

QUESTIONI ATTUALMENTE PIÙ RILEVANTI IN TEMA DI PROCEDURE DI COMPOSIZIONE DELLA CRISI DA SOVRAINDEBITAMENTO CON PARTICOLARE RIFERIMENTO AL PIANO DEL CONSUMATORE

Relazione in occasione del Convegno “*Crisi da sovraindebitamento: le soluzioni e le prospettive offerte dagli organismi del sistema camerale*” svoltosi il 18 dicembre 2018 presso la Camera di Commercio di Pavia¹.

Il piano del consumatore²

Occorre premettere che la nozione di consumatore proposta dall’art. 6, co, 2, lett. b) richiede che i debiti della persona fisica derivino esclusivamente da atti compiuti per scopi estranei all’attività imprenditoriale e professionale eventualmente svolta.

Per il Codice del consumo è consumatore o utente la persona fisica che agisce per scopi estranei all’attività imprenditoriale, commerciale, artigianale o professionale eventualmente svolta (v. art. 3, co. 1, lett. a).

Sulla nozione di scopi estranei si ripropone la *querelle* dell’individuazione dello scopo *lato sensu* professionale e degli acquisti per uso promiscuo.

Il contratto per essere professionale deve contemplare l’espletamento della professione, cioè essere evidente espressione dell’esplicazione naturale della professione. Ci si è chiesti se sia sufficiente una finalizzazione professionale contingente o saltuaria anche se non normalmente inerente alla professione.

Emblematico il caso esaminato dalla giurisprudenza dello scultore (Trib. Roma, 20.10.1999, in *Foro it.*, 2000, I, c. 646) che consegna la sua opera a un vettore in occasione della partecipazione a un concorso d’arte.

In detta ipotesi ha dato prevalenza alla mera finalizzazione in primo luogo per un dato testuale, secondariamente per evitare problemi interpretativi (ad es. quali sono gli atti propri del mestiere di scultore) poiché vi sarebbe una difficoltà probatoria per la controparte.

La ragione principale, tuttavia, è che non ha rilevanza l’esperienza (lo scultore non stipula abitualmente contratti di trasporto) ma l’attenzione che deve aversi nello svolgimento della professione anche quando ci si cimenti in sentieri nuovi, in attività sino a quel momento inesplorate.

Tale impostazione trova un diretto riscontro nell’art. 2236 c.c. dal quale si può ricavare il principio per cui il professionista è tenuto alla diligenza professionale anche quando affronta casi inediti.

Ad esempio, si pensi all’avvocato che acquista l’autovettura per l’attività professionale o all’architetto che compra un mobile per arredare lo studio.

È quindi essenziale individuare lo scopo professionistico.

¹ La relazione riporta comunque i più significativi aggiornamenti giurisprudenziali fino all’ottobre 2019.

² Questo primo paragrafo è in gran parte debitore delle riflessioni contenute in Francesco Caringella; Luca Buffoni, *Manuale di diritto civile*, ed. 8°, *Dike*, 2017, pp. 1082 ss.

In giurisprudenza si è posto il problema dell'accertamento dello scopo consumeristico, cioè ci si è chiesti se per individuare lo scopo bisogna aver riguardo a cosa il soggetto farà di quel bene o quello che sembra che il soggetto intende farne.

Ad esempio, si immagini l'ipotesi dell'imprenditore che acquisti un computer con la carta di credito professionale (e con fattura intestata all'impresa) e poi lo consegni al figlio.

C'è una divergenza tra ciò che appare e ciò che è, tra la volontà psicologica e quella apparente, tra il momento del contratto e ciò che accade dopo.

La giurisprudenza ha chiarito che le dichiarazioni di volontà non sono fatti psicologici ma sociali, non ha rilevanza la volontà ma l'apparenza, ciò che sembra.

Il contratto si perfeziona quando proposta e accettazione sembrano corrispondere alla volontà in modo da suscitare un affidamento nella controparte anche se la volontà è di tipo diverso, ciò che rileva per stabilire se c'è la volontà delle parti è il fatto sociale, l'apparenza della volontà, cioè la rispondenza di una dichiarazione a una volontà che sembra tale, vista l'imperscrutabilità dell'animo umano.

Tanto vale a maggior ragione in campo consumeristico visto che la Corte di Giustizia dà rilevanza al principio di certezza dei rapporti giuridici e di stabilità dei negozi giuridici, che sarebbe altrimenti profondamente messo in discussione (Corte di Giustizia 20 gennaio 2005 in causa 464/2001).

In realtà, ritengo che nell'ambito delle procedure di sovraindebitamento il problema possa essere ridimensionato.

In tali procedure (le quali hanno una rilevanza indubbiamente pubblicistica, avendo comunque natura concorsuale) non si pone tanto il problema della tutela dell'affidamento contrattuale ma della effettiva selezione della platea dei soggetti meritevoli di accedere a una procedura particolarmente favorevole, se non altro nella misura in cui il piano del consumatore non richiede il consenso dei creditori ai fini dell'omologa.

Riterrei quindi, che se dagli atti a disposizione del giudice emerge l'oggettiva natura consumeristica dell'atto negoziale, non vi sia spazio per invocare l'inammissibilità del ricorso sulla base dell'apparente natura professionale dell'atto di acquisto (o comunque dispositivo).

La bontà di questa soluzione pare confermata proprio dalla necessità della sussistenza del requisito della meritevolezza di cui si dirà sinteticamente oltre.

Non credo si possa trasporre questo ragionamento anche per il contratto in vista della professione.

Il dato teleologico forse qui prevale su quello cronologico, in quanto è importante non il dato di fatto dell'attualità della professione ma la proiezione di un contratto a scopo professionale.

Chi vuole iniziare una professione è già un professionista e deve avere fin dal campo degli atti finalizzati alla professione l'attenzione del professionista.

Il contratto misto (per fini professionali e personali).

In questo caso probabilmente occorre seguire le indicazioni date dalla Corte di Giustizia succitata per cui ha rilevanza lo scopo professionale anche minoritario alla stregua di tre motivi:

- 1) Il dato letterale, la norma richiede la totale estraneità allo scopo professionale perché si applichi la disciplina dei consumatori;
- 2) una ragione pratica, apparendo troppo difficile un'indagine quantitativa di prevalenza degli scopi;
- 3) la *ratio* di tutela alla base della disciplina

consumeristica, giustificabile solo se manca del tutto uno scopo professionale; invece, lo scopo professionale anche se minoritario impone un'attenzione maggiore del professionista.

Potrebbe ragionevolmente ammettersi l'eccezione del contratto misto con scopo professionale talmente marginale od occasionale da potersi considerare irrilevante.

Va chiarito poi se il consumatore possa essere anche il professionista o l'imprenditore senza più debiti originati da attività professionale o di impresa e con debiti invece solo comuni.

Tra gli interpreti non ci sono dubbi sul fatto che certamente può essere ammesso alla procedura un soggetto che sia stato in passato imprenditore o professionista ma che ora non lo sia più, se ha contratto debiti per scopi estranei all'attività professionale o di impresa.

Piano con debiti extrapiano non ristrutturabili

È ammissibile certamente se i debiti extrapiano sono anch'essi consumeristici.

Un caso esaminato dalla giurisprudenza di merito (Trib. Milano, decreto del 18.10.2017) riguardava un piano del consumatore che aveva ad oggetti, tra gli altri, un debito per un mutuo ipotecario.

In quel caso il proponente aveva previsto di lasciar fuori dal piano il debito per il mutuo che, quindi, intendeva onorare secondo il normale piano di ammortamento.

Il Giudice ha ritenuto che in questo caso non si ponesse il problema del vincolo del soddisfacimento dell'ipotecario entro l'anno ex art. 8, co. 4, L. 3/2012 - norma ritenuta applicabile solo nel caso in cui si voglia includere il debito ipotecario nel piano - e non ha quindi ravvisato ostacoli all'omologazione.

Secondo autorevole dottrina (Crivelli)³ l'ipotesi è ammissibile. L'unica accortezza è quella di provvedere anche nei suoi confronti alla notifica ex art. 12 bis, comma 1, L. n. 3/2012 in modo che anch'egli possa esprimersi sul fatto che il piano non lo pregiudichi in misura maggiore rispetto all'alternativa liquidatoria.

Ciò, del resto, trova conferma nella formulazione letterale dell'art. 12 bis, co. 1, L. n. 3/2012 che dispone la comunicazione della proposta e del decreto a *"tutti i creditori"*.

La giurisprudenza di legittimità più recente (Cass. n. 17834/2019) ha invece ritenuto che *"il debito derivante da un mutuo ipotecario deve considerarsi infine scaduto nel momento dell'apertura del procedimento, così da dover essere soddisfatto per intero senza rilevanza dell'ammortamento originario"*.

Il debitore - ha statuito la Corte - con la richiesta di apertura del procedimento volto alla composizione del sovraindebitamento confessa la propria insolvenza anche ai fini dell'art. 1186 cc.

Debiti extrapiano professionali

La pronuncia da rammentare in proposito è la sentenza della Corte di Cassazione n. 1869/2016 secondo cui *"ai sensi della L. 27 gennaio 2012, n. 3, la nozione di consumatore per essa abilitato al piano, come modalità di ristrutturazione del passivo e per le altre prerogative ivi previste, non abbia riguardo in sé e per sé ad una persona priva, dal lato attivo, di relazioni d'impresa o professionali, invero compatibili se pregresse ovvero attuali, purché non abbiano dato vita ad obbligazioni residue, potendo il soggetto anche svolgere l'attività"*

³ *Profili applicativi delle procedure di accordo e di piano del consumatore*, in *Il diritto fallimentare e delle società commerciali*, 2/2017, p. 526.

di professionista o imprenditore, invero solo esigendo l'art. 6, comma 2, lett. b), una specifica qualità della sua insolvenza finale, in essa cioè non potendo comparire obbligazioni assunte per gli scopi di cui alle predette attività ovvero comunque esse non dovendo più risultare attuali, essendo consumatore solo il debitore che, persona fisica, risulti aver contratto obbligazioni - non soddisfatte al momento della proposta di piano - per far fronte ad esigenze personali o familiari o della più ampia sfera attinente agli impegni derivanti dall'estrinsecazione della propria personalità sociale, dunque anche a favore di terzi, ma senza riflessi diretti in un'attività d'impresa o professionale propria, salvo gli eventuali debiti di cui all'art. 7, comma 1, terzo periodo (tributi costituenti risorse proprie dell'Unione Europea, imposta sul valore aggiunto e ritenute operate e non versate) che sono da pagare in quanto tali, sulla base della verifica di effettività solutoria commessa al giudice nella sede di cui alla L. n. 3 del 2012, art. 12 bis, comma 3".

Ne consegue che la sussistenza di obbligazioni esigibili attinenti all'attività professionale o d'impresa dovrebbe comportare l'esclusione dell'ammissibilità del piano del consumatore.

Si ammette che tra le obbligazioni ne residui una tipologia attinenti a relazioni d'impresa o professionali (iva e ritenute non versate) poiché, con riferimento ad esse, è ammessa unicamente la dilazione di pagamento (Crivelli cit.), e quindi implicitamente la loro astratta compatibilità con la natura consumeristica del proponente.

Sulla falcidiabilità dell'IVA

Con decreto del 10.4.2013 il Tribunale di Verona ha sollevato la questione di legittimità costituzionale dell'infalcidiabilità dell'IVA relativamente al concordato preventivo con transazione fiscale.

La Corte costituzionale ha respinto la questione sostanzialmente sulla scorta della motivazione per cui gli Stati membri dell'Unione non hanno il potere di disporre del Tributo in questione.

L'anno successivo, precisamente il 30.10.2018, il Tribunale di Udine ha rimesso la questione, questa volta, alla Corte di Giustizia la quale con la sentenza del 7.4.2016 ha stabilito il principio per cui la falcidia è possibile nell'ipotesi in cui l'Erario, nel caso concreto, verrebbe ad incassare meno dal fallimento che dal concordato con IVA falcidiata.

La Corte di Giustizia ha, infatti, espressamente affermato: *“L'art. 4, par. 3, TUE nonché gli art. 2, 250, par. 1, e 273 della direttiva 2006/112/Ce del Consiglio del 28 novembre 2006, relativa al sistema comune d'imposta sul valore aggiunto, non ostano a una normativa nazionale, come quella di cui al procedimento principale, interpretata nel senso che un imprenditore in stato di insolvenza può presentare a un giudice una domanda di apertura di una procedura di concordato preventivo, al fine di saldare i propri debiti mediante la liquidazione del suo patrimonio, con la quale proponga di pagare solo parzialmente un debito dell'imposta sul valore aggiunto attestando, sulla base dell'accertamento di un esperto indipendente, che tale debito non riceverebbe un trattamento migliore nel caso di proprio fallimento”*.

L'articolo 1, comma 81, della Legge 11 dicembre 2016, n. 23225, recependo in parte i principi desumibili dalla citata sentenza della corte di Giustizia, ha nuovamente riscritto l'art. 182 ter, l. fall., che, ora, al comma 1, introduce, l'importante novità della eliminazione del divieto di falcidiazione dell'IVA e delle risorse dell'UE limitatamente al solo concordato preventivo con transazione fiscale.

Sui riflessi della pronuncia unionale sulla procedura di accordo con i creditori si è espresso il Tribunale di Pistoia con decreto del 26.4.2017.

In estrema sintesi, il Tribunale ha ritenuto, condivisibilmente (in senso adesivo anche Crivelli, v. articolo succitato) che dalla pronuncia della Corte di Giustizia si può trarre il principio per cui nelle procedure concorsuali nelle quali si prevedano alcune garanzie per i creditori espressamente indicate dalla Corte (ossia la presenza di un esperto indipendente che attesti che il credito non riceva un trattamento migliore in sede fallimentare e il diritto del creditore di votare contro la proposta, praticamente il modello del concordato preventivo) può essere ammessa la falcidia dei debiti costituenti risorse proprie dell'Unione.

Questo principio quindi - prosegue il Tribunale di Pistoia - non si potrebbe estendere al piano del consumatore perché manca uno dei due elementi ritenuti fondamentali dalla Corte di Giustizia perché sia sacrificabile in una procedura concorsuale il credito dell'Unione, ossia il diritto dell'Erario di votare contro.

Riguardo, invece, al tema della dilazionabilità dei debiti c.d. pubblicistici (cioè IVA e ritenute) si è occupata la sentenza della Corte di Cassazione n. 1869/2016.

Detta sentenza ha ammesso il piano del consumatore anche se vi siano questi debiti riconducibili ad attività di impresa, essendo i debiti per IVA e/o ritenute, evidentemente e fisiologicamente inerenti a un'attività professionale o imprenditoriale.

Purtuttavia, ha precisato la Corte, di tali debiti va offerto il pagamento integrale senza dilazione. Aggiunge la Corte che tali debiti economici di natura pubblicistica (IVA e ritenute) sono l'unica eccezione ammessa in un piano che, appunto, essendo "del consumatore" non potrebbe in teoria annoverare debiti non concernenti rapporti di consumo.

Va detto che non appare chiarissimo il percorso argomentativo che conduce la Corte a sottrarre questi debiti dal divieto della ricomprensione di debiti di natura professionale o imprenditoriale in forza dell'espressa previsione dell'art. 7, co. 1 (applicabile sia al piano, sia all'accordo) ma solo se ne è offerto il pagamento immediato.

Il passaggio cruciale della sentenza è il seguente: *"il riferimento al predetto art. 7, potrebbe peraltro essere inteso - in un'ottica selettiva della specialità del trattamento dei debiti consumeristici - non al pagamento dei crediti pubblicistici descritti e però anche secondo le modalità ivi imposte (la dilazione), bensì come mero obbligo di pagamento proprio di quei crediti, senza altre peculiarità solutorie, pertanto conferendo valenza assoluta all'adempimento integrale, anche per i richiami ripetuti all'art. 12 ter, comma 4, (risoluzione) e art. 13, comma 3 (esecuzione)"*.

Tali disposizioni non sembrano occuparsi della questione della dilazionabilità o meno, con specifico riferimento al piano del consumatore, dei debiti c.d. pubblicistici.

In conclusione, nell'accordo i debiti pubblicistici sarebbero, secondo questa recente giurisprudenza di merito, falcidiabili e dilazionabili, mentre nel piano del consumatore (seguendo le indicazioni della Cassazione citata) non sarebbero né falcidiabili, né dilazionabili ma la loro presenza comunque non osterebbe alla natura di consumatore del proponente.

Questioni applicative particolari: il fideiussore e il debito personale del socio società di persone assoggettabile a fallimento

Con riferimento alla prima questione pare potersi fare riferimento alla pronuncia della Corte di Cassazione n. 25212/2011 secondo cui *"in presenza di un contratto di fideiussione è all'obbligazione*

garantita che deve riferirsi il requisito soggettivo ai fini dell'applicabilità della specifica normativa, in materia di tutela del consumatore, attesa l'accessorietà dell'obbligazione del fideiussore all'obbligazione garantita".

Sicché il fideiussore ha veste di professionista/imprenditore a causa dell'omologa posizione che sia rivestita dal debitore principale nel rapporto garantito (c.d. teoria dell'imprenditore o professionista "di riflesso").

In relazione al secondo problema segnalò un contrasto nella giurisprudenza di merito.

In senso favorevole si è espresso il Tribunale di Prato con decreto del 16.11.2016, in *il Fallimento*, 2/2017, ritenendo che nell'ipotesi di fallimento in estensione l'attivo nel frattempo conservato a tutela dei creditori potrà essere acquisito dal curatore.

In senso contrario si è pronunciato il Tribunale di Milano con decreto del 18.8.2016, in *Il Fallimento*, 2/2017 alla stregua della considerazione per cui *"chi è sottoponibile a fallimento in estensione non può (accedere alle procedure di sovraindebitamento, ndr) in quanto i suoi debiti sono anche quelli sociali di cui è illimitatamente responsabile, perciò sembra incongruente procedere a una sistemazione della situazione debitoria senza considerare tutti i debiti sociali oltre a quelli della socia"*.

In dottrina (Vitiello) si ritiene preferibile la prima impostazione alla luce della considerazione che *"la fallibilità che priva di legittimazione a proporre le procedure di composizione della crisi da sovraindebitamento sia quella diretta, e non quella per estensione del fallimento di un soggetto diverso (qual è la società rispetto al suo socio)*.

Tra l'altro, la tesi maggiormente restrittiva finirebbe per porre una questione di legittimità costituzionale, sotto il profilo del mancato rispetto del principio di cui all'art. 3 Cost.

La legittimazione attiva del socio finirebbe con il dipendere, infatti, soltanto dal fatto che la società di persone superi o meno almeno una delle soglie di cui all'art. 1 l. fall.

Va infine evidenziato che la legge delega per la riforma organica del diritto concorsuale, approvata dalla Camera dei deputati, prevede espressamente che il socio di una società di persone abbia la legittimazione in parola (vedi la definizione di consumatore contenuta nel nuovo codice all'art. 2, lett. e), ndr.)...di qui l'opportunità di effettuare una sorta di interpretazione evolutiva della disciplina allo stato vigente".

Questa tesi potrebbe scontare due obiezioni.

La prima è che la posizione del socio sembra molto simile al fideiussore (trattandosi quella di cui all'art. 2304 c.c. certamente di una garanzia *ex lege*) per il quale, si è detto, che le obbligazioni sociali non possono essere ritenute obbligazioni di consumo.

In secondo luogo potrebbe eccepirsi che le società di persone non ha un'autonomia patrimoniale perfetta e pertanto a rigore non potrebbe consentirsi al socio di provvedere a una sistemazione della sua posizione debitoria personale indipendentemente dai debiti della società di cui risponde illimitatamente.

Va però detto che la riforma, ammettendo espressamente l'accesso alle procedure di sovraindebitamento dal parte del socio illimitatamente responsabile per i soli debiti personali, sembra consolidare una tendenza che valorizza sempre di più la soggettività giuridica dei patrimoni di soggetti giuridici non personificati (si pensi a recenti pronunce giurisprudenziali sul tema della pignorabilità del conto corrente condominiale, le quali riconoscono al condominio una certa autonomia rispetto ai singoli condomini).

Debiti non falcidiabili e debiti limitatamente falcidiabili (art. 7 n L. 3/2012)

Direi che non ci sono particolari problemi interpretativi in ordine ai crediti impignorabili ai sensi dell'art. 545 c.p.c. e delle altre disposizioni contenute in leggi speciali.

Rispetto ai crediti muniti di privilegio, pegno o ipoteca si impone una valutazione di convenienza comparativa nell'ottica liquidatoria del bene-garanzia reale, alla stregua della valutazione di mercato dello stesso attestato dall'OCC.

Con riguardo ai tributi costituenti risorse proprie dell'Unione europea, all'imposta sul valore aggiunto ed alle ritenute operate e non versate il piano può prevedere unicamente la dilazione del pagamento.

Tali ultimi due limiti meritano un approfondimento.

De iure condito, con riferimento ai crediti privilegiati in senso lato va detto che il limite quantitativo della falcidiabilità in misura non superiore al presumibile valore di mercato si accompagna all'ulteriore limite temporale di cui all'art. 8, co. 4 in forza del quale i crediti muniti di privilegio o ipoteca devono essere soddisfatti entro un anno dall'omologazione.

Per l'interpretazione dell'art. 8 in questo senso si veda la recente sentenza della Corte di Cassazione n. 4451/2018 secondo cui *“il termine fissato dalla norma ha natura non processuale, ma sostanziale. La possibilità di moratoria, che risulta concessa dalla legge, viene d'altro canto a incidere sulla struttura del rapporto obbligatorio, differendo il termine di esigibilità e di adempimento della relativa prestazione. Mancano, pertanto, gli stessi presupposti di base per potere predicare l'eventualità di una ulteriore dilazione della moratoria in difetto di espresso consenso del singolo creditore interessato.*

Del resto, l'indisponibilità del termine di cui all'art. 8, comma 4, per differimenti di durata ultrannuale si manifesta propriamente coerente con il regime vigente per il concordato preventivo, per il quale “la regola generale... del pagamento non dilazionato dei creditori privilegiati, sicché l'adempimento con una tempistica superiore a quella imposta dai tempi tecnici della procedura (e della liquidazione, in caso di concordato c.d. “liquidativo”) equivale a soddisfazione non integrale degli stessi in ragione della perdita economica conseguente al ritardo, rispetto ai tempi “normali”, con il quale i creditori conseguono la disponibilità delle somme ad essi spettanti” (cfr. Cass., 9 maggio 2014, n. 10112)”⁴.

Allo stato non sembra quindi ammissibile una dilazione ultrannuale dei debiti privilegiati in senso lato laddove li si voglia includere nel piano.

In questo senso si è espresso il Tribunale di Milano (decreto del 18.10.2017 succitato, consultabile su *il Fallimentarista*) per cui la regola della moratoria massimo per un anno si applica quando il contratto di mutuo sia risolto (e quindi siano venute meno le ordinarie scadenze contrattuali) e il debitore si proponga di ristrutturare anche questo debito.

In giurisprudenza è stata proposta la dazione di interessi in funzione compensativa per consentire sostanzialmente al debitore, per il tramite della procedura di piano del consumatore, di riscadenziare le rate del mutuo ma tale soluzione sembra allo stato difficilmente percorribile per quanto si dirà appresso.

La Cassazione citata fa chiaramente intendere che il soddisfacimento dei creditori privilegiati con una tempistica superiore a quella imposta dai tempi tecnici della procedura equivale a soddisfazione non integrale degli stessi.

⁴ Per la natura invece flessibile di questo termine sembrerebbe essere la citata Cass. n. 17834/2019, la quale fa riferimento alla *“possibile rilevanza di libere e appropriate forme di manifestazione di volontà cui associare la tutela del creditore”*, che consentirebbero di superare il limite annuale.

Al più, potrebbe ammettersi una applicazione analogia di quanto statuito dalla Corte di Cassazione con sentenza n. 17461/2015⁵ confermando la precedente giurisprudenza di legittimità, secondo cui *“Va resa applicazione del principio enunciato nella sentenza 10112/2014 (e conforme, la successiva 20388/2014) secondo cui, in materia di concordato preventivo, la regola generale è quella del pagamento non dilazionato dei creditori privilegiati, sicché l’adempimento con una tempistica superiore a quella imposta dai tempi tecnici della procedura (e della liquidazione, in caso di concordato cosiddetto “liquidativo”) equivale a soddisfazione non integrale degli stessi in ragione della perdita economica conseguente al ritardo, rispetto ai tempi “normali”, con il quale i creditori conseguono la disponibilità delle somme ad essi spettanti; la determinazione in concreto di tale perdita, rilevante ai fini del computo del voto L. Fall., ex art. 177, comma 3, costituisce un accertamento in fatto che il giudice di merito deve compiere alla luce della relazione giurata L. Fall., ex art. 160, comma 2, tenendo conto degli eventuali interessi offerti ai creditori e dei tempi tecnici di realizzo dei beni gravati in ipotesi di soluzione alternativa al concordato, oltre che del contenuto concreto della proposta nonché della disciplina degli interessi di cui alla L. Fall., artt. 54 e 55, (richiamata dalla L. Fall., art. 169)”*.

In questo senso si è espresso il Tribunale di Fermo con decreto del 26.10.2015, in *www.ilcaso.it*. In senso contrario si è espresso il Tribunale di Rovigo con decreto del 22.12.2016, in *www.ilcaso.it* a parere del quale *“La dottrina e la giurisprudenza (cfr. Cass. 31 ottobre 2016, n. 22045) che ammettono la possibilità di predisporre una proposta concordataria che preveda il pagamento dilazionato dei creditori prelazionari oltre l’anno, individuano quale misura imprescindibile di controbilanciamento la attribuzione del diritto di voto. Pare di tutta evidenza come i principi sopra esposti debbano essere traslati anche nell’ambito della l. n. 3/2012; tuttavia il legislatore, in questo caso, ha imposto al debitore che depositi il piano del consumatore, la necessaria soddisfazione entro un anno dei creditori che vantino un diritto di prelazione su un bene non oggetto di cessione. Non appare ipotizzabile che la locuzione “con continuazione dell’attività di impresa”⁶ sia riferita sia alla proposta di accordo, sia al piano del consumatore allorché il consumatore sia anche imprenditore (ovvero nelle ipotesi in cui le obbligazioni da soddisfarsi nel piano non siano riferibili all’attività di impresa svolta), poiché la disposizione è stata redatta chiaramente in senso opposto. Si è consapevoli che la disposizione pone un limite rigido alle ragioni del consumatore, spesso focalizzate al mantenimento dell’immobile familiare; tuttavia il contenuto della disposizione è vincolante e solo attraverso una modificazione legislativa è possibile immaginare un diverso contenuto del piano”*.

L’ostacolo principale rispetto alla soluzione patrocinata dal Tribunale di Fermo si ravvisa nella difficoltà di praticare l’applicazione analogica di una disciplina che si fonda sull’accordo tra debitore e la maggioranza dei creditori a una procedura che invece prescinde da qualunque momento negoziale (in questo senso Tribunale La Spezia, decreto del 18.9.2018, in *www.ilcaso.it*). Per la natura rigida del limite annuale si sono espressi anche il Tribunale di Asti, decreto del 18.11.2014, in *www.ilcaso.it* e il Tribunale di Ravenna, decreto del 10.3.2017, in *il Fallimento 8-9/2017*.

⁵ La successiva sentenza della Corte di Cassazione n. 22045/2016 precisa che il diritto di voto spetta al creditore privilegiato non per l’intero credito ma solo per l’importo individuato dal giudice di merito a titolo di ristoro per il ritardato pagamento.

⁶ Art. 8, co. 4, L. n. 3/2012.

Per la natura invece superabile del limite Trib. Napoli, decreto del 21.10.2015, in www.avvdefilippi.com che ha ritenuto ammissibile l'omologazione di un piano che prevedeva la dilazione del credito ipotecario in ben 17 anni e 8 mesi.

Probabilmente l'interpretazione più aderente al testo è quella più restrittiva, stante l'espresso riferimento contenuto all'art. 8, co. 4, L. n. 3/2012 a un orizzonte temporale definito (un anno) al mancato riferimento a un termine di pagamento nell'art. 7, co. 1, secondo periodo, L. n. 3/2012, il che - alla luce del generale principio di cui all'art. 1183 c.c. - fa pensare che debba essere immediato, salvo appunto la deroga di cui al predetto art. 8, L. n. 3/2012.

Si potrebbe immaginare di garantire il pagamento dell'ipotecario in un tempo ragionevolmente equivalente (di non facile quantificazione) a quello necessario al creditore privilegiato per ottenerne la liquidazione in sede esecutiva ma questa lettura dell'art. 7, co. 1, secondo periodo, L. n. 3/2012 si scontrerebbe, nuovamente, con l'espresso limite di cui all'art. 8, co. 4, L. n. 3/2012 più volte citato.

Assolutamente isolata (in questo senso solo il Tribunale di Napoli Nord, decreto del 10.12.2017, consultabile sul sito www.tribunale.napolinord.giustizia.it.) la lettura dell'art. 8, co. 4, L. n. 3/2012 per cui con tale locuzione il legislatore, in realtà, avrebbe fatto riferimento all'inizio di esecuzione del piano di pagamento.

In ogni caso, anche a voler ammettere che la rateizzazione del creditore ipotecario oltre l'anno sia bilanciabile con la dazione di interessi è stato osservato che difficilmente essi potrebbero essere quantificati nella misura legale, risultando “*difficile anche pensare che un operatore bancario possa valorizzare il denaro in relazione al c.d. interesse legale*” (decreto del Tribunale di Rovigo del 13.12.2016, in www.ilcaso.it).

Potrebbe osservarsi che ammettendo la dilazione ultrannuale si finirebbe per incidere sul sinallagma contrattuale (mutuo) imponendo forzosamente (in ragione dell'intervenuta omologazione del piano) alla banca di continuare a prestare denaro. È quantomeno dubbio, però, che la rottura del contratto possa essere ricompensata con il semplice interesse legale.

La nota dolente del requisito della meritevolezza

La disposizione di cui all'art. 12 bis, co. 3, L. n. 3/2012 prevede il c.d. controllo di meritevolezza (termine impropriamente preso in prestito dalla causa contrattuale ma dal significato qui tutto specifico) da intendersi quale verifica giudiziale riguardo al fatto che il consumatore non abbia assunto obbligazioni senza la ragionevole prospettiva di poterle adempiere ovvero che ha colposamente determinato il sovraindebitamento, anche per mezzo di un ricorso al credito non proporzionato alle proprie capacità patrimoniali.

Gli esempi offerti dalla giurisprudenza di merito sono improntati alla larghezza dell'ammissione, identificandosi l'immeritevolezza con comportamenti gravemente colposi.

Al riguardo significativi appaiono il decreto del Tribunale di Ascoli Piceno, 4.4.2014 in www.ilcaso.it che ha omologato un piano del consumatore che ha dilapidato il proprio patrimonio con pochi e rischiosi investimenti e il decreto del Tribunale di Catania che ha provveduto all'omologa di un piano proposto da un soggetto che ha sperperato il patrimonio al gioco (Crivelli cit.).

Mi sembra di condividere questa lettura elastica della norma, tenendo conto del contesto economico e sociale che ci circonda e della *ratio* complessiva alla base dell'introduzione dei nuovi istituti di consentire una nuova *chance* ai sovraindebitati che, finora, per le loro caratteristiche oggettive, non potevano beneficiare di meccanismi che fossero suscettibili di sfociare nell'esdebitazione o comunque di produrre il risultato pratico della liberazione parziale dai debiti residui.

Questa lettura non rigorosa della norma sembra accolta dalla riforma che abbandona il richiamo alla assenza di ragionevole prospettiva di adempimento o alla determinazione colposa del sovraindebitamento (art. 12 bis, co. 3, L. n. 3/2012) in favore dell'esplicito riferimento alla colpa grave, mala fede o frode del sovraindebitato (art. 69, co. 1, del nuovo Codice).

Durata del piano

Su questo tema le divaricazioni giurisprudenziali sono notevoli.

Alcuni giudici di merito hanno ritenuto di ammettere piani del consumatore con dilazioni anche di 20, 25 o 30 anni (Tribunale di Catania, decreti del 27.4.2016, 17.5.2016, 24.5.2016, 12.7.2016, 15.9.2016) ovvero di 18 anni (Tribunale di Napoli, decreto 28.10.2015) o di 10 anni (Tribunale Napoli, decreto 18.2.2017)⁷.

A favore dell'ammissibilità di queste lunghe rateazioni muovono argomenti quali, la circostanza che in taluni casi la normativa fiscale ammette rateizzazioni fino a 10 anni, l'idea che il consumatore non può equipararsi *tout court* all'impresa e quindi che non possano estendersi alla famiglia le considerazioni giurisprudenziali fatte in riferimento al concordato preventivo (poiché evidentemente non si può "espungere" la famiglia dal mercato), in relazione alla quale l'unico orizzonte temporale pertinente appare la vita media della persona fisica.

Per altro orientamento le dilazioni devono essere decisamente più contenute.

Tale indirizzo contrario poggia sulla considerazione che il piano del consumatore è pur sempre una procedura concorsuale la quale deve fare i conti con alcuni vincoli di derivazione normativa o giurisprudenziale.

Il Tribunale di Rovigo con decreto del 13.12.2016 (in *www.ilcaso.it*) valorizza il richiamo alla pronuncia della Corte di Cassazione a Sezioni Unite n. 1521/2013 [la quale ha ricordato che «*la facoltà per il debitore di proporre una procedura concorsuale alternativa al suo fallimento non rappresenta un fatto impeditivo alla relativa dichiarazione (C. 12/18190, C. 09/19214), ma una semplice esplicazione del diritto di difesa del debitore, che non potrebbe comunque "disporre unilateralmente e potestativamente dei tempi del procedimento fallimentare", venendo così a paralizzare le iniziative recuperatorie del curatore (C. 18190 cit., C. 97/10383) e ad incidere negativamente sul principio costituzionale della ragionevole durata del processo*»] nonché alla necessità di assicurare la ragionevole durata della procedura, fissata in sei anni dalla Legge c.d. Pinto (art. 2, co. 2 bis, L. n. 89/2001 ma v. Cass. n. 9254/2012 che la estende a sette anni in caso di fallimenti complessi).

Per la tesi restrittiva anche il Tribunale di Ravenna che si è espresso con decreto del 10.3.2017 il quale, richiamando i «*Principi di attestazione dei piani di risanamento*» elaborati dal Consiglio nazionale dei dottori commercialisti e degli esperti contabili, i quali a loro volta rinviano ai

⁷ La ricerca è riportata sul sito *www.ecnews.it*

principi internazionali ISAE 3400, ritiene che rispetto a piani del consumatore ultraquinquennali verrebbe meno la stessa attendibilità dell'attestazione⁸.

La recente pronuncia della Corte di cassazione n. 17834/2019 prima citata ha escluso che il Giudice possa negare l'omologazione del piano sulla base della sola circostanza che la durata della rateizzazione proposta ecceda i limiti fissati dalla Legge n. 89/2001.

Percentuali di soddisfacimento dei creditori

Anche sulle percentuali di soddisfacimento dei creditori si sono riproposte evidentemente le stesse questioni nate per le procedure concorsuali maggiori.

È noto che alcuni giudici di merito hanno imposto una soglia del 5% (Tribunale di Modena, 3.9.2014), ritenendo che la fissazione di una misura minima in via astratta è necessaria a tutela dei creditori dissenzienti.

Il Tribunale di Lecco con provvedimento del 10.7.2015 ha invece affermato che *“l'irrisorietà della percentuale idonea ad escludere la causa concordataria deve essere apprezzata in concreto, sulla base della peculiarità dello specifico regolamento negoziale e dell'assetto di interessi effettivamente perseguito dalle parti”*.

Sulla questione però ritengo che non si possa prescindere dalla pronuncia della Corte di Cassazione n. 24215/2011 in tema di esdebitazione poiché evidentemente è questo il fine ultimo a cui tendono le procedure di sovraindebitamento.

La Corte ha affermato che è rimesso al prudente apprezzamento del giudice accertare quando la consistenza dei riparti realizzati consenta di affermare che l'entità dei versamenti effettuati, valutati comparativamente rispetto a quanto complessivamente dovuto, costituisca quella parzialità dei pagamenti richiesta per il riconoscimento del beneficio.

La Riforma, all'art. 67, si limita a prevedere che *“la proposta ha contenuto libero e può prevedere il soddisfacimento, anche parziale, dei crediti in qualsiasi forma”*.

La previsione dell'indicazione in via generale e astratta di percentuali non sembra dunque allo stato ricevere sicuri agganci giurisprudenziali.

Falcidia della cessione del quinto

A mio parere è preferibile l'orientamento che ne ammette la falcidiabilità alla luce della considerazione per cui il contratto di cessione del quinto, avendo ad oggetto crediti futuri, non produce effetti reali bensì solamente obbligatori (cfr. Cass. n. 6422/2003).

Più precisamente, si sostiene che, con il contratto di cessione del quinto *“le parti [...] hanno pattuito un contratto con effetti obbligatori in cui, al verificarsi di un evento, ossia la maturazione del diritto allo stipendio in capo al dipendente, si trasferisce la quota del quinto dello stesso alla finanziaria. Quindi, prima del verificarsi dell'evento, rimane in capo al dipendente la titolarità della relativa somma”* (Trib. Pescara, 8 marzo 2017, consultabile sul sito www.mondodiritto.it).

Per altro orientamento (Tribunale di Monza, decreto del 26.7.2017, consultabile sul sito ww.ilcaso.it) la falcidiabilità del quinto sarebbe ammessa ma opererebbe solo decorsi tre anni

⁸ In dottrina fa riferimento a questo limite temporale, al fine di considerare attendibili le attestazioni dei piani di risanamento, Cristiano Cincotti in un articolo contenuto nella *Rivista delle Società*, 4/2011, ancorché ritenga che sia passibile di oscillazioni nel caso concreto.

dall'omologa in applicazione analogica dell'art. 2918 c.c. dettata in materia di cessione di pignoni e di fitti.

La falcidiabilità del quinto dovrebbe essere questione peraltro superata in quanto è stata espressamente consentita nel recente decreto legislativo in attuazione della L. n. 155/2017 (v. art. 67, co. 3).

Valutazione del merito creditizio del consumatore

La disciplina vigente nulla prevede in proposito. Sembra dunque *praeter legem* l'idea di considerare la scarsa attenzione mostrata dal finanziatore all'atto della concessione del finanziamento nella formulazione del giudizio di meritevolezza del consumatore.

Il problema è superato nel nuovo decreto legislativo, laddove all'art. 68, co. 3 si prevede che *“L'OCC, nella sua relazione, deve indicare anche se il soggetto finanziatore, ai fini della concessione del finanziamento, abbia tenuto conto del merito creditizio del debitore, valutato in relazione al suo reddito disponibile, dedotto l'importo necessario a mantenere un dignitoso tenore di vita. A tal fine si ritiene idonea una quantificazione non inferiore a quella indicata all'art. 283, co. 2.”* (ossia occorre tenere in considerazione le spese di produzione del reddito e quanto occorrente al mantenimento del debitore e della sua famiglia in misura pari al doppio dell'indice ISEE, ndr).

Inoltre, all'art. 69, co. 2, del nuovo decreto legislativo si prevede, in relazione alla c.d. meritevolezza del debitore che *“Il creditore che ha colpevolmente determinato la situazione di indebitamento o il suo aggravamento o che ha violato i principi di cui all'art. 124-bis del decreto legislativo 1 settembre 1993, n. 385, non può presentare opposizione o reclamo in sede di omologa, anche se dissenziente, né far valere cause di inammissibilità che non derivino da comportamenti dolosi del debitore”*.

Verifica della incidenza della recente proposta di riforma sui problemi attuali in riferimento al piano del consumatore

Si è già accennato nei paragrafi precedenti ad alcune importanti novità indicative del sempre maggiore *favor* mostrato dal legislatore rispetto a queste nuove procedure concorsuali minori.

Riassumendo, particolarmente incisive sono:

- l'attenuazione del sindacato che deve svolgere il giudice sotto il profilo soggettivo, limitato a comportamenti gravemente colposi del debitore;
- la mancata espressa riproposizione del vincolo della moratoria annuale dei debiti privilegiati;
- l'espreso riconoscimento della natura di consumatore del sovraindebitato socio di società di persone per i debiti estranei a quelli sociali;
- l'espresa previsione della falcidiabilità della cessione del quinto;
- l'espreso rilievo al controllo sul merito creditizio del debitore non ben svolto dal creditore all'atto della concessione del finanziamento;
- l'eliminazione del divieto di falcidiazione dei debiti di natura pubblicistica al di là dei limiti generali di cui all'art. 75, comma 2, del nuovo Codice circa la verifica in punto di non svalutazione della garanzia reale.

Sulla necessità della difesa tecnica per il sovraindebitato

Giova ripercorre il dibattito già sorto rispetto alle due procedure concorsuali maggiori, il fallimento e il concordato preventivo.

L'obbligatorietà o meno dell'assistenza legale per il creditore che chiede il fallimento è questione quanto mai discussa dopo la riforma dal momento che detta istanza, a seguito dell'abolizione del fallimento di ufficio, non può essere considerata come forme di sollecitazione del giudice a prendere una decisione, ma vera e propria azione giudiziaria, proposta con ricorso che instaura un giudizio camerale in contraddittorio con altra parte. La prevalenza della dottrina opta per la obbligatorietà dell'assistenza dell'avvocato. In ogni caso, anche se si ritenesse facoltativa l'assistenza, qualora si ricorre ad un avvocato, bisogna dare a questi un mandato. Più o meno le stesse discussioni valgono anche per la richiesta di autofallimento, accentuate dalla difficoltà della identificazione della natura giuridica del ricorso per il proprio fallimento; tuttavia sembra di capire che, in questo caso, la dottrina prevalente (tra cui anche alcuni che la pensavano in senso contrario per la domanda del creditore) sia orientata per la facoltatività del patrocinio del difensore⁹.

Sussiste dibattito in ordine alla necessità se il debitore che sottoscriva il ricorso per l'ammissione alla procedura concordataria debba essere munito del ministero di un difensore. Alcuni autori sostengono che il conferimento della rappresentanza tecnica sia facoltativo sul rilievo che l'unico requisito all'uopo previsto dall'art. 161, 1° comma, l. fall. sia la sottoscrizione personale del debitore proponente, mentre la dottrina e la giurisprudenza maggioritaria affermano, condivisibilmente, l'obbligatorietà del patrocinio legale. Ciò in quanto il ricorso ex art. 161 l. fall. rappresenta l'atto di impulso di una sequenza procedimentale avente carattere giudiziale e destinata a concludersi con l'omologazione, sicché la previsione della sottoscrizione personale del debitore non costituisce una deroga al principio della obbligatorietà del patrocinio di cui agli artt. 82 e 83 cpc¹⁰.

Con riferimento alle procedure di sovraindebitamento, preliminarmente andrebbe distinta la fase di "accesso" all'O.C.C. (con riferimento alla quale il ricorso al ministero di un difensore non è da ritenersi obbligatorio, ma soltanto facoltativo) e quella (eventuale) successiva del deposito del ricorso introduttivo corredato dal piano in cui il problema, in effetti, si pone¹¹.

La giurisprudenza ha affermato che tale necessità si desume dal fatto che la proposta è, in sostanza, una domanda giudiziale in forma di ricorso (Trib. Massa 28 gennaio 2016, in *www.ilcaso.it*), che è rivolta al giudice in presenza di interessi contrapposti; inoltre, il ricorso è introduttivo di una procedura ex art. 6, L. n. 3/2012, che si svolge davanti ad un tribunale (individuato secondo criteri di competenza) e presenta fasi potenzialmente contenziose (riguardanti ad es. l'ammissibilità, la decisione di merito, le contestazioni eventuali in sede di omologazione, ecc.).

Per altro orientamento, l'assistenza del legale può non essere necessaria finché non si aprano fasi contenziose in senso stretto, nell'ipotesi in cui nell'O.C.C. che presenta in concreto la

⁹ Riflessioni reperite sul forum di settore *Falco*.

¹⁰ Il passo è tratto da Cagnasso; Panzani, *Crisi di Impresa e Procedure concorsuali*, tomo 3, ult. ed.

¹¹ Le riflessioni seguenti sono di Roberto Battaglia, *La crisi da sovraindebitamento nella giurisprudenza: lo stato dell'arte*, consultabile su *www.altalex.it*

domanda vi sia anche un legale, che si faccia carico della cura degli aspetti tecnico-giuridici (Trib. Vicenza 29 aprile 2014, in *www.ilcaso.it*).

Tale ultima affermazione secondo l'Autore non coglie nel segno dal momento che non parrebbe corretto distinguere tra procedimenti in astratto contenziosi (in cui - secondo il cennato orientamento - sarebbe sufficiente la presenza di un legale in seno all'O.C.C.) e procedimenti che in concreto lo divengono soltanto in itinere (con necessità dell'avvocato "di fiducia").

Secondo l'autore, la posizione eterogenea che connota *ex lege* il ruolo dell'O.C.C. non è compatibile con la difesa in giudizio del debitore (che si permea di connotati professionali/deontologici non coincidenti con i doveri dell'O.C.C.) anche nell'ipotesi di mero deposito del ricorso introduttivo e di rappresentanza in giudizio dinanzi al Giudice.

Conclude l'Autore prima citato che il debitore ricorrente e i creditori devono essere necessariamente assistiti da un difensore nell'ipotesi di necessità di accertare la presenza di iniziative o atti in frode ai creditori o in sede di *cram down*, con necessità di istruttoria.

L'inammissibilità della nomina diretta dell'OCC da parte del Tribunale

Con circolare del 18.10.2017 il Tribunale di Pavia, richiamando l'ordinanza della Corte di Cassazione n. 19740/2017 che ha stabilito che con la costituzione dell'OCC presso la Camera di Commercio di Pavia (iscritto al n. 80 dell'apposito registro tenuto presso il Ministero della Giustizia) è venuto meno il potere di nomina ex art. 15 L. n. 3/2012.

Ha perciò precisato che "*Le procedure (di sovraindebitamento, ndr) verranno prese in carico una volta depositato il piano del consumatore, la proposta di accordo o quella di liquidazione corredate della completa documentazione prevista dalla legge*".

Novità concernenti le disposizioni generali applicabili alle procedure minori

1. L'art. 65, co. 3, del nuovo Codice prevede la facoltà per il debitore di avvalersi dell'ausilio di un attestatore.
2. L'art. 66, co. 1, del nuovo Codice prevede che i membri della stessa famiglia possono presentare un unico progetto di risoluzione della crisi da sovraindebitamento quando sono conviventi o quando il sovraindebitamento ha un'origine comune.
Il successivo comma precisa quali soggetti si considerano membri della stessa famiglia.
Il comma tre specifica che le masse attive e passive rimangono distinte.
3. Viene introdotto all'art. 270, co. 1, del nuovo decreto legislativo il principio della pregiudizialità delle procedure della ristrutturazione dei debiti del consumatore (ex piano del consumatore) e del concordato minore (ex accordo con i creditori) rispetto alla liquidazione controllata (ex liquidazione del patrimonio)
4. Precisazione che la pubblicità del decreto/sentenza di apertura della procedura va fatta sul sito web del tribunale.

Novità più rilevanti sull'accordo di composizione della crisi e sulla procedura di liquidazione del patrimonio

Rispetto alle procedure di accordo e di liquidazione del patrimonio mi limiterò ad evidenziare le novità più incisive presenti nel recente decreto legislativo.

Accordo con i creditori (Concordato minore)

1. La maggioranza per l'approvazione scende dal 60% alla maggioranza assoluta dei crediti (art. 79, del nuovo decreto legislativo).
2. Si introduce il principio per cui l'accertata commissione di atti in frode da parte del debitore rende inammissibile la domanda.

Liquidazione del patrimonio (liquidazione controllata)

Si segnala:

1. L'introduzione della competenza collegiale e della sentenza al posto del decreto quale forma di apertura della liquidazione.
2. L'obbligo di relazione semestrale del liquidatore al giudice in esecuzione del programma di liquidazione (previsto anche nel piano del consumatore).
3. Scompare il riferimento alla durata minima della procedura di quattro anni (art. 14 quinquies, co. 4, L. n. 3/2012) in favore di un più elastico concetto di "ragionevole durata della procedura" contenuto all'art. 272, co. 3, del nuovo decreto legislativo.
4. Scompare il riferimento agli atti di natura fraudolenta, quali elementi ostativi all'apertura della procedura.

Una nuova ipotesi di esdebitazione (concedibile per una sola volta)

L'esdebitazione può avvenire anche per *"il debitore persona fisica meritevole, che non sia in grado di offrire ai creditori alcuna utilità, diretta o indiretta, nemmeno in prospettiva futura...fatto salvo l'obbligo di pagamento del debito entro quattro anni dal decreto del giudice laddove sopravvengano utilità rilevanti che consentano il soddisfacimento dei creditori in misura non inferiore al dieci per cento"* (art. 283, co. 1, del nuovo decreto legislativo).

Francesco Rocca
Tribunale di Pavia