non trova particolari motivazioni di ordine logico (posto che il consumatore gode già di altre tutele derivanti dalla legislazione ad esso dedicata, alle quali il debitore civile non ha accesso), ne trova invece di ordine socio-economico, a fronte dell'indubbio incremento, nell'attuale contesto congiunturale, dei casi di sovraindebitamento generato dall'eccesso di consumo finanziato a debito. Per una disamina dell'argomento cfr. G. Falcone, *Prestito "responsabile" e sovraindebitamento del consumatore*, in *Dir. fall.*, I, 2010, 642 ss. e G. Alpa, *La nota sul credito al consumo*, in AA.VV. *Grandi e piccole insolvenze*, cit., 43 ss.

(29) Così M. Fabiani, *La gestione del sovraindebitamento del debitore non fallibile*, cit., 8. L'Autore rileva, correttamente, come questo appaia l'unico ragionevole motivo per ricorrere alle classi dei creditori, così come previsto dall'art. 2, comma 1, posto che questa procedura non richiede, a differenza del concordato preventivo, il rispetto della *par condicio creditorum* e dell'ordine dei privilegi, né l'omogeneità di posizione giuridica e interessi economici dei creditori, né una doppia maggioranza per l'approvazione.

(30) M. Fabiani, *La gestione del sovraindebitamento del debitore non fallibile*, cit., 11.

(31) Propende per l'improcedibilità della proposta di accordo M. Fabiani, *La gestione del sovraindebitamento del debitore non fallibile*, cit., 11.

(32) Questa previsione desta perplessità, posto che una difformità tra l'attestazione "definitiva" e la precedente, depositata unitamente alla proposta, parrebbe ipotizzabile soltanto in presenza o di una *modifica del piano* o di una *modifica del giudizio* dell'Organismo sul medesimo piano. In entrambi i casi le informazioni inizialmente fornite ai creditori dovrebbero considerarsi alterate, con la conseguente necessità di consentire una rinnovazione del loro consenso.

(33) Sull'ammissibilità del ricorso per cassazione avverso il decreto di omologazione, si rimanda alle articolate e condivisibili riflessioni di M. Fabiani, *La gestione del sovraindebitamento del debitore non fallibile*, cit., 12, che evidenziano la predilezione del legislatore, secondo canoni di incisiva economia processuale, per uno svolgimento dell'intera procedura lontano dalle aule giu-

(segue)

7. Gli effetti dell'omologazione

È legittimo ipotizzare che, nella massima parte dei casi, la proposta di accordo sarà formulata in modo da condizionarne l'efficacia all'intervenuta omologazione, ai sensi dell'art. 1353 cod. civ.: in questo caso il decreto di omologazione comporterà l'avveramento della condizione sospensiva e l'accordo acquisterà forza di legge tra le parti, a mente dell'art. 1372, primo comma, cod. civ. Inoltre, l'omologazione dell'accordo comporterà il dispiegarsi *ex lege* degli effetti accessori sui creditori estranei, di cui si dirà tra breve.

Diverso sarebbe il caso, improbabile ma a rigore di logica possibile, in cui la proposta e l'accettazione dei singoli creditori non vengano condizionati da eventi futuri: in questa eventualità l'accordo tra debitore e creditori aderenti si perfezionerebbe con la ricezione del consenso da parte dell'Organismo ai sensi dell'art. 1326, primo comma, cod. civ., restando insensibile, salve diverse patologie, alla successiva omologazione del giudice.

Di notevole rilevanza è la possibilità che il creditore aderente mantenga impregiudicati, ai sensi dell'art. 6, comma 3, i diritti dei creditori nei confronti dei coobbligati, dei fideiussori del debitore e degli obbligati in via di regresso. È, questo, un evidente incentivo all'adesione da parte di creditori muniti di idonee garanzie collaterali che, in base alle regole generali contenute negli artt. 1239 e 1301 cod. civ., sarebbero altrimenti indotti a rifiutare ogni accordo transattivo pur di mantenere intatte le possibilità di escussione dei coobbligati e dei fideiussori (34).

Per i creditori non aderenti, invece, l'omologazione dell'accordo produce l'obbligatorietà *ex lege* della moratoria dei pagamenti, ai sensi dell'art. 3, comma 4 (35), purché prevista nel piano.

L'omologazione comporta, inoltre, il rinnovo della protezione patrimoniale prevista dall'art. 5, comma 3, e dei suoi effetti, per un periodo non superiore a un anno.

A un primo esame parrebbe che moratoria e protezione patrimoniale siano due facce della stessa medaglia: i creditori estranei all'accordo possono perdere, per un periodo sino ad un anno, sia il diritto ad essere pagati nei termini concordati, sia la possibilità di aggredire il patrimonio del debitore. In realtà, la correlazione tra protezione e moratoria si limita alla coincidenza dei loro rispettivi termini massimi di durata.

La protezione patrimoniale, in particolare, opera nei confronti di *tutti* i creditori con causa o titolo anteriore alla presentazione della proposta, ivi compresi i creditori aderenti: questi ultimi, in caso di inadempimento del debitore, non potranno quindi aggredire il suo patrimonio con gli strumenti tipici dell'esecuzione individuale ma dovranno preliminarmente richiedere ed ottenere dal tribunale la risoluzione dell'accordo di ristrutturazione al fine di rimuovere, ai sensi dell'art. 7, comma 4, l'efficacia inibitoria dell'omologazione.

Un ulteriore elemento di attenzione riguarda l'oggetto della protezione patrimoniale che, come evidenziato in precedenza (36), sanziona con la nullità anche l'iscrizione di ipoteche volontarie. A differenza dell'inibitoria cautelare, finalizzata a mantenere il patrimonio del debitore libero da gravami sino all'omologazione, non v'è ragione per ritenere che gli atti di esecuzione del piano non possano comprendere concessioni di garanzie, anche ipotecarie, da parte del debitore: per questo motivo, sebbene non espressamente previsto dalla norma, è da ritenere che la nullità dell'iscrizione di ipoteche volontarie non possa riguardare gli atti previsti nel piano e compiuti in sua esecuzione.

8. Gli eventi successivi all'omologazione: l'esecuzione dell'accordo e la sua patologia

Diversamente dalle procedure concorsuali, la composizione delle crisi da sovraindebitamento non solo non prevede alcuno spossessamento - neppure attenuato - del debitore, ma nemmeno prevede

Note:
(segue nota 33)

diziarie: ne è dimostrazione la scelta del rito camerale e l'assenza di contraddittorio avanti al giudice, salva l'iniziale udienza finalizzata alla concessione di provvedimenti inibitori. Più in particolare, appare evidente come le contestazioni da parte dei creditori debbano essere veicolate esclusivamente attraverso l'Organismo di composizione della crisi in un'ottica di esternalizzazione delle funzioni giudiziarie che potrà certamente semplificare ed accelerare la procedura ma che pone forti dubbi, anche di rilievo costituzionale, sulla reale possibilità che i creditori possano vedere adeguatamente tutelati i loro diritti.

(34) La norma, che riproduce la disposizione contenuta nell'art. 184, primo comma, l.fall. con riferimento al concordato preventivo, non è invece replicata negli accordi di ristrutturazione dei debiti *ex* art. 182 *bis* l.fall., con la conseguenza che quest'ultimo istituto subisce il disincentivo all'adesione da parte del creditore garantito: cfr., sul punto, G.B. Nardecchia, *Crisi d'impresa, autonomia privata e controllo giurisdizionale*, cit., 97. Per una specifica trattazione della fattispecie, cfr. anche D. Galletti, *Insolvenza civile e "fresh start": il problema dei coobbligati*, in *An. Giur. Ec.*, 2004, 2, 391 ss.

(35) È, questo, uno dei casi previsti dalla legge che consentono l'estensione degli effetti dell'accordo ai terzi, ai sensi dell'art. 1372, secondo comma, c.c.

(36) *Supra*, par. 4.

7. Gli effetti dell'omologazione

È legittimo ipotizzare che, nella massima parte dei casi, la proposta di accordo sarà formulata in modo da condizionarne l'efficacia all'intervenuta omologazione, ai sensi dell'art. 1353 cod. civ.: in questo caso il decreto di omologazione comporterà l'avveramento della condizione sospensiva e l'accordo acquisterà forza di legge tra le parti, a mente dell'art. 1372, primo comma, cod. civ. Inoltre, l'omologazione dell'accordo comporterà il dispiegarsi *ex lege* degli effetti accessori sui creditori estranei, di cui si dirà tra breve.

Diverso sarebbe il caso, improbabile ma a rigore di logica possibile, in cui la proposta e l'accettazione dei singoli creditori non vengano condizionati da eventi futuri: in questa eventualità l'accordo tra debitore e creditori aderenti si perfezionerebbe con la ricezione del consenso da parte dell'Organismo ai sensi dell'art. 1326, primo comma, cod. civ., restando insensibile, salve diverse patologie, alla successiva omologazione del giudice.

Di notevole rilevanza è la possibilità che il creditore aderente mantenga impregiudicati, ai sensi dell'art. 6, comma 3, i diritti dei creditori nei confronti dei coobbligati, dei fideiussori del debitore e degli obbligati in via di regresso. È, questo, un evidente incentivo all'adesione da parte di creditori muniti di idonee garanzie collaterali che, in base alle regole generali contenute negli artt. 1239 e 1301 cod. civ., sarebbero altrimenti indotti a rifiutare ogni accordo transattivo pur di mantenere intatte le possibilità di escussione dei coobbligati e dei fideiussori (34).

Per i creditori non aderenti, invece, l'omologazione dell'accordo produce l'obbligatorietà *ex lege* della moratoria dei pagamenti, ai sensi dell'art. 3, comma 4 (35), purché prevista nel piano.

L'omologazione comporta, inoltre, il rinnovo della protezione patrimoniale prevista dall'art. 5, comma 3, e dei suoi effetti, per un periodo non superiore a un anno.

A un primo esame parrebbe che moratoria e protezione patrimoniale siano due facce della stessa medaglia: i creditori estranei all'accordo possono perdere, per un periodo sino ad un anno, sia il diritto ad essere pagati nei termini concordati, sia la possibilità di aggredire il patrimonio del debitore. In realtà, la correlazione tra protezione e moratoria si limita alla coincidenza dei loro rispettivi termini massimi di durata.

La protezione patrimoniale, in particolare, opera nei confronti di *tutti* i creditori con causa o titolo anteriore alla presentazione della proposta, ivi compresi i creditori aderenti: questi ultimi, in caso di inadempimento del debitore, non potranno quindi aggredire il suo patrimonio con gli strumenti tipici dell'esecuzione individuale ma dovranno preliminarmente richiedere ed ottenere dal tribunale la risoluzione dell'accordo di ristrutturazione al fine di rimuovere, ai sensi dell'art. 7, comma 4, l'efficacia inibitoria dell'omologazione.

Un ulteriore elemento di attenzione riguarda l'oggetto della protezione patrimoniale che, come evidenziato in precedenza (36), sanziona con la nullità anche l'iscrizione di ipoteche volontarie. A differenza dell'inibitoria cautelare, finalizzata a mantenere il patrimonio del debitore libero da gravami sino all'omologazione, non v'è ragione per ritenere che gli atti di esecuzione del piano non possano comprendere concessioni di garanzie, anche ipotecarie, da parte del debitore: per questo motivo, sebbene non espressamente previsto dalla norma, è da ritenere che la nullità dell'iscrizione di ipoteche volontarie non possa riguardare gli atti previsti nel piano e compiuti in sua esecuzione.

8. Gli eventi successivi all'omologazione: l'esecuzione dell'accordo e la sua patologia

Diversamente dalle procedure concorsuali, la composizione delle crisi da sovraindebitamento non solo non prevede alcuno spossessamento - neppure attenuato - del debitore, ma nemmeno prevede

Note:
(segue nota 33)

diziarie: ne è dimostrazione la scelta del rito camerale e l'assenza di contraddittorio avanti al giudice, salva l'iniziale udienza finalizzata alla concessione di provvedimenti inibitori. Più in particolare, appare evidente come le contestazioni da parte dei creditori debbano essere veicolate esclusivamente attraverso l'Organismo di composizione della crisi in un'ottica di esternalizzazione delle funzioni giudiziarie che potrà certamente semplificare ed accelerare la procedura ma che pone forti dubbi, anche di rilievo costituzionale, sulla reale possibilità che i creditori possano vedere adeguatamente tutelati i loro diritti.

(34) La norma, che riproduce la disposizione contenuta nell'art. 184, primo comma, l.fall. con riferimento al concordato preventivo, non è invece replicata negli accordi di ristrutturazione dei debiti *ex* art. 182 *bis* l.fall., con la conseguenza che quest'ultimo istituto subisce il disincentivo all'adesione da parte del creditore garantito: cfr., sul punto, G.B. Nardecchia, *Crisi d'impresa, autonomia privata e controllo giurisdizionale*, cit., 97. Per una specifica trattazione della fattispecie, cfr. anche D. Galletti, *Insolvenza civile e "fresh start": il problema dei coobbligati*, in *An. Giur. Ec.*, 2004, 2, 391 ss.

(35) È, questo, uno dei casi previsti dalla legge che consentono l'estensione degli effetti dell'accordo ai terzi, ai sensi dell'art. 1372, secondo comma, c.c.

(36) *Supra*, par. 4.

l'obbligo che la liquidazione e la ripartizione dell'attivo siano svolte da soggetti diversi dallo stesso debitore, salva l'eccezione dei beni pignorati di cui *infra*.

Il debitore, quindi, potrà restare l'unico protagonista della propria esdebitazione eseguendo personalmente gli atti e i pagamenti indicati nel piano e nell'accordo. Peraltro, l'art. 2, comma 1, dispone espressamente che il piano possa prevedere l'affidamento del patrimonio del debitore a un fiduciario che provveda alla sua custodia e alla sua liquidazione e che distribuisca il ricavato ai creditori (37).

Questa opzione, che il debitore potrà scegliere per ragioni di opportunità, non è l'unica alternativa all'esecuzione in autonomia: ai sensi dell'art. 8, comma 1 il piano potrà prevedere che le medesime funzioni del fiduciario siano affidate a un liquidatore nominato dal giudice investito della procedura. Questa modalità esecutiva sarà comunque obbligatoria ogniqualvolta il piano preveda, per la soddisfazione dei creditori, l'utilizzo di beni già sottoposti a pignoramento (38).

L'esecuzione del piano sarà, in ogni caso, sottoposta alla vigilanza dell'Organismo di composizione della crisi, il quale si adopererà per risolvere le difficoltà che dovessero insorgere e segnalerà ai creditori eventuali irregolarità.

L'attività dell'Organismo è, in questa fase, assai pervasiva ancorché non ne vengano specificate le concrete attività di controllo. Appare plausibile, peraltro, che le irregolarità per le quali vi sia obbligo di segnalazione siano soltanto quelle che possano potenzialmente determinare la risoluzione dell'accordo e la conseguente caducazione *ex* art. 7, comma 4 della protezione patrimoniale. Per quanto concerne, invece, i soggetti destinatari della segnalazione non pare dubbio che questa debba essere trasmessa a tutti i creditori aderenti all'accordo e, per questo, legittimati a chiederne la risoluzione. Incerto, invece, è il diritto dei creditori estranei a ricevere la segnalazione dell'Organismo, in considerazione degli effetti ultrattivi che l'accordo omologato è destinato a produrre anche nei loro confronti (39).

La vigilanza da parte dell'Organismo non è l'unico elemento rafforzativo del buon esito del piano e dell'adempimento dell'accordo: l'art. 8, comma 4 prevede che "*i pagamenti e gli atti dispositivi dei beni posti in essere in violazione dell'accordo e del piano sono nulli*". Si tratta di una disposizione di grande rilevanza, anche simbolica, al fine di evitare che l'attività esecutiva possa deragliare, per colpa o dolo, dai binari del piano e dei patti conclusi con i creditori: la nullità rappresenta, infatti, un forte deterrente sia per il debitore (o per il fiduciario o per il liquidatore), sia per il soggetto (creditore o terzo) che partecipi, quale controparte, all'atto in violazione del piano o dell'accordo. Non va sottaciuto, peraltro, che le scarne previsioni di pubblicità dell'accordo (40) potrebbero ingenerare comprensibili contestazioni da parte di un terzo inconsapevolmente coinvolto in atti di cui venga poi dichiarata la nullità.

La cessazione dell'efficacia dell'accordo è subordinata, in prima analisi, alle alternative azioni di annullamento e di risoluzione previste dall'art. 9. In particolare, l'annullamento è previsto in caso di comportamento fraudolento nella rappresentazione della situazione patrimoniale o debitoria sottesa alla proposta ai creditori, mentre la risoluzione è ammissibile in caso (a) di inadempimento delle obbligazioni derivanti dall'accordo, (b) di mancata costituzione delle garanzie promesse o (c) di sopravvenuta impossibilità d'esecuzione dell'accordo per ragioni non imputabili al debitore.

Per quanto riguarda la legittimazione attiva a richiedere l'annullamento e la risoluzione dell'accordo, le regole del diritto privato (rispettivamente: l'art. 1441 e l'art. 1453 cod. civ.) la attribuiscono ai soli creditori aderenti. Questa soluzione è pertanto, allo stato, da preferire (41) nonostante non appaia del tutto soddisfacente: il riferimento della

Note:

(37) Non è chiaro se la norma faccia riferimento ai mandati fiduciari regolati dal diritto civile o se evochi l'istituzione di un apposito *trust* per l'esecuzione del piano, né quali siano i criteri per l'individuazione del fiduciario o del *trustee*: sarà necessario, sul punto, attendere le indicazioni di prassi e di giurisprudenza ancorché sia sin d'ora da escludere che le funzioni fiduciarie siano svolte dall'Organismo di composizione della crisi, stante l'evidente incompatibilità con le sue funzioni di controllo sull'esecuzione del piano.

(38) La norma, sul punto, non specifica se il liquidatore nominato dal giudice debba occuparsi dell'intero patrimonio del debitore o soltanto dei beni pignorati; in attesa di indicazioni giurisprudenziali, pare comunque razionale evitare un frazionamento dell'esecuzione e riservare volontariamente al liquidatore giudiziale la liquidazione dell'intero attivo e la distribuzione delle somme ricavate.

(39) V. *retro*, nota 35

(40) Ai sensi dell'art. 5, comma 2 la pubblicità dell'accordo, che coincide con quella della proposta depositata, trova specifica previsione solo nella pubblicazione in apposita sezione del registro delle imprese. Per i debitori diversi dagli imprenditori, che accedano alla procedura, è ampia la discrezionalità del giudice, il quale individuerà le forme di pubblicità ritenute, caso per caso, adeguate.

(41) Così, infatti, M. Fabiani, *La gestione del sovraindebitamento del debitore "non fallibile"*, cit., 14 ss. e, con riferimento agli accordi *ex* art. 182 *bis* l. fall., G.B. Nardecchia, *Crisi d'impresa, autonomia privata e controllo giurisdizionale*, cit., 87.

norma alla legittimazione di "ogni creditore" o di "ciascun debitore", senza ulteriori specificazioni sulla sua partecipazione all'accordo; il riferimento, nella risoluzione dell'accordo, a patologie che possano influire sul futuro soddisfacimento dei creditori estranei (42); l'individuazione, tra i motivi di annullamento, di dolose alterazioni delle informazioni fornite che, se conosciute nei termini corretti, avrebbero potuto persuadere i creditori ora estranei ad aderire all'accordo; la pregnanza degli effetti collaterali dell'accordo omologato sui diritti dei creditori estranei, sono tutti motivi che depongono in favore di un'interpretazione evolutiva della norma, che consenta ai creditori non aderenti ciò che è consentito, in sede di concordato preventivo, (anche) ai creditori dissenzienti (43).

A rafforzare questa indicazione vi è, inoltre, la presenza asistematica di una causa di risoluzione dell'accordo operante *ex lege*: ai sensi dell'art. 7, comma 5, la sentenza di fallimento pronunciata a carico del debitore risolve l'accordo (44).

Un'ultima causa di cessazione degli effetti dell'accordo è prevista dall'art. 6, comma 5: l'accordo è revocato di diritto se il debitore non esegue integralmente, entro novanta giorni dalle scadenze previste, i pagamenti dovuti alle amministrazioni pubbliche e agli enti gestori di forme di previdenza e di assistenza obbligatoria. Prescindendo dall'incongrua collocazione dell'inciso all'interno della norma dedicata al raggiungimento dell'accordo, non v'è dubbio che la disposizione abbia la finalità di disincentivare l'inadempimento nei confronti di taluni creditori che, per la loro rilevanza pubblica, il legislatore ritiene di tutelare maggiormente attraverso la previsione di una specifica ed invasiva sanzione.

Con specifico riguardo al *dies a quo* per il computo del termine di novanta giorni, va osservato come (a) se il creditore ha aderito all'accordo, il nuovo termine sarà indicato in quella sede, mentre (b) se il creditore resta estraneo all'accordo, i termini di adempimento subiranno prevedibilmente la dilazione coattiva *ex* art. 3, comma 2, non essendo la pubblica amministrazione né gli enti previdenziali e assistenziali considerati esclusi dalla moratoria prevista nel piano.

Al creditore estraneo spetterà, in ogni caso, la possibilità di chiedere al giudice, mediante ricorso *ex* art. 7, comma 4, l'accertamento del mancato pagamento del proprio credito nei termini previsti dal piano e la conseguente caducazione degli effetti protettivi sul patrimonio del debitore. Non è chiaro se l'accertato mancato pagamento di un creditore estraneo faccia cessare gli effetti protettivi nei confronti di *quel* creditore ovvero nei confronti della totalità dei creditori vincolati al rispetto dell'inibitoria. La logica vorrebbe che ad avvantaggiarsi del provvedimento, riacquistando la propria facoltà di agire esecutivamente nei confronti del debitore, sia soltanto il creditore che lo abbia stimolato (45); l'assimilazione *sic et simpliciter* del mancato pagamento dei creditori estranei alla risoluzione dell'accordo, nell'ambito dello stesso art. 7, comma 4, deporrebbe invece per la soluzione opposta, ancorché questa appaia tutt'altro che convincente sotto il profilo sistematico.

9. L'Organismo di composizione della crisi: ruolo e funzioni

Nel corso della trattazione si sono indicati gli articolati adempimenti e le numerose funzioni affidati all'Organismo di composizione della crisi, che il legislatore considera elemento centrale e necessario della procedura avendogli affidato una molteplicità di ruoli che altrove vengono svolti da una pluralità di soggetti, ciascuno dotato di specifica professionalità ed autonomia.

Sin dalla predisposizione del piano e della proposta ai creditori, il debitore non potrà farsi assistere (solo) da un professionista di propria fiducia ma dovrà necessariamente avvalersi dell'ausilio di un Organismo di composizione della crisi, che egli potrà scegliere tra quelli con sede nella circoscrizione del proprio Tribunale. È questa, con tutta evidenza, una rilevante anomalia rispetto al principio di auto-

Note:

(42) Ci si riferisce, in particolare, alla mancata costituzione delle garanzie individuate nel piano o all'impossibilità sopravvenuta di eseguire l'accordo.

(43) Ci si riferisce, ovviamente, alla possibilità che ciascun creditore possa chiedere sia la risoluzione del concordato per inadempimento ai sensi dell'art. 186, primo comma, l.fall., sia l'annullamento del concordato ai sensi dell'art. 138, primo comma, richiamato dall'art. 186, quinto comma, l.fall.

(44) Sul fatto che la norma regoli una fattispecie fisiologica, e non stravagante, cfr. M. Fabiani, *La gestione del sovraindebitamento del debitore "non fallibile"*, cit., 16 il quale correttamente rileva come le soglie dimensionali minime *ex* art. 1 l.fall. possano essere superate dall'imprenditore nel corso della procedura o dopo l'omologazione dell'accordo, trasformando così il debitore da non fallibile in fallibile. A questa ipotesi può aggiungersi quella del socio illimitatamente responsabile di società commerciale il cui fallimento sia dichiarato *ex* art. 147, primo comma, l.fall. (v. *supra*, par. 2).

(45) Va condivisa l'osservazione che, nella fattispecie descritta, dalla perdita della protezione patrimoniale non consegue automaticamente la perdita di efficacia dell'accordo, che interverrà solo a seguito della richiesta di risoluzione da parte dei creditori aderenti: così M. Fabiani, *La gestione del sovraindebitamento del debitore "non fallibile"*, cit., 14.

nomia privata, del tutto eccentrica se raffrontata con gli istituti di composizione negoziale della crisi d'impresa, ove il debitore è pacificamente libero di farsi assistere da chi meglio crede o, persino, di agire autonomamente senza alcuna assistenza professionale.

Oltre a funzioni consultive di natura finanziaria e legale, all'Organismo di composizione della crisi è affidato un ruolo di garanzia e di tutela degli interessi dei terzi, essendogli devoluta anche l'attestazione della fattibilità del piano e della veridicità dei dati contenuti nella proposta (art. 10, comma 7). Questa sovrapposizione merita un giudizio fortemente critico, anche in considerazione dell'avversione alla commistione dei ruoli di consulente e di attestatore che caratterizza i commenti alla disciplina degli accordi *ex* art. 182 *bis* l.fall. e del concordato preventivo (46).

Il legislatore, inoltre, affida all'Organismo anche un ruolo propulsivo, prevedendo che esso raccolga sia le adesioni dei creditori alla proposta di accordo, sia le loro eventuali contestazioni, e quindi relazioni i creditori e il giudice sul raggiungimento dell'accordo (art. 7, comma 1). L'Organismo provvederà, per conto del debitore, alle comunicazioni e alle pubblicazioni previste dalla legge e disposte dal giudice e, una volta omologato l'accordo, si adopererà per risolvere le eventuali difficoltà che sorgano in fase di esecuzione, vigilando sull'esatto adempimento da parte del debitore e comunicando ai creditori ogni eventuale irregolarità (art. 8, comma 2).

Prescindendo dalla difficoltà pratica di rinvenire in un unico soggetto le plurime competenze richieste da tale varietà di incarichi, emerge drammaticamente la sicura contrapposizione tra i vari interessi che l'Organismo è chiamato a tutelare nelle sue eterogenee (e, a mio parere, inconciliabili) funzioni di consulente legale e finanziario, di fidefaciente, di ausiliario del giudice e finanche di controllore sull'esecuzione dell'accordo, contrapposizione che richiede un urgente rimedio normativo (47).

Nell'intento di assicurare agli Organismi di composizione della crisi l'indipendenza e professionalità necessarie, il legislatore ha previsto che essi siano costituiti da parte di enti pubblici, senza aggravio di oneri per la finanza pubblica. Questa laconica previsione, peraltro, genera forti incertezze su chi siano i soggetti effettivamente legittimati a costituire Organismi di composizione della crisi, posto che la nozione di ente pubblico è palesemente inidonea, per la sua ampiezza, a definirli.

Gli Organismi costituiti dagli enti pubblici saranno iscritti in un istituendo registro tenuto dal Ministero della Giustizia. Un prossimo regolamento ministeriale determinerà, inoltre, i requisiti per l'iscrizione e le indennità, a carico del debitore, spettanti all'Organismo di composizione della crisi; indennità che, in caso di sovraindebitamento del consumatore, saranno dimezzate.

Nell'istituendo registro saranno iscritti, a loro semplice richiesta: gli organismi di mediazione costituiti presso le CCIAA; il Segretariato sociale *ex* art. 22, comma 4, lett. a), L. 328/2000; gli Ordini professionali degli avvocati, dei dottori commercialisti e degli esperti contabili e dei notai.

Con riferimento agli Ordini professionali, la lettura della norma suscita perplessità: se appare logico e auspicabile che gli Ordini professionali, assimilati ad enti pubblici, costituiscano propri Organismi di composizione della crisi su base territoriale, appare del tutto incongruo che i medesimi Ordini possano essere *essi stessi* iscritti nel registro quali Organismi di composizione della crisi, svolgendone le funzioni operative. La funzione degli Ordini professionali, infatti, non è certamente quella di svolgere direttamente, tramite i Consigli territoriali, attività "professionale": la formulazione della norma, pertanto, appare erronea e meritevole di essere corretta.

Le disposizioni "transitorie" contenute nell'articolo 11 prevedono che i compiti e le funzioni attribuiti agli Organismi di composizione della crisi possano essere svolti anche da professionisti in possesso dei requisiti richiesti dall'art. 28 l.fall., o da un notaio.

In tale regime "transitorio", peraltro, il professionista con funzioni di Organismo di composizione della crisi non potrà essere scelto dal debitore ma dovrà essere nominato dal presidente del tribunale o dal giudice da lui delegato. Questa individuazione, se da un lato ha lo scopo di garantire i terzi sull'indipendenza di un soggetto che svolga funzioni di

Note:

(46) Si rimanda, al proposito, alla decisa affermazione della necessità di indipendenza tra il professionista attestatore e il professionista che abbia assistito l'imprenditore nella redazione del piano, contenuta nella *Raccomandazione n. 2* delle *Linee-guida per il finanziamento alle imprese in crisi*, elaborate dal Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti e degli Esperti Contabili, dall'Università di Firenze e da ASSONIME, disponibile sul sito *www.cndcec.it*. In quella sede si evidenzia, in capo all'attestatore, la funzione di tutela della fede pubblica e degli interessi dei creditori, con particolare riferimento a quelli estranei all'accordo, a cui si accompagnano le responsabilità che questi assume di fronte ai terzi qualora l'attestazione si riveli, alla prova dei fatti, gravemente erronea.

(47) Sull'immanenza di continui conflitti d'interesse e sulla difficile sintesi di capacità e funzioni richieste in un unico soggetto, si vedano le considerazioni di M. Fabiani, *La gestione del sovraindebitamento del debitore "non fallibile"*, cit., 17-18.

tutela della fede pubblica, dall'altro lato rischia di apparire poco coerente con le funzioni consultive richieste al professionista, posto che il rapporto con il cliente sarà, inevitabilmente, caratterizzato dall'*intuitus personae* che soltanto la libera scelta può consentire.

Va rilevato, comunque, che, nonostante la rubrica dell'articolo 11, non v'è traccia di transitorietà nella norma non essendovi - né potendovi essere - alcun riferimento ad una precedente disciplina dell'istituto da coordinare con la nuova, né un'indicazione sul momento in cui la disciplina della composizione delle crisi da sovraindebitamento potrà considerarsi a regime (48). In attesa dell'istituzione di Organismi di composizione della crisi dotati della necessaria professionalità e diffusione territoriale è legittimo ipotizzare, pertanto, che il ricorso ai professionisti non sarà un'eccezione ma, piuttosto, caratterizzerà i futuri tentativi di gestione dell'insolvenza civile.

10. Considerazioni conclusive

La composizione delle crisi da sovraindebitamento ha l'indubbio pregio di avere introdotto nell'ordinamento una procedura di esdebitazione del soggetto non fallibile che coinvolga la totalità dei suoi creditori, ancorché solo una parte di essi partecipi all'accordo.

Di alcune incongruenze logiche e procedurali si è dato conto nella trattazione, nell'auspicio che il legislatore e - per quanto di propria competenza - giurisprudenza e prassi, possano almeno in parte appianarle.

Vi sono, però, criticità di fondo che indeboliscono notevolmente, a mio parere, l'efficacia dello strumento.

Del primo aspetto si è già detto nella parte iniziale di questo commento (49): l'eterogeneità dei soggetti ammessi alla procedura quanto a tipologia di attività, composizione del debito e interessi economici, rischia di comprometterne stabilità ed efficienza.

Il secondo elemento di debolezza riguarda la scelta legislativa di non configurare la composizione della crisi da sovraindebitamento come procedura concorsuale ma, piuttosto, di volerla ricondurre a una fattispecie negoziale simile, quanto agli effetti, agli accordi di ristrutturazione dei debiti *ex* art. 182 *bis* l.fall. senza poterne assimilare i presupposti e le alternative.

Non v'è dubbio che la disciplina introdotta presenti alcuni correttivi di maggiore competitività rispetto all'analogo istituto regolato dalla legge fallimentare: la moratoria coattiva per i creditori estranei, l'ampliata protezione del patrimonio del debitore e il mantenimento dei diritti di credito nei confronti dei fideiussori e dei soggetti coobbligati rappresentano, infatti, un importante *upside* per l'istituto. Va evidenziato, però, come qui manchi in radice, per la connaturata incompatibilità dell'istituto con la fallibilità del debitore, la possibilità di avvalersi di quelli che sono i reali incentivi a concludere l'accordo di ristrutturazione dei debiti *ex* art. 182 *bis* l.fall., ossia le incisive prerogative di quell'istituto rispetto all'alternativa fallimentare (50).

È, pertanto, incombente il rischio che questa nuova procedura non raccolga il successo sperato, perché i vantaggi conseguiti con l'adesione potrebbero non essere sufficienti a dissuadere il creditore dall'esecuzione individuale sui beni presenti e futuri del debitore.

In definitiva, l'esclusione della composizione della crisi da sovraindebitamento dal novero delle procedure concorsuali e la conseguente impossibilità di vincolare la totalità dei creditori alla volontà di una loro qualificata maggioranza rappresentano il reale *vulnus* di questa procedura, depotenziando in misura sostanziale l'efficacia esdebitatoria dell'istituto.

Note:

(48) La Relazione al D.d.l. di conversione in legge del D.L. n. 212/2011 specifica che la norma transitoria si rende necessaria per l'ipotesi in cui gli Organismi non vengano costituiti. L'indicazione non appare confortante, giacché l'obbligatorietà del ricorso agli Organismi e il vincolo di territorialità dovrebbero coniugarsi alla possibilità, per il debitore, di attingere a una moltitudine di soggetti tra i quali potere scegliere quello ritenuto più affidabile, per capacità e reputazione: circostanza, questa, che non può ritenersi realizzata in presenza di un numero esiguo di Organismi operanti nella circoscrizione di riferimento del debitore.

(49) V. *retro*, par. 1 e 2.

(50) Ci si riferisce, in particolare, all'esenzione da revocatoria *ex* art. 67, terzo comma, lett. e), ma anche alla prededucibilità dei finanziamenti concessi in funzione o in esecuzione dell'accordo ai sensi dell'art. 182 *quater*, primo e secondo comma, o ancora alla salvaguardia *ex* art. 217 *bis* da rischi penali tipicamente riconducibili al fallimento.