

# Il sovraindebitamento del debitore civile

**Vincenzo De Sensi**

**Ottobre 2012**

© Luiss Guido Carli. La riproduzione è autorizzata con indicazione della fonte o come altrimenti specificato. Qualora sia richiesta un'autorizzazione preliminare per la riproduzione o l'impiego di informazioni testuali e multimediali, tale autorizzazione annulla e sostituisce quella generale di cui sopra, indicando esplicitamente ogni altra restrizione

## *Il sovraindebitamento del debitore civile*

*di Vincenzo De Sensi*

*Sommario:* 1. Considerazioni introduttive; 2. Articolazione del procedimento; 3. La finalità del procedimento; 4. I presupposti di ammissibilità del procedimento; 5. La natura non concorsuale del procedimento; 6. Segue. Corollari pratici della non concorsualità; 7. Verso un qualificazione in positivo; 8. Conclusioni.

\*\*\*\*

### *1. Considerazioni introduttive*

Sulla spinta di una sempre maggiore sensibilità alle ricadute sociali della crisi economica in atto e volgendo lo sguardo in particolare alla tendenza diffusa ad assumere impegni di debito anche da soggetti non imprenditori commerciali, il legislatore è intervenuto con una disciplina che procedimentalizza la sistemazione del sovraindebitamento del debitore civile, intendendosi per esso tutti coloro i quali non sono “*soggetti né assoggettabili*” alle vigenti procedure concorsuali<sup>1</sup>.

Questo dato, che emerge proprio dall’ impostazione letterale dell’art. 6, comma 1, della legge in commento, pone subito il dubbio se si tratti o meno di una procedura concorsuale.

Una riflessione su tale questione potrebbe non sembrare di immediato rilievo operativo. In effetti, si potrebbe anche accantonare una tale questione se

---

<sup>1</sup> Si tratta della disciplina contenuta nel Capo II della legge 27 gennaio 2012, n. 3. Per un primo ed articolato commento alla relativa disciplina, ved. AA.VV., *Composizione della crisi da sovraindebitamento*, in *Il Civilista*, Milano, 2012, ed in particolare per i profili soggettivi: M. Cordopatri, *Presupposti di ammissibilità*, *ivi*. Va detto che il legislatore sembra avere per il momento accantonato una disciplina specifica per l’esdebitazione del consumatore per i debiti contratti nello svolgimento di attività non professionali. E’ da ritenere quindi che il consumatore possa comunque utilizzare il procedimento in esame rientrando nella più generale categoria del debitore civile. Per un’analisi di insieme: Terranova, *La composizione della crisi da sovraindebitamento: uno sguardo d’insieme*, in AA.VV., *cit.*, p. 7. Ved. anche: Guiotto, *La nuova procedura per l’insolvenza del soggetto non fallibile: osservazioni in itinere*, in *Fall.*, 2012, p. 21 e ss.

ragionamento secondo un approccio di mera constatazione, rinunciando del tutto ad inquadramenti sistematici ritenendoli superflui.

Non è raro assistere al seguente ragionamento: esiste un problema, il legislatore intende risolverlo e lo fa con un determinato istituto; non interessa dunque il come questo avviene ed all'interno di quale sistema, accontentandoci della constatazione della individuazione di una soluzione qualunque essa sia.

Ebbene, vorremmo invece recuperare, se non proprio un inquadramento di sistema –laddove fosse possibile–, quantomeno una visione di sistema che possa orientare l'interprete nell'applicazione della legge, soprattutto in un contesto normativo che, su questa materia, è sempre più spinto dall'onda della crisi in atto.

Inoltre, come si dirà meglio in seguito, si porrà un problema di coordinamento di questo procedimento con le procedure concorsuali. C'è da chiedersi se, ad esempio, sarà configurabile una consecuzione di procedure concorsuali laddove dovesse intervenire il fallimento, ai sensi dell'art. 12, comma 5; o se il debitore possa in subordine, laddove dovesse divenire fallibile nel corso della esecuzione dell'accordo, proporre un concordato preventivo o chiedere, per così dire, la conversione di tale procedura negli accordi di ristrutturazione.

Si tratta di questioni sulle quali ci sembra che incida proprio la qualificazione giuridica del procedimento in commento.

Ci sembra quindi che il ragionare intorno alla natura del procedimento non risponda a mera curiosità teoretica, investendo piuttosto – come vedremo – profili e corollari operativi di rilievo.

Possiamo dire subito che il quadro normativo, riveniente dalla legge in commento, non presenta chiari e definiti tratti di concorsualità. Per tale ragione vorremmo sostenere la tesi che il procedimento in esame non sia concorsuale e che l'accordo di sistemazione del sovraindebitamento possa essere ricondotto più che altro nello schema del contratto normativo di programma con il ceto creditorio all'interno di un procedimento che attribuisce a tale accordo una cogenza che altrimenti non avrebbe: quella, in particolare, di determinare la nullità degli atti non conformi ad esso.

Non solo, ma un effetto peculiare dello stesso è la creazione, per così dire, di una sottomassa patrimoniale, destinata a soddisfare le spese correnti necessarie al sostentamento del debitore e della sua famiglia: previsione questa sicuramente più ampia della categoria dei crediti impignorabili.

Sembra dunque che l'obiettivo del legislatore non sia solo quello di fornire uno strumento giuridico volto a recuperare un equilibrio economico-finanziario del debitore, quanto piuttosto orientato a consentirgli di sistemare l'indebitamento e ad un tempo di conciliare tale obiettivo con il sostentamento suo e della sua famiglia.

Ciò detto in via introduttiva, vediamo in breve le articolazioni del procedimento.

## *2. Articolazione del procedimento*

Il procedimento delineato dal legislatore si articola in quattro fasi fondamentali. Illustriamo sinteticamente le varie fasi per poi affrontare alcune specifiche questioni, sollecitate dalla relativa disciplina, anche sul piano esegetico.

La prima fase ha avvio con il deposito, presso il Tribunale del luogo di residenza o della sede legale della impresa del debitore, della proposta e del piano unitamente ad un corredo documentale e dell'attestazione di fattibilità del piano<sup>2</sup>. Tra la documentazione da depositare, indicata all'art. 9, comma 2, è

---

<sup>2</sup> Un aspetto positivo della disciplina in commento è quello di avere distinto proposta e piano di soddisfacimento dei creditori. In effetti la proposta che viene formulata dal debitore, con l'ausilio degli organismi di composizione della crisi, si basa su un piano che ne integra la portata e nello stesso tempo ne programma l'esecuzione in termini adeguati alla situazione concreta del debitore. Tale distinzione, seppure colta sul piano concettuale, non si rinviene nella formulazione degli artt. 161 e 182 bis l.fall. Essa emerge invece nella recente novella della legge fallimentare introdotta con il c.d. "decreto sviluppo" in punto di previsione del c.d. concordato con riserva di cui all'art. 161, comma 6. Si tratta delle modifiche introdotte dalla legge 7 agosto 2012, n. 134 di conversione del d.l. 22 giugno 2012, n. 83. Sulla distinzione tra proposta e piano: Di Marzio, *Sulla composizione negoziata delle crisi da sovraindebitamento*, in *Dir. Fall.*, I, 2010, p.

interessante sottolineare quella relativa all'elenco delle spese correnti necessarie al sostentamento del debitore e della sua famiglia, previa indicazione della composizione del nucleo familiare corredato dal certificato dello stato di famiglia. Una volta avvenuto il deposito, il giudice investito della procedura, ove la proposta risponda ai requisiti di cui agli artt. 7 e 9, fissa immediatamente l'udienza con decreto, disponendo la notifica della proposta e del decreto a tutti i creditori, contenente l'avvertimento dei provvedimenti che potranno essere adottati nel corso della stessa udienza, ovvero, come vedremo, l'inibizione delle tutele esecutive e cautelari individuali.

La seconda fase è quella che si svolge innanzi al giudice nel corso dell'udienza dallo stesso fissata e comunicata al ceto creditorio. Si tratta di uno snodo rilevante della procedura, potendo essere assunto un provvedimento di forte limitazione delle tutele individuali attraverso appunto l'inibizione delle procedure esecutive e cautelari sul patrimonio del debitore proponente. Dalla lettura dell'art. 10, comma 3, sembra che il giudice non debba svolgere particolari indagini prima di adottare il provvedimento, né verificare la compatibilità dello stesso con esigenze di salvaguardia di beni funzionali al soddisfacimento del ceto creditorio, ma solo verificare che non siano state assunte dal debitore iniziative o atti in frode ai creditori. In relazione all'inibizione delle tutele cautelari ed esecutive individuali, va detto che queste presentano due tratti di caratterizzazione da tener presente nel corso della nostra riflessione sulla natura del procedimento in esame.

Si tratta, in primo luogo, non di un effetto del procedimento, ma di un provvedimento incidentale che può essere assunto dal giudice quando emerga in sostanza la buona fede del debitore proponente. Il provvedimento infatti è subordinato alla mancanza di "*iniziative o atti in frode ai creditori?*", laddove per iniziative potrebbero intendersi anche tutte quelle operazioni attraverso le quali il debitore ha tentato di frodare i creditori.

Inoltre, l'inibizione, da un lato, ha una durata limitata non potendo superare i centoventi giorni e potendo essere disposta per una sola volta, anche in caso di successive proposte; dall'altro, non riguarda i titolari di diritti impignorabili (ad esempio crediti alimentari). Non solo, ma una volta intervenuta l'omologazione, l'effetto dell'inibizione delle azioni esecutive e

---

659 e ss.; Santoni, *Contenuto del piano di concordato preventivo e modalità di soddisfacimento dei creditori*, in AA.VV., *Le soluzioni concordate delle crisi di impresa*, Torino, 2007, p. 51 e ss.

cautelari, nonché dell'acquisizione di cause di prelazione sul patrimonio del debitore, può avere la durata massima di un anno<sup>3</sup>.

La terza fase è quella della manifestazione del consenso alla proposta del debitore. Questa si apre con il decreto del giudice che fissa l'udienza di cui all'art. 10 e dispone la comunicazione della proposta e del decreto a tutti i creditori anteriori ad essa. La legge però non prevede la fissazione da parte del giudice di un termine entro il quale devono pervenire i relativi consensi e ritenere chiusa la fase della formazione dell'accordo. In via di fatto sarà dunque opportuno che il giudice fissi anche tale termine<sup>4</sup>.

I creditori faranno quindi pervenire, per posta elettronica certificata, fax o raccomandata, il proprio consenso all'organismo di composizione della crisi.

Si potrà quindi procedere alla omologazione dell'accordo se questo è stato raggiunto con il settanta per cento dei creditori. Raggiunta tale soglia l'organismo di composizione della crisi trasmette a tutti i creditori una relazione sui consensi raggiunti, allegando il testo dell'accordo. Da tale momento decorrerà un termine di dieci giorni entro il quale i creditori potranno sollevare eventuali contestazioni. Decorso tale termine l'organismo trasmette al giudice la relazione, allegando le contestazioni ricevute, nonché un'attestazione definitiva sulla fattibilità del piano.

Il giudice procederà quindi all'omologazione risolvendo in via preliminare le contestazioni eventuali sollevate.

---

<sup>3</sup> L'inibizione delle tutele esecutive individuali è stata autorevolmente colta come uno degli elementi di emersione della natura concorsuale di un procedimento, purché ricompresa tra i suoi effetti: Bonsignori, *Disposizioni Generali, Dichiarazione di Fallimento*, in *Commentario Scialoja – Branca, Legge Fallimentare*, Bologna, 1974, p. 38 e ss.

<sup>4</sup> Come vedremo nel corso delle riflessioni, questa fase del procedimento orienta in termini abbastanza decisi nel senso di poter cogliere nell'accordo l'elemento centrale di convergenza del ruolo degli organismi di composizione, del giudice, oltre a quello del debitore e dei suoi creditori. Si tratta di una fattispecie molto simile agli accordi di ristrutturazione dei debiti ex art. 182 *bis* l.fall. e per la quale possono valere le seguenti considerazioni: Jorio, *Accordi di ristrutturazione e piani di risanamento*, in AA.VV., *Le soluzioni concordate delle crisi di impresa*, op. cit., p. 107, secondo il quale “ *Si prospetta pertanto l'applicazione a questi accordi della disciplina civile in tema di invalidità e di risoluzione del contratto con pluralità di parti, tenendo conto peraltro di come si problematico ricondurli alla categoria degli accordi plurilaterali con comunione di scopo (stante la perdurante contrapposizione di obiettivi tra debitore e creditori)*”.

Ed infine la quarta fase è quella dell'esecuzione dell'accordo che avviene sotto la vigilanza dell'organismo di composizione della crisi, mentre il giudice investito della procedura è chiamato a risolvere eventuali violazioni di diritti soggetti o a decidere sulla sostituzione del liquidatore per giustificati motivi. Sul piano dell'esecuzione l'art. 13, comma 4, della legge poi precisa che tutti gli atti ed i pagamenti in violazione dell'accordo omologato sono nulli<sup>5</sup>.

A queste fasi strutturali ed essenziali, possono aggiungersi fasi eventuali collegate ad evenienze per così dire patologiche nell'esecuzione dell'accordo, prevedendo la legge fattispecie di revoca e risoluzione di diritto, ed azioni di impugnazione e risoluzione dello stesso. Vediamole in sintesi.

---

<sup>5</sup> Questa nullità è di difficile inquadramento. Si tratta di una nullità virtuale per contrarietà a norma imperativa, di una nullità relativa che potrà essere fatta valere solo dai creditori interessati o di qualcos'altro? Inoltre, quale rapporto intercorre tra la risoluzione e la nullità dei singoli atti? In effetti potrebbero esserci situazioni in cui è difficile cogliere se l'atto posto in essere in violazione dell'accordo sia motivo di risoluzione dello stesso accordo o invece sia solo il singolo atto affetto da nullità. Forse, ragionando sul tenore letterale della norma, sembrerebbe che le omissioni (non pagare, non concedere garanzie etc) siano motivo di risoluzione dell'accordo, mentre gli atti commissivi (vendita, pagamento etc.) siano motivo di nullità dei singoli atti posti in essere in violazione dell'accordo. Ma si potrebbe anche dubitare che si tratti di una vera e propria nullità, potendosi prospettare piuttosto una ricostruzione in termini di inefficacia dei singoli atti posti in essere in violazione dell'accordo, così come ad esempio quella che colpisce gli atti di disposizione su beni pignorati ex art. 2913 c.c. Questa ricostruzione peraltro potrebbe trovare conferma ove si consideri che con l'accordo il debitore autolimita la propria legittimazione a disporre e come noto la legittimazione incide sulla efficacia dell'atto e non sulla sua validità giuridica: Betti, *Teoria generale del negozio giuridico*, Torino, 1950, p. 219: "*Si è già detto che la legittimazione, a differenza della capacità, dipende da una particolare relazione del soggetto con l'oggetto del negozio (...). La legittimazione della parte può definirsi come la sua competenza ad ottenere o a risentire gli effetti giuridici del regolamento di interessi avuto di mira: competenza la quale risulta ad una specifica posizione del soggetto rispetto agli interessi che si tratta di regolare*". Del resto la citata norma sul pignoramento prova proprio questo. Ora al di là dell'inquadramento di questa fattispecie di nullità (peraltro rilevante sotto il profilo della possibilità della convalida o della conversione dell'atto nullo) non v'è dubbio che il legislatore abbia voluto rimarcare con forza la particolare e specifica vincolatività dell'accordo di sistemazione del sovraindebitamento una volta omologato. Il che dà conferma della centralità dell'accordo e della sua funzione di gestione del debito.

Una prima fattispecie è quella della revoca di diritto dell'accordo se il debitore non paga integralmente entro novanta giorni dalle scadenze previste i crediti delle Agenzie fiscali e degli enti gestori di forme di previdenza ed assistenza obbligatorie. La legge all'art. 11, comma 5, non prevede la risoluzione di diritto ma la revoca, volendone probabilmente sottolineare la funzione di sanzione in relazione all'inadempimento di crediti che non entrerebbero nell'accordo, aprendosi sotto questo profilo il problema della conoscenza di tale revoca da parte dei creditori aderenti al piano.

Altra fattispecie che opera di diritto è quella del fallimento del debitore. L'art. 12, comma 5, prevede che la sentenza di fallimento risolve l'accordo. L'ambito applicativo della norma, ad una prima lettura, non appare di immediata definizione. Se infatti si può certo immaginare che il debitore possa divenire fallibile nel corso dell'esecuzione dell'accordo - perché ad esempio raggiunge i requisiti dimensionali di cui all'art. 1 l.fall. - dall'altro però non si comprende come possa configurarsi lo stato di insolvenza in pendenza dell'accordo. Ed infatti: - o il piano è fattibile ed allora la sua omologazione impedisce la configurazione di uno stato di insolvenza; - oppure l'accordo, pur in astratto fattibile, in concreto non è stato rispettato ed allora si è pervenuti ad una sua risoluzione ex art. 14 della legge in commento.

In altri termini, non sembra configurabile il fallimento senza che venga prima rimosso l'accordo con la sua risoluzione, a meno di non volere riconoscere in capo al creditore che chiede il fallimento una legittimazione diretta senza necessità di dover chiedere la risoluzione dell'accordo ove affermi la sussistenza dell'insolvenza.

Una ipotesi applicativa della norma potrebbe essere quella del c.d. fallimento in "*ricaduta*" - a prescindere quindi dalla operatività dell'accordo - come appunto accadrebbe se fallisse la società di persone il cui socio sia il debitore sotto procedura da sovraindebitamento.

Oltre a queste fattispecie che operano di diritto, l'art. 14 prevede l'impugnazione e la risoluzione dell'accordo: il primo rimedio attiene alla genesi dell'accordo; il secondo alla sua dimensione funzionale.

Ed infatti l'impugnazione altro non è che un'azione di annullamento quando vi è stato un comportamento doloso da parte del debitore nel sottrarre o dissimulare parte rilevante dell'attivo, nell'aumentare o diminuire il passivo, ovvero nel simulare attività inesistenti. La risoluzione invece opera sul piano

dell'inadempimento dell'accordo o della impossibilità di esecuzione per ragioni non imputabili al debitore.

Esposta in sintesi la disciplina in parola, ci soffermiamo su tre specifici profili: - la finalità del procedimento, - i presupposti del procedimento, - la formazione ed il contenuto dell'accordo.

### *3. La finalità del procedimento*

E' lo stesso legislatore che all'art. 6 precisa la finalità del procedimento, mettendo subito in chiaro che si tratta di un rimedio volto a sistemare situazioni di sovraindebitamento. Il suddetto articolo dispone che, al fine proprio di realizzare la suddetta finalità, è "consentito" al debitore di concludere un accordo con i propri creditori nell'ambito appunto del procedimento in commento.

Orbene, se il significato dell'espressione usata dovesse essere solo quello di autorizzare, per così dire, il debitore ed i creditori a porre in essere questa tipologia di accordo, la norma risulterebbe del tutto pleonastica e sovrapposta a quanto già in linea generale dispone l'art. 1322 c.c.

Sotto questo profilo basta qui ricordare che si è consolidato nel tempo un orientamento volto a superare i dubbi in ordine alla liceità degli accordi volti a sistemare l'indebitamento purché presentino, per il loro contenuto, o per la loro dimensione soggettiva, coinvolgente tutti i creditori, l'attitudine a rimuovere lo stato di insolvenza<sup>6</sup>.

Per recuperare all'art. 6 una sua specifica rilevanza e quindi per meglio cogliere la finalità della legge in commento, sembra utile leggere tale disposizione normativa alla luce dell'art. 13 che riguarda proprio l'esecuzione

---

<sup>6</sup> Su questo argomento, che si può dire oggi abbia perso molto della sua attualità per la presenza di un forte potenziamento degli strumenti negoziali di gestione dell'indebitamento: Arato, *Convenzioni bancarie e procedure concorsuali*, in Fall., 1998, p. 928; Sansone, *Risanamento dell'impresa tra autonomia privata e controllo giudiziario*, in Fall., 1998, p. 761; Jorio, *Dal concordato stragiudiziale alla soluzione stragiudiziale delle crisi di impresa*, in Fall., 1999, p. 759. Per un inquadramento teorico delle problematiche si rinvia a: Pasetti, *Parità di trattamento e autonomia privata*, Padova, 1970, p. 51 e ss.

dell'accordo, nella parte in cui prevede, quale effetto dello stesso, la nullità dei pagamenti e degli atti dispositivi in violazione dell'accordo omologato.

Ponendo lo sguardo in una visione complessiva, che coglie anche un effetto dell'omologazione, si può sostenere che la finalità del procedimento non è semplicemente quella di consentire l'accordo per sistemare l'indebitamento, ma di conferire ad esso un vincolo ed una forza superiori alla mera vincolatività di cui all'art. 1372 c.c., che esporrebbe al più solo al rimedio risarcitorio.

Questa previsione –al di là della questione circa la natura di tale nullità affrontata in nota nelle considerazioni precedenti- testimonia la centralità dell'accordo, il quale rimane preservato dalle conseguenze degli atti in violazione, atteso che sono questi ad essere attinti dalla nullità.

Si tratta di un accordo che viene raggiunto all'interno di un procedimento inteso come un insieme di atti tra di loro coordinati per un fine unitario<sup>7</sup>.

Nella legge in commento il procedimento è delineato in relazione all'accordo ed alla sua omologazione svolgendo nel suo insieme una funzione di ausilio, di sostegno e di rafforzamento in punto di effetti<sup>8</sup>.

---

<sup>7</sup> Sulla nozione di procedimento: Segni – Costa, *Procedimento civile*, in Nov. Dig., Torino, 1957, p. 1026 e ss: “*Procedimento civile è il complesso delle attività che sono necessarie perché una lite proceda dal suo atto iniziale alla sua definizione. Lo scopo di queste attività, la loro posizione (non solo temporale) tra l’inizio e la fine della lite dà una unità a questa serie di atti, che non costituiscono un inorganico e disordinato susseguirsi ma un coordinato progredire dall’inizio alla fine del procedimento in vista dello scopo da raggiungere.*”; Di Prisco, *Procedimento*, in Enc. Dir., Milano, 1986, p. 819 e ss.: “*Nella realtà, il procedimento si presenta come una determinata sequenza di norme nonché degli atti da esse disciplinati e delle posizioni soggettive da esse estraibili, in vista del – e compreso il – compimento di un atto finale.*”

<sup>8</sup> Sotto questo profilo si può cogliere una significativa differenza rispetto agli accordi di ristrutturazione ex art. 182 *bis* l.fall. Ed infatti, mentre questi sono presupposti dall'articolo citato in quanto già formati prima del procedimento per la loro omologazione, nel caso di specie l'accordo si forma all'interno del procedimento ed in virtù del perfezionamento del procedimento, a seguito della omologazione, l'accordo produce effetti sostanziali che altrimenti non potrebbe produrre. Sugli accordi di ristrutturazione e sul loro essere presupposti dalla norma fallimentare, Nigro – Vattermoli, *Diritto della crisi di impresa*, Bologna, 2009, pag. 381: “*Gli accordi di*

La finalità della legge in commento sembra definirsi tutta in relazione all' accordo ed in vista di questo, non potendoci essere l'ulteriore finalità di evitare il fallimento proprio in ragione del fatto che l'ambito operativo dell'istituto riguarda il settore sottratto all'applicazione della legge fallimentare.

Come vedremo meglio nel prosieguo, a questa prospettiva finalistica, relativa all'accordo, se ne aggiunge un'altra più rivolta al patrimonio, che è quella di creare una sottomassa patrimoniale sottratta al regime della responsabilità generica in quanto finalizzata a soddisfare esigenze di sostentamento del debitore e della sua famiglia<sup>9</sup>. Il debitore, infatti, ai sensi dell'art. 9, comma 2, unitamente alla proposta deposita anche *“l'elenco delle spese correnti necessarie per il sostentamento suo e della sua famiglia previa indicazione della composizione del nucleo familiare corredata dal certificato dello stato di famiglia.”*

La legge non specifica se tale elenco possa essere contestato dai creditori, o se sullo stesso vi è un controllo da parte del giudice o degli organismi di composizione della crisi. Però sembra conforme al tenore della norma l'interpretazione che vede in essa la creazione di una sottomassa patrimoniale destinata allo specifico fine di sostenere il debitore e la sua famiglia in un contesto di sovraindebitamento .

Anche sotto questo profilo si può notare che un accordo non potrebbe, ai sensi dell'art. 1322 c.c., avere l'effetto di sottrarre una parte del patrimonio alla relativa garanzia senza una specifica disposizione normativa<sup>10</sup>.

---

*ristrutturazione sono semplicemente presupposti dalle norme che stiamo esaminando, restando dunque interamente governati – come finora sono stati – dal diritto comune dei contratti”.*

<sup>9</sup> In relazione al nuovo modo di atteggiarsi della responsabilità patrimoniale ed alla rilevanza dell'autonomia privata nella regolazione di fenomeni di tensione finanziaria: Adolfo di Majo, *Responsabilità e patrimonio*, Torino, 2005, p. 47 e ss: *“La circostanza, si è detto, che il legislatore italiano, a differenza di altri legislatori, abbia avvertito il bisogno di codificare espressamente il principio della responsabilità patrimoniale del debitore (...) è il segno evidente che il c.d. interesse alla garanzia è un interesse meritevole di tutela, i cui riflessi sono destinati a farsi sentire sotto l'aspetto delle regulae iuris di carattere sostanziale. In altre parole, l'interesse ad essere garantiti nella propria qualità di creditori non è solo soddisfatto attraverso le norme sull'inadempimento (artt. 1176, 1218 c.c.) ma anche attraverso quelle che mettono a disposizione del creditore il patrimonio del debitore.”*

<sup>10</sup> Adolfo di Majo, op. cit., p. 48: *“Del resto, il carattere indisponibile del rimedio è indirettamente riconosciuto dalla norma che sembra ammettere, (ma) per forza di legge, solo limitazioni della responsabilità (e non la rinuncia ad essa).”*

Si percepisce quindi al riguardo la natura complessa della fattispecie in esame laddove la formazione dell'accordo, all'interno del procedimento, e dei controlli che in esso si realizzano, consente di superare la necessità del consenso unanime e di rendere vincolante il soddisfacimento dei bisogni di sostentamento del debitore e della sua famiglia anche per i soggetti estranei allo stesso.

#### *4. I presupposti di ammissibilità del procedimento*

L'articolo 7 è intitolato ai "Presupposti di ammissibilità" anche se, leggendone il contenuto normativo, sembra emergere una certa confusione tra presupposti, requisiti e contenuto dell'accordo.

I presupposti sono due: dal lato soggettivo, essere un debitore sottratto all'applicazione dell'art. 1 della legge fallimentare; dal lato oggettivo, essere in uno stato di sovraindebitamento.

La legge si rivolge al c.d. debitore civile del quale non dà una definizione, essendo individuato in negativo nell'ambito soggettivo sottratto all'applicazione della legge fallimentare. Viene quindi colmata una lacuna nel sistema di gestione dei fenomeni di crisi, andandosi a coprire un settore per il quale non era possibile usufruire dei sistemi negoziali di gestione dell'indebitamento<sup>11</sup>.

Dal lato oggettivo deve ricorrere una situazione di sovraindebitamento. E' la prima volta che il legislatore utilizza tale termine dandone una definizione.

---

<sup>11</sup> Rientrano quindi nell'operatività del procedimento: l'artigiano, il piccolo imprenditore, l'imprenditore commerciale che non raggiunge i requisiti di cui all'art. 1 l.fall, l'imprenditore agricolo, il consumatore, l'esercente professioni intellettuali, il socio di società con soci illimitatamente responsabili. Al riguardo occorre ricordare che all'imprenditore agricolo è consentito utilizzare anche gli accordi di ristrutturazione dei debiti ex art. 182 *bis* l.fall. in forza di quanto disposto dalla l. 15.07.2011, n. 111. Sulla copertura di un vuoto normativo da parte del nostro legislatore, in sintonia con gli altri paesi europei che prevedono la gestione del sovraindebitamento civile: 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*, in *Dir. Fall.*, 2009, I, p. 818 e ss.

L'art. 6, comma 2, ci dice che per sovraindebitamento si intende una situazione di perdurante squilibrio tra le obbligazioni assunte ed il patrimonio "*prontamente liquidabile*" per farvi fronte, nonché la definitiva incapacità del debitore di adempiere alle proprie obbligazioni.

Da questa definizione normativa è possibile trarre due accezioni di sovraindebitamento.

Quella propriamente patrimoniale, in cui viene in rilievo il patrimonio come insieme di beni cui si contrappongono i debiti. E quella invece di tipo finanziario, che sembra assumere i tratti dell' insolvenza, identificandosi con l' incapacità non transeunte di pagare in modo regolare i propri debiti<sup>12</sup>.

Ad ogni modo, il legislatore sembra assumere il patrimonio come insieme di beni espropriabili - liquidabili integranti la garanzia dei creditori e non anche come insieme di valori economici e produttivi che consentono lo svolgimento dell'impresa commerciale<sup>13</sup>. Si tratta di una ricaduta dell'orientamento soggettivo della legge, atteso che i soggetti cui essa si rivolge assumono in via generale debiti al di fuori dello svolgimento di una impresa commerciale e, laddove questa dovesse sussistere, la mancanza dei requisiti soggettivi per l'applicazione della legge fallimentare denoterebbe un profilo meno sofisticato di quello che giustifica l'applicazione della concorsualità.

Quanto detto trova conferma nel fatto che il legislatore non richiama un semplice squilibrio aritmetico tra l'attivo patrimoniale ed i debiti, ma qualifica il patrimonio utilizzando l'espressione "*prontamente liquidabile*": laddove

---

<sup>12</sup> Per una riflessione attenta sui concetti di squilibrio economico, finanziario e patrimoniale e sulla funzione del patrimonio: G. Ferri, *Impresa in crisi e garanzia patrimoniale*, (Voce) in AA.VV., *Diritto Fallimentare, Manuale Breve*, Milano, 2008, p. 19 e p. 31 e ss: " *Vi è squilibrio patrimoniale quando l'insieme dell'attivo dell'impresa è inferiore alle sue passività. La sufficienza delle risorse proprie della impresa è quindi riguardata non già in relazione alle esigenze di finanziamento della sua attività, quanto in funzione della possibilità di pagamento dei suoi debiti attuali. (...) Una condizione di questo tipo può essere anche fisiologica nella vita dell'impresa se comunque transitoria e destinata ad essere eliminata da un incremento dell'utile capace di riportare l'attivo ad una misura sufficiente per coprire le passività.*" Per un approfondimento sui concetti di crisi e di insolvenza: Terranova, *Stato di crisi e stato di insolvenza*, Torino, 2007, p. 66 che non manca di rilevare come l'insolvenza dell'imprenditore commerciale può risentire della natura dinamica dell'attività di impresa; dinamica che invece manca per il debitore civile che semplicemente si indebita gravando con i debiti il proprio patrimonio.

<sup>13</sup> Su questa distinzione: AA.VV., *Diritto delle Società*, Milano, 2012, p. 13.

l'uso dell'avverbio "*prontamente*" allude al tempo necessario per la liquidazione; e l'uso dell'aggettivo "*liquidabile*" sottolinea l'attitudine del patrimonio ad essere dismesso.

Da ciò sembrerebbe derivare che, laddove il debitore abbia un patrimonio, ma non prontamente liquidabile, non possa accedere al procedimento di gestione del proprio sovraindebitamento, quando invece probabilmente lui ed i creditori ne avrebbero maggiore interesse. Non solo, ma si può notare come la situazione oggettiva del debitore che ha un patrimonio, ma non prontamente liquidabile, sia da considerare meglio della situazione in cui il debitore non è più in grado di adempiere le proprie obbligazioni, magari senza patrimonio.

Eppure, mentre il primo non può accedere alla procedura, il secondo sì.

Se così fosse, emergerebbe una certa irragionevolezza dell'opzione legislativa che, subordinando l'apertura del procedimento ad un presupposto che implica una valutazione tecnica - essere il patrimonio prontamente liquidabile o meno - potrebbe determinare effetti distorsivi. Sarebbe stato forse più opportuno agganciare l'operatività del rimedio allo stato di sovraindebitamento *tout court* caratterizzato dal mero squilibrio tra attivo e passivo patrimoniale tale da compromettere la capacità di adempimento del debitore.

Sotto altro profilo, si può ancora considerare che potrebbe non essere intercettato l'interesse del ceto creditorio all'accordo laddove il debitore abbia un patrimonio "*prontamente liquidabile*", atteso che - proprio in ragione di questa prospettiva - i creditori e lo stesso debitore potrebbero essere indotti ad adottare un'opzione non procedimentale, con risparmio di costi, e magari con il raggiungimento del fine del soddisfacimento dei creditori prima e meglio di quanto possa accadere nel procedimento in esame.

Se infatti l'opzione procedimentale va perseguita è probabile che ciò avvenga laddove essa possa agevolare la liquidazione del patrimonio altrimenti immobilizzato, ma non anche laddove questo presenti già l'attitudine ad essere "*prontamente liquidabile*".

Si potrebbe forse salvare la ragionevolezza della norma orientando l'interpretazione nel senso di riconoscere una certa preoccupazione del

legislatore per il ceto creditorio derivante dalla compressione delle tutele individuali con l'inibizione delle azioni esecutive individuali, che può essere disposta già in sede di apertura del procedimento.

Tale preoccupazione potrebbe pertanto avere indotto il legislatore a subordinare l'apertura del procedimento alla condizione che il patrimonio sia "*prontamente liquidabile*" al fine di contenere la limitazione delle tutele individuali e quindi rendere tendenzialmente rapida l'esecuzione dell'accordo.

Questa interpretazione però viene contraddetta dal fatto che il secondo presupposto è quello della definitiva incapacità del debitore di adempiere le proprie obbligazioni. In questo caso infatti non vi è alcuna ragionevole previsione che l'accordo possa essere correttamente, ancor prima che "*prontamente*", eseguito.

Le suesposte riflessioni portano dunque a ritenere che, a ben vedere, il tratto del patrimonio "*prontamente liquidabile*" riguardi più la funzione del piano concordato con il ceto creditorio, che non essere propriamente un presupposto di ammissibilità del procedimento. E' infatti il piano a dover consentire una pronta liquidazione e quindi a rendere realizzabile un obiettivo che probabilmente, senza pianificazione concordata, non lo sarebbe.

La prontezza della liquidazione in altri termini andrebbe collocata più sul piano della funzione del programma di gestione del sovraindebitamento che non su quello del presupposto di ammissibilità del procedimento<sup>14</sup>.

## 5. La natura non concorsuale del procedimento

---

<sup>14</sup> E' interessante considerare che nel diritto statunitense il debitore individuale (*individual debtor*) può ricorrere al Chapter 11 laddove abbia valori patrimoniali prevedendo nel relativo piano proprio una programmazione della liquidazione secondo un certo ordine anche di tempo. In questo senso si vedano le riflessioni di Debra Grassgreen, *Individual chapter 11 cases after BAPCPA: what happened to the fresh start?*, Annual Survey of Bankruptcy Law, West, 2006, p. 309: "*The debtor could commence Chapter 11 file a plan that provides for a timely and orderly sale of the asset and a repayment plan for the outstanding debt from the asset. This would, in many cases, be preferable to an immediate fire sale of the asset by a Chapter 7 trustee*". Il piano consente quindi di dare ordine alla liquidazione e di evitare una svendita del patrimonio. La pronta liquidazione non è quindi un presupposto del Chapter 11 per il debitore individuale ma un tratto funzionale del piano.

Come anticipato nelle considerazioni introduttive, ci sembra di poter sostenere, alla luce di quanto esaminato, che il procedimento in esame non ha natura concorsuale. Le ragioni che supportano tale tesi sono diverse e la loro esposizione esige una preliminare considerazione sulla concorsualità.

La concorsualità è un sistema normativo, composto da norme sia processuali che sostanziali, avente la funzione di disciplinare ed ordinare il conflitto tra creditori generato dalla crisi di impresa.

Se è pur vero che esistono nel codice civile esempi di istituti aventi natura concorsuale, ciò nondimeno il sistema più compiuto e sofisticato di concorsualità lo ritroviamo proprio quando si tratta di gestire la crisi dell'impresa commerciale nella sua unitarietà e complessità. Così come l'impresa si manifesta nella duplice dimensione dell'organizzazione, di beni e persone, e di attività - in cui il momento finanziario assume un ruolo ed una posizione centrale - così pure il momento della sua patologia esige una disciplina unitaria e globale assicurata proprio dal sistema della concorsualità<sup>15</sup>.

Autorevole dottrina<sup>16</sup> ha individuato degli indici rivelatori della concorsualità nei seguenti elementi: sussistenza di un conflitto tra più ragioni di credito; coinvolgimento di tutti i creditori nella medesima procedura; inibizione istituzionale e non incidentale delle esecuzioni individuali.

Raffrontiamo dunque il procedimento in esame con i suesposti indici di concorsualità.

Venendo al primo criterio, si può affermare che il sovraindebitamento non genera un conflitto tra i creditori allo stesso modo della crisi dell'impresa commerciale. Ed infatti mentre questa si manifesta in termini dinamici, essendo

---

<sup>15</sup> E' interessante e, ad un tempo, sorprendente rilevare che questa correlazione tra impresa e concorsualità è stata colta anche da un eminente processualista: Satta, *Diritto Fallimentare*, Padova, 1996, p. 4, nota 2: "(...) il problema, infatti, è proprio quello di vedere perché alla crisi economica dell'impresa si debba porre riparo con una procedura concorsuale e solo con essa, escludendo in radice la possibilità dell'esecuzione singolare e della isolata considerazione dei singoli beni che quest'ultima comporta e presuppone. La concorsualità di una procedura non si comprende se non riflettendo sul perché è interdetta ogni procedura singolare e sul fatto che tale esclusione non si fonda su semplici considerazioni di opportunità, ma è logicamente necessaria: perché come la crisi è tale solo quando investe i beni nel loro complesso e nella loro unità, così il superamento della crisi e la reintegrazione dell'ordinamento deve riguardare quei beni considerati unitariamente e ricostituendo (ad es. con le revocatorie) quell'unità."

<sup>16</sup> Bonsignori, *op. cit.*, p. 40 e ss.

legata all'andamento dell'attività; il sovraindebitamento invece è un dato statico del patrimonio che può anche non manifestarsi all'esterno. Tant'è vero che lo stato di sovraindebitamento è una situazione che può essere compatibile con lo svolgimento dell'attività di impresa, la cui dinamicità appunto può consentire una gestione dei flussi finanziari da rendere sopportabile tale situazione, soprattutto nelle fasi di *startup*<sup>17</sup>. Al contrario, laddove il patrimonio non è inserito nello svolgimento di un'attività economica o, pur essendolo, questa assume dimensioni marginali e piccole, ne consegue che il sovraindebitamento diviene una situazione difficilmente gestibile se non del tutto deleteria per il debitore e le sue esigenze di vita e di mantenimento della famiglia.

Ci sembra che tale assunto trovi riscontro nel citato articolo 6, laddove si distingue tra sovraindebitamento, inteso quale perdurante squilibrio tra le obbligazioni assunte ed il patrimonio prontamente liquidabile, e la definitiva incapacità del debitore di adempiere regolarmente le proprie obbligazioni.

Ne discende quindi che all'esterno i creditori possono non percepire tale situazione e quindi non generarsi quel conflitto tra più pretese creditorie prima dell'apertura e della ufficializzazione di tale stato.

Inoltre, è possibile rilevare che il baricentro della fattispecie in esame è il patrimonio, considerato nella sua dimensione statica di rapporto tra attività e passività senza alcuna rilevanza di profili di efficienza gestionale. Il legislatore infatti si occupa dell'indebitamento come fattore negativo per il debitore e la sua famiglia, e non quale elemento funzionale del processo produttivo della impresa laddove questa sia in ipotesi configurabile.

---

<sup>17</sup> L'indebitamento dell'impresa commerciale può convivere con lo svolgimento dell'attività in un contesto organizzativo volto a mantenere e/o recuperare i c.d. rapporti di coerenza che corrispondono ad aree di gestione aziendale relativi a: equilibrio di potenziale, equilibrio di funzionamento ed equilibrio di efficienza. Sul punto: R. Rossi, *Insolvenza, Crisi di Impresa e Risanamento*, Milano, 2003, p. 81. Nella mera gestione del sovraindebitamento del debitore civile è del tutto impossibile fare riferimento a tali sofisticati equilibri patrimoniali e gestionali che riguardano l'organismo produttivo, essendo tutto dipendente dalla propensione più o meno accentuata del debitore al consumo per sé e per la sua famiglia. In questo caso quindi l'indebitamento non è visto in relazione alle esigenze di funzionamento dell'impresa commerciale, ma alle esigenze di vita del debitore e della sua famiglia.

E' la stessa legge che all'art. 6, nel definire la finalità del procedimento, dispone che esso tende a porre rimedio alle situazioni di sovraindebitamento non soggette né assoggettabili alle vigenti procedure concorsuali. Il dato letterale evidenzia che si tratta di rimediare all'eccessivo peso del debito sul patrimonio personale e sulle capacità reddituali del debitore. E' vero che possono rientrare nell'applicazione della legge anche debitori che sono imprenditori, ma non assoggettabili alla legge fallimentare perché non commerciali o perché non raggiungono i requisiti dimensionali di cui all'art. 1 l.fall.. Ma questo dato è del tutto secondario rispetto al tratto preminente del fenomeno oggetto di disciplina che si incentra sul patrimonio e sulle esigenze familiari, più che sull'attività svolta.

In secondo luogo, il rimedio per il sovraindebitamento non coinvolge tutti i creditori del debitore e quelli che rimangono estranei ad esso devono essere pagati per intero. Questo aspetto depone in modo significativo nel senso della non concorsualità atteso che la globalità dell'indebitamento non si riflette poi nel rimedio che rimane appunto circoscritto ad una massa delimitata di creditori, pari per legge almeno al settanta per cento dei crediti. Né si può sostenere che il procedimento diverrebbe tale solo laddove l'accordo coinvolga tutti i creditori, in quanto si farebbe dipendere la natura dello stesso da un dato esterno ad esso e peraltro del tutto eventuale.

In terzo luogo, il provvedimento di sospensione delle azioni esecutive è contingente, eventuale, delimitato nel tempo, e non collegato in via automatica all'apertura del procedimento. Al riguardo l'art. 10, comma 3, dispone che 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. Non solo, ma la sospensione può essere disposta una sola volta ed il relativo provvedimento è reclamabile.

Ne consegue allora che laddove il provvedimento di sospensione non sia adottato, scada o sia revocato i creditori potranno agire in via esecutiva ed assumere posizioni di vantaggio rispetto ad altri. Né depone diversamente quanto previsto dall'art. 12, comma 3, nella parte in cui dispone che dalla data della omologazione e per la durata di un anno si producono gli effetti dei cui all'art. 10, comma 3, atteso che anche in questo caso l'inibizione delle azioni

esecutive è temporanea e comunque viene meno in caso di mancato pagamento dei creditori estranei.

Mancano dunque gli elementi rivelatori della concorsualità soprattutto in relazione alla unicità della tutela esecutiva e soddisfattiva dei creditori.

## **6. Segue. Corollari pratici della non concorsualità**

Le considerazioni svolte sulla non concorsualità del procedimento, prima ancora di portare la nostra riflessione ad una qualificazione in positivo dell'istituto, orientano verso l'individuazione delle conseguenze e delle ricadute pratiche di una tale conclusione.

Si può affermare che i corollari potranno essere diversi.

Come visto in precedenza lo spettro del fallimento non è del tutto escluso dall'uso del procedimento in esame. L'art. 12, comma 5, prevede che *“La sentenza di fallimento pronunciata a carico del debitore risolve l'accordo”*. E' dunque possibile che una volta raggiunto l'accordo ed in pendenza della sua esecuzione possa intervenire il fallimento.

Da un punto di vista soggettivo, la previsione può giustificarsi per il fatto che il procedimento non è del tutto estraneo all'imprenditore commerciale. Questi può ricorrere ad esso laddove non rientra nell'applicazione dell'art. 1 l.fall. per non integrare i requisiti dimensionali e di indebitamento ivi previsti. Potrebbe dunque accadere che tali requisiti vengano integrati nel corso dell'esecuzione dell'accordo e quindi giustificare la possibilità del fallimento.

Da un punto di vista oggettivo, la norma va coordinata con quella di cui all'art. 14, comma 2, nella parte in cui dispone che in caso di inadempimento dell'accordo ciascun creditore può chiedere la risoluzione dello stesso. Pertanto, è da ritenere che laddove si configuri l'inadempimento dell'accordo, non limitato ad un singolo creditore, e quindi in termini tali da manifestare uno stato di insolvenza, ai sensi dell'art. 5 l.fall., ciascun creditore

potrà chiedere il fallimento senza necessità di un preventivo esperimento della risoluzione giudiziale.

Ciò detto, una volta intervenuto il fallimento e risolto di diritto l'accordo, non potrà configurarsi un fenomeno di consecuzione in ragione della non concorsualità del procedimento di sovraindebitamento. Per cui, il termine di decadenza per l'esperimento dell'azione revocatoria fallimentare ed il periodo sospetto verranno calcolati dalla sentenza di fallimento.

Un tale effetto è di particolare incisività in quanto potranno essere aggrediti con la revocatoria atti, pagamenti e garanzie posti in essere in esecuzione dell'accordo. Ed i creditori saranno in difficoltà sul piano della prova della non conoscenza dell'insolvenza in ragione proprio della pendenza del procedimento e dell'esecuzione dell'accordo di gestione del sovraindebitamento.

Sotto questo profilo l'esclusione della natura concorsuale del procedimento porta dunque a ritenere non applicabili al caso di specie le esenzioni da revocatoria previste dall'art. 67, comma 3, lett. d) ed e) l.fall. Né sembra percorribile un *iter* argomentativo di tipo analogico in ragione della loro natura speciale ed eccezionale.

Se si guarda quindi alle conseguenze di un eventuale fallimento è possibile che queste rappresenteranno un deterrente per i creditori nella richiesta di fallimento del debitore.

Il secondo corollario è che non potranno essere applicate in via analogica quelle norme che sono espressione della concorsualità. Così ad esempio l' art. 55 l.fall., sulla sospensione del corso degli interessi convenzionali o legali, e sulla scadenza dei debiti pecuniari. Per cui, nel corso del procedimento gli interessi continueranno a decorrere anche per i crediti non assistiti da cause legittime di prelazione, ed i debiti non scadranno al momento dell'apertura del procedimento.

Ma è da ritenere non applicabile in via analogica neppure l'art. 56 l.fall. laddove prevede la compensabilità per i crediti non ancora scaduti alla data dell'apertura del fallimento. Ne conseguirà quindi che la compensazione, stante appunto la natura non concorsuale del procedimento in esame, non potrà

operare per quei crediti non ancora scaduti alla data di apertura del procedimento di sovraindebitamento.

Ed ancora la natura non concorsuale potrebbe avere rilevanza anche sotto il profilo dell'applicazione in via analogica della norma di recente inserita nella disciplina del concordato preventivo sui contratti pendenti. Come noto infatti il *c.d. "decreto sviluppo"* 22 giugno 2012, n. 83, convertito in legge 7 agosto 2012, n. 134, ha introdotto diversi profili di innovazione della disciplina del concordato preventivo, tra cui quella che abilita il debitore a chiedere al Tribunale o, dopo l'ammissione alla procedura, al giudice delegato l'autorizzazione a sciogliersi da determinati contratti in corso di esecuzione o la loro sospensione per non più di sessanta giorni prorogabili.

Si tratta di una norma innovativa di grande interesse per la disciplina del concordato preventivo, che può alleggerire i vincoli contrattuali dell'imprenditore in vista della migliore realizzazione del piano concordatario.

Anche sotto questo profilo è da ritenere che la natura non concorsuale del procedimento in esame non consente di prospettare un'applicazione analogica della norma. Sicché il debitore, per ottenere un tale risultato, dovrebbe in ogni caso negoziarlo con la controparte e non ottenerlo unilateralmente previa autorizzazione giudiziale.

Una ulteriore questione riguarda le società con soci illimitatamente responsabili. Immaginiamo una società di persone (art. 2308) che non sia assoggettabile alla legge fallimentare perché non rientra nei requisiti dimensionali di cui all'art. 1 l.fall.. In questo caso la società può ricorrere al procedimento di sovraindebitamento. La questione allora è se sia applicabile in questo frangente l'art. 184, comma 2, l.fall.

La questione genera dalla constatazione che l'art. 11, comma 3, della legge in commento dispone che l'accordo non pregiudica i diritti dei creditori nei confronti dei coobbligati, fideiussori del debitore ed obbligati in via di regresso. La stessa norma si trova contenuta nell'art. 184, comma 1, l.fall. in relazione agli effetti del concordato preventivo omologato.

Il secondo comma del suddetto articolo precisa poi che "*salvo patto contrario*" il concordato della società ha effetti nei confronti dei soci illimitatamente responsabili. La questione è quindi se sia configurabile anche

nel procedimento di sovraindebitamento l'efficacia esdebitativa nei confronti dei soci illimitatamente responsabili; ed in caso affermativo, se sia applicabile il patto contrario.

La questione attiene ad un profilo di concorsualità, in quanto la giurisprudenza che si è formata sul punto ha statuito che: **a.** il patto contrario – quello cioè che non libera il socio illimitatamente responsabile e lo rende responsabile per la differenza rispetto alla falcidia concordataria – deve essere contenuto nella proposta e quindi inserito nel contesto concorsuale del concordato preventivo; **b.** inoltre, il patto deve andare a vantaggio – in ragione appunto della concorsualità quale riflesso in questo caso della *par condicio* – a favore di tutti i creditori<sup>18</sup>.

Ed allora, in quali termini si può porre la questione per il procedimento di sovra indebitamento ?

Anticipando sul punto quanto diremo appresso, l'impostazione di tale questione passa dalla constatazione che nel procedimento in esame il profilo centrale è l'accordo, di guisa che una tale esdebitazione deve essere prevista nell'accordo non potendosi, in ragione della natura non concorsuale dello stesso, pensare che questa discenda dal procedimento o da un'applicazione analogica dell'art. 184, comma 1, l.fall.

Sarà quindi l'accordo a dovere essere impostato nel senso che anche i soci sono esdebitati e quindi impegnati nella misura della percentuale definita in tale ambito, fermo restando l'incidenza dell'obbligo di pagare regolarmente e per intero i creditori estranei, i privilegiati ed erariali.

Così pure l'eventuale patto contrario dovrà essere veicolato in seno all'accordo e quindi in quella sede negoziato; con la variante che in questo caso

---

<sup>18</sup> Ved. da ultimo: Cass. 29 dicembre 2011, n. 29863, in Fall. pag. 569; nonché Cass. Sez. Un., 24 agosto 1989, n. 3749; Cass. 12 dicembre 2007, n. 26012, che peraltro affrontano la questione se l'effetto esdebitativo del concordato a favore del socio illimitatamente responsabile si applichi anche nel caso in cui questi abbia prestato fideiussione, risolvendo la questione in senso positivo sul rilievo che il mantenimento del credito nei confronti del fideiussore, ai sensi dell'art. 184, comma 1, l.fall., riguarda il solo caso in cui questi sia terzo rispetto alla società. Ved. anche: Frascaroli Santi, *I problemi dell'efficacia esdebitatoria del concordato preventivo per i soci illimitatamente responsabili*, in Fall., 2, 2011, p. 237.

l'inserimento del patto contrario non è un riflesso della concorsualità – così come la giurisprudenza richiamata ha affermato a proposito dell'art. 184, comma 2, l.fall. - ma discende proprio dalla prevalenza della natura contrattuale della fattispecie in discorso.

Ma, posto ciò, è possibile ritenere legittima una previsione di patto contrario che vada a vantaggio solo di alcuni creditori e non di altri? Un patto contrario che sia nel senso di riconoscere ad alcuni creditori una percentuale maggiore rispetto agli altri?

Ci sembra che la risposta al quesito debba tenere conto che concorsualità e *par condicio creditorum* non sono riconducibili ad un medesimo concetto, anche se in via generale la concorsualità può apparire come un riflesso della *par condicio*. Si è ormai acquisita l'opinione che mentre la *par condicio* è un principio sostanziale che informa la tutela erogata a favore del ceto creditorio; la concorsualità invece rientra in una nozione più ampia quale sistema di norme volto a regolare ed ordinare il conflitto tra più pretese creditorie e tra più interessi che ruotano intorno alla crisi di impresa.

Ne consegue quindi che, anche se non ci troviamo innanzi ad una procedura concorsuale, la *par condicio* va comunque rispettata ancor di più se si considera che l'asse centrale del procedimento *de quo* è l'accordo e che quindi la fattispecie in esame trova nel diritto sostanziale una fondamentale base di inquadramento.

Ciò nondimeno, non possiamo però pensare ad un'applicazione rigida della *par condicio*, appiattita su un concetto di uguaglianza formale che prescinde dalle possibili differenze sostanziali che caratterizzano la multiforme platea del ceto creditorio. In ragione quindi di una visione sostanziale del principio in parola, è possibile ritenere che siano legittimi trattamenti differenziati purché le differenziazioni, all'interno del ceto creditorio, emergano mediante la formazione delle classi e siano quindi valutabili da parte del giudice in sede di omologa.

Riteniamo quindi che il patto contrario da parte dei soci o del socio, illimitatamente responsabile, a favore di alcuni creditori sia legittimo laddove la proposta sia articolata secondo la formazione delle classi e rispecchi una differenza sostanziale tale da giustificare il trattamento differenziato.

Un importante appiglio normativo in questo senso lo troviamo proprio nell'art. 7, comma 1, della legge in commento nella parte in cui contempla la possibilità della suddivisione dei creditori in classi in punto di previsione delle scadenze e delle modalità di pagamento dei creditori. La legge quindi consente la formazione delle classi ed implicitamente un trattamento differenziato tra le stesse.

Possiamo dunque affermare che la valutazione del procedimento in esame secondo il criterio della concorsualità ha ricadute operative di rilievo ed orienta l'interpretazione e l'applicazione della relativa legge di disciplina. Così come la differenza concettuale tra concorsualità e *par condicio* consente di mantenere rilevanza al secondo principio, pur non essendo presente una procedura concorsuale, secondo un'accezione sostanziale che può valorizzare, ai fini del trattamento soddisfacente, le differenze tra i creditori.

## 7. Verso una qualificazione in positivo

La valutazione complessiva del procedimento induce dunque a protendere per l'esclusione della sua natura concorsuale. Abbiamo anche constatato che l'esclusione di una tale qualificazione non è mero esercizio teorico ma ha ricadute concrete.

L'analisi giuridica però non può ritenersi appagata da una ricostruzione in negativo, esigendo invece la ricerca di una qualificazione in positivo degli istituti oggetto di esame.

Portando dunque su di un piano esplicativo ed illustrativo quanto è stato solamente accennato nelle considerazioni precedenti, vediamo se la tesi ricostruttiva nel senso di un accordo normativo di programma, formato all'interno di un procedimento con momenti di natura giudiziaria, possa trovare riscontro nella legge di disciplina.

Sappiamo che l'accordo o contratto normativo di programma è una figura giuridica ampiamente analizzata dalla dottrina<sup>19</sup>. Il tratto di

---

<sup>19</sup> Ved. Messineo, *Contratto normativo e contratto tipo*, in Enc. Dir., Milano, 1962, p. 117: “ Dal cennato punto di vista, per contratto normativo va inteso, più appropriatamente, quello che è stato chiamato anche *convention-loi* poiché racchiude la disciplina (anche se parziale ed incompiuta) di futuri contratti – cioè di una serie omogenea – che siano per essere stipulati fra i

caratterizzazione peculiare e proprio dell'accordo normativo di programma è quello di prevedere a livello contrattuale appunto una serie di altri atti giuridici che si pongono quali momenti di esecuzione dello stesso. L'efficacia di tale accordo si colloca quindi sul piano obbligatorio e la sua violazione comporta responsabilità risarcitoria per inadempimento.

Ciò detto, ci sembra che nel caso di specie siano diversi gli elementi normativi che depongono a sostegno della tesi proposta<sup>20</sup>.

In primo luogo, è lo stesso *incipit* della legge di cui all'art. 6, comma 1, che pone l'accento sulla centralità dell'accordo laddove dispone che “ *Al fine di porre rimedio alle situazioni di sovra indebitamento non soggette né assoggettabili alle vigenti procedure concorsuali, è consentito al debitore concludere un accordo con i creditori nell'ambito della procedura disciplinata dal presente capo* “. L'articolo evidenziato mette dunque in risalto l'accordo raggiunto all'interno del procedimento.

Inoltre, è significativo rilevare che l'oggetto dell'accordo non si risolve nella previsioni di obblighi ad esecuzione istantanea, ma in una vera e propria pianificazione di atti di adempimento. Sotto questo profilo rileva il successivo art. 7, comma 1; “ *Il debitore in stato di sovra indebitamento può proporre ai creditori, con*

---

*soggetti stessi del cosiddetto contratto normativo o anche (il caso è, del pari, frequente) fra terzi. Tale disciplina si limita, di regola, a rendere obbligatoria per i futuri contraenti, l'osservanza di un compiuto schema, o di clausole singole; il quale, o le quali, sono da considerare – quanto meno implicitamente – trasfuse nei futuri contratti (denominati contratti individuali). Inteso il cosiddetto contratto normativo, quale mezzo di predisposizione di una disciplina giuridica per altri futuri contratti, vi risalta il suo carattere di strumento di secondo grado, che lo differenzia dall'ordinario contratto, il quale provvede direttamente e concretamente a dare assetto ad interessi patrimoniali delle parti.*” In giurisprudenza riconosce la vincolatività degli accordi preparatori che producono l'effetto di fissare in modo vincolativo per le parti determinate clausole contrattuali: Cass. 6 aprile 1981, n. 1944, Giust. Civ., 1981, I, p. 2272. Sul punto anche Bianca, *Il contratto*, Milano, 1987, p. 229; Betti, *Autonomia privata*, in Nov. Dig., 1957, I, 2, p. 1559: “*Autonomia significa in generale attività e potestà di darsi un ordinamento, di dare cioè assetto ai propri rapporti e interessi, spiegata dallo stesso ente o soggetto cui spettano*”. Ed ancora sulla centralità del consenso, che nel procedimento in esame viene per così dire assistito dall'organismo di composizione e verificato dal giudice, G.B. Ferri, *La nozione di contratto*, in Trattato Rescigno-Gabrielli, I contratti in generale, Torino, 2008, I, p. 14.

<sup>20</sup> Coglie la centralità dell'accordo il cui raggiungimento viene procedimentalizzato: Di Marzio, *Una procedura per gli accordi in rimedio del sovra indebitamento*, in Composizione della crisi da sovra indebitamento, Il Civilista, Speciale riforma, Milano, p.11 : “*In particolare, la legge non si preoccupa di proceduralizzare la fase di formazione dell'accordo e tantomeno di assoggettare questo delicato momento al controllo giudiziario. E invece, proprio così accade nel nostro caso (...).*”

*L'ausilio degli organismi di composizione della crisi (...) 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 di crediti privilegiati ai quali gli stessi non abbiano rinunciato (...). Il piano prevede le scadenze 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?; ed ancora " Ferme restando quanto previsto dall'art. 13, comma 1, il piano può anche prevedere l'affidamento del patrimonio del debitore ad un fiduciario per la liquidazione, la custodia e la distribuzione del ricavato ai creditori."*

Dal tenore letterale della disposizione normativa emerge dunque una vera e propria programmazione delle modalità di soddisfacimento dei creditori e quindi di esecuzione dell'accordo. Anche se da un punto di vista concettuale l'accordo si distingue dal piano, cionondimeno il contenuto dell'accordo richiama il piano, ad esso si riferisce rendendolo vincolante tra le parti.

L'importanza e la centralità di tale programmazione giustificano la presenza dell'organismo di composizione della crisi, il quale è chiamato a svolgere un ruolo di ausilio in tre momenti: - predisposizione del piano e della proposta ai creditori; - negoziazione della stessa e formazione dell'accordo; - vigilanza sull'esecuzione dello stesso. La legge, all'art. 17, definisce i predetti compiti dell'Organismo, cui si aggiungono funzioni di tutela dell'affidamento dei creditori sia attraverso la verifica della veridicità dei dati aziendali e l'attestazione della fattibilità del piano, che mediante la pubblicità, secondo le prescrizioni del giudice, della proposta e dell'accordo raggiunto.

Il quadro di disciplina così richiamato ci sembra che collochi, in termini abbastanza definiti, il baricentro della fattispecie nell'accordo e nella pianificazione-programmazione di quelle operazioni e di quegli atti attraverso i quali avviene la gestione del sovraindebitamento. Tale conclusione non è smentita dalla circostanza che manca l'unanimità dei consensi dei creditori, essendo evidente che per quei creditori che rappresentano la misura percentuale minima prevista dalla legge l'accordo *de qua* assume i contorni del contratto di programma che, peraltro, ha riflessi rispetto ai terzi estranei da pagare regolarmente, atteso che in sede di omologa il giudice accerta l'idoneità del piano ad assicurare tale pagamento.

La pianificazione degli atti e delle operazioni nel contratto normativo di programma deve quindi essere congegnata in termini tali da assicurare il regolare pagamento dei creditori estranei e l'integrale pagamento dei creditori privilegiati, tranne alcuni temperamenti previsti dalla legge (mettere in nota). La gestione del sovraindebitamento passa dunque attraverso la creazione di due distinte masse passive incidenti sullo stesso patrimonio.

Questa constatazione mette dunque in luce l'esigenza che ha indotto il legislatore a procedimentalizzare la formazione dell'accordo: senza una previsione normativa e senza un procedimento giudiziario che consentisse il controllo del giudice sulla legittimità delle pattuizioni non sarebbe stato possibile, sul semplice piano dell'autonomia negoziale, creare in termini reali e non semplicemente obbligatori due distinte masse passive con rottura dell'universalità soggettiva della responsabilità patrimoniale.

Il riferimento normativo che conferma tale impostazione è l'art. 13, comma 4, che sanziona con la nullità i pagamenti e gli atti dispositivi posti in violazione dell'accordo e del piano.

Orbene, se tale conclusione è fondata occorre indagare la ragione di un contratto normativo di programma inserito in un procedimento giudiziario. Come in precedenza accennato, non si può certo pensare che la rilevanza della disciplina del sovraindebitamento sia tutta da cogliere sul semplice riconoscimento della liceità o legittimità di accordi volti a gestire tali situazioni. A ben riflettere il legislatore ha previsto una forma di autolimitazione della legittimazione a disporre dei suoi beni da parte del debitore in vista della sistemazione del debito e della conseguente liberazione dal relativo fardello che incide negativamente sulle sue esigenze di vita e familiari.

Da qui dunque la procedimentalizzazione dell'accordo ed il ruolo rilevante dell'organismo di composizione al fine di comporre tale esigenza, legata alla sfera di vita del debitore, con gli interessi creditori, nonché il controllo del giudice per la tutela di entrambe le sfere di contrapposizione di interessi economici.

## **8. Conclusioni**

Venendo dunque a cogliere le conclusioni di quanto esposto, si può affermare in primo luogo che non si possono facilmente accantonare le riflessioni sulla natura degli istituti, soprattutto se nuovi, ritenendo che esse abbiano solo valenza teoretica. In realtà si è visto che queste hanno ricadute operative molto concrete, oltre che l'attitudine a sollecitare inevitabili valutazioni di sistema in un contesto di forte e rapida proliferazione normativa.

Il parametro di valutazione della concorsualità rimane ineliminabile proprio in ragione del fatto che, anche se l'ambito applicativo del procedimento in esame non è del tutto coincidente con quello delle procedure concorsuali, emergeranno rilevanti questioni di coordinamento nonché di applicazione in via analogica di norme che presuppongono la sussistenza di un medesimo contesto di concorsualità.

Certo rientra nella discrezionalità del legislatore di estendere o meno istituti di natura concorsuale anche a soggetti che non sono imprenditori commerciali, ma questo non elimina il dato oggettivo che è proprio in rapporto all'impresa commerciale che si colgono le dimensioni più compiute di concorsualità.

La disciplina del sovra indebitamento allo stato rimane però al di fuori della concorsualità venendosi piuttosto ad incentrare sul contratto e sulla sua procedimentalizzazione.



