

FABRIZIO DI MARZIO

Insolvenza civile e concorso

SOMMARIO: 1. Fallimento e diritto privato – 2. Il valore organizzativo del principio della parità di trattamento – 3. Fallimento (commerciale) e tutela del credito. – 4. Tutela del credito ed esdebitazione – 5. Le procedure di sovraindebitamento nella legge del 2012 – 6. Il sovraindebitamento nella legge delega – 7. Il sovraindebitamento nel codice. Contratti - 8. (*segue*) Procedure concorsuali. - 9. Compressione dei diritti dei creditori – 10. Conclusione.

1. Fallimento e diritto privato

L'unico contributo che Cesare Vivante dedicò al fallimento nel suo trattato non riguardò la disciplina dell'insolvenza commerciale, ma il sovraindebitamento di quella figura sfuggente ed inclusiva del mondo del diritto privato che possiamo chiamare *consumatore*. Il contributo non si inseriva nel disegno generale dell'opera; costituì perciò l'appendice del primo volume. In questa difficoltà di collocazione del tema, pur sempre riferito al fallimento, ossia a un settore di primaria importanza delle discipline positive raggruppate sotto la nazione di sintesi di "diritto commerciale", sta l'essenza problematica del diritto che oggi riconduciamo al concetto di "sovraindebitamento".

Vivante auspicava una disciplina del fallimento civile per venire incontro all'esigenza concreta della *razionalizzazione* dell'esecuzione collettiva sul patrimonio del debitore: allo stesso modo e negli stessi termini di quanto accade per l'esecuzione sul patrimonio del debitore che svolge attività commerciale. "Finché l'attivo di un patrimonio eccede il passivo il legislatore può lasciare che ogni creditore eserciti separatamente il proprio diritto. Ma quando quel patrimonio non basta per tutti, la libertà delle esecuzioni individuali costituisce un premio ai creditori più pronti, più vicini, meno scrupolosi, a scapito dei più benevoli, dei più lontani, che per lo più giungeranno dopo che il patrimonio del debitore è esaurito". Dunque, Vivante ricostruiva il problema collocandolo nell'ambito del sistema della *responsabilità patrimoniale*. In questa visione, conta il rapporto in cui stanno

creditori e debitore insolvente. Il problema dell'insolvenza trascende le ragioni del credito ed impone la regola del concorso.

In particolare, non è esigenza che possa limitarsi al diritto commerciale, benché proprio nel diritto commerciale quell'esigenza si affermò e si sviluppò nelle legislazioni storiche. "Il trattamento uguale dei creditori del debitore insolvente (*par condicio omnium creditorum*) fu la vocazione incessante del nostro diritto attraverso i millenni della sua storia"¹.

Il contributo si colloca infatti nel dibattito che a fine Ottocento si accese sulla estensione della disciplina del fallimento al debitore civile, e ne costituisce il culmine. La proposta si alimentava dalla fiducia sulla vocazione espansiva del diritto commerciale, secondo un moto d'opinione che premeva per la unificazione del diritto privato. E tuttavia, nonostante il generale clima culturale, quella proposta non convinse il legislatore, che pure realizzò per il resto l'epocale "commercializzazione del diritto privato" nel codice civile in vigore. Molte disposizioni fanno riferimento al termine "insolvenza" oppure a fenomeni vicini e connessi, come la modificazione delle condizioni patrimoniali del debitore; ma la rilevanza dell'insolvenza nel sistema del codice civile è contenuta nella disciplina del rapporto obbligatorio, o di sue fonti (come il contratto). Sul rilievo di queste situazioni, nel rapporto obbligatorio si giustificano le molteplici regole che attribuiscono poteri di autotutela al creditore.

Il fallimento e le altre procedure concorsuali furono invece rielaborati e contenuti in una legge speciale coeva al codice, e dedicata all'insolvenza dell'impresa e – come recitava inizialmente l'intitolazione - alla "Disciplina del fallimento, del concordato preventivo, della amministrazione controllata e della liquidazione coatta amministrativa" .

2. Il valore organizzativo del principio della parità di trattamento

Nel sistema privatistico il diritto tradizionale non contempla procedure a carattere concorsuale in rimedio all'insolvenza civile. La cosa potrebbe apparire sorprendente, in quanto l'esigenza di coordinare razionalmente le azioni esecutive dei creditori in rimedio al problema dell'insolvenza del debitore con ogni probabilità si evidenziò immediatamente, con il porsi di quel problema. Ma questo fatto dipende non dall'assetto razionale, bensì

¹ Vivante, *Il fallimento civile*, in *Trattato di diritto commerciale*, I, *I commercianti*, Appendice, Torino, 1902, 341; 343.

dalla conformazione storica del cosiddetto *diritto fallimentare*, formatosi nell'Italia medievale dei comuni come rimedio statutario non al problema dell'insolvenza, ma all'allarme ingenerato da una sua specifica e settoriale manifestazione: l'insolvenza del mercante. L'influenza delle strutture storiche ha determinato ripercussioni decisive anche sugli assetti attuali del diritto concorsuale italiano, dedicato quasi esclusivamente all'insolvenza imprenditoriale. Soltanto nel 2012, con la legge n. 3, è stata introdotta una disciplina concorsuale preoccupata anche dell'insolvenza civile.

Abbiamo così assistito ad una peculiare vicenda storica, per cui un diritto che potremmo definire *speciale*, nato in reazione di uno specifico problema - l'inadempimento seriale delle obbligazioni - e collocabile nelle sue strutture concettuali di fondo nel sistema civilistico, ha avuto un autonomo sviluppo con riguardo al diritto d'impresa; ma, infine, ha recuperato nel suo ambito anche il problema della insolvenza civile, sottraendolo all'angusta dimensione del rapporto obbligatorio per ri-collocarlo nello spazio ben diverso della procedura concorsuale.

L'introduzione pressoché generalizzata di procedure concorsuali per l'insolvenza civile ha minimizzato le differenze, fino ad annullarle nella sostanza.

Questa diversa vicenda storica dovrebbe indurci a riflettere sulla realtà profonda del diritto fallimentare - commerciale e civile - come diritto delle *procedure concorsuali*. L'essenza di questo diritto è nel carattere *concorsuale* delle procedure collettive che lo compongono. Il concetto centrale, che contraddistingue l'insieme disciplinare, è dato dal *principio della parità di trattamento* secondo cui, come anche dispone l'art. 2741 c.c., tutti i creditori hanno un eguale diritto di soddisfarsi sul patrimonio del comune debitore. In attuazione di quel principio, è organizzata la procedura esecutiva a carattere collettivo.

Questa fondamentale acquisizione del diritto della responsabilità patrimoniale ha un valore organizzativo. Si preferisce evitare che il patrimonio responsabile cada in balia della iniziativa dei creditori più avvertiti; così lo si rende disponibile per un'esecuzione forzata che sia ordinata al soddisfacimento egualitario di tutti i creditori. L'essenza organizzativa del principio di parità emerge considerando che esso (come già segnalava Vivante) vale come alternativa al principio della priorità cronologica nell'esecuzione, che costituirebbe l'altra possibile soluzione al problema del concorso². Questo principio integra uno *scopo strumentale*, ma anche essenziale delle procedure concorsuali, ed è in esse affermato su

² Cfr. Roppo, *la responsabilità patrimoniale del debitore*, in *Trattato Rescigno*, XIX, Torino, 1985, 406; v. anche Colesanti, *Mito e realtà della «par condicio»*, in *Fallimento*, 1984, 32 ss.

vari profili: come il divieto di azioni esecutive individuali; l'insensibilità del patrimonio esecutato all'assunzione di nuove obbligazioni; l'ultrattività della regola del concorso successivamente alla chiusura della procedura; le azioni di conservazione della garanzia patrimoniale; la tutela penale³.

Torniamo adesso al saggio di Vivante sul fallimento civile. In esso è ben chiarito che lo scopo fondamentale del fallimento è nella organizzazione del concorso; ed è quindi linearmente argomentata la tesi della irrazionalità della scelta ordinamentale che limiti questa risorsa organizzativa all'insolvenza commerciale, evitando di estenderla anche all'insolvenza civile: che su questo piano dimostra una eguale esigenza di disciplina.

L'aspetto sorprendente della tesi è nel fatto che l'assimilazione tra insolvenza commerciale e insolvenza civile nel comune trattamento concorsuale assorbe ogni possibile differenza che possa giustificare una effettiva distinzione tra i due ambiti. Se le cose stessero effettivamente così, come potrebbe il fallimento dell'impresa collocarsi nell'ambito del diritto commerciale; in che consisterebbe la commercialità di questo diritto dell'esecuzione collettiva? In questa prospettiva, mentre non vi sarebbe nessuna effettiva ragione di limitare il trattamento concorsuale all'insolvenza commerciale escludendo l'insolvenza civile, nemmeno sarebbe giustificato inserire la trattazione dell'insolvenza commerciale in un trattato di diritto commerciale. Dunque, le ragioni dell'estensione della concorsualità (commerciale) all'insolvenza civile dipendono da una difettosa elaborazione dell'insolvenza commerciale. Nella riflessione che si svolge sul tema manca infatti la considerazione dell'impresa, quale fenomeno economico da prendere in considerazione nel diritto speciale del fallimento (commerciale). Questa cosa non implica un giudizio negativo su quest'estensione, invece assolutamente opportuna e razionale. Implica invece la segnalazione di un limite importante della ricostruzione corrente delle ragioni del diritto fallimentare, civile e commerciale.

L'effettiva comprensione delle strutture e delle funzioni del discipline giuridiche dell'insolvenza dipendono dalla consapevolezza della complessa e *duplicata* natura che le caratterizza; dalla capacità di comprendere a fondo la differenza che corre all'interno del diritto delle procedure concorsuali: in ragione della presenza della complicazione concettuale data dall'impresa per l'insolvenza imprenditoriale e invece dall'assenza di quella complicazione per l'insolvenza civile. Nemmeno la previsione, in taluni ordinamenti (come quello italiano) di discipline ibride, destinate sia all'uno che all'altro

³ Cfr. Bonsignori, *Disposizioni generali*, in *Comm. Scialoja-Branca, Legge fallimentare*, diretto da Bricola-Galgano-Santini – art. 1-22, Bologna-Roma, 1974, 38 ss.

tipo di insolvenza, potrebbero indurre a sottovalutare il problema. Vi è poi da aggiungere che il carattere di ibridazione non è mai assoluto, ma sempre relativo. Nel caso della legge italiana sul sovraindebitamento, l'insolvenza civile (classificata come sovraindebitamento del *consumatore*) è disciplinata insieme, ma accanto all'insolvenza professionale e d'impresa; ossia con procedure *diverse* rispetto a quelle dedicate all'insolvenza del piccolo imprenditore sottratto alle procedure concorsuali previste per l'impresa di maggiori dimensioni. Dunque, in primo luogo non vi sono procedure riferibili ad entrambe le categorie di debitori; inoltre, gli imprenditori ricondotti alla disciplina del sovraindebitamento gestiscono organizzazioni economiche di dimensioni trascurabili: così che, nei fatti, il problema dato dalla presenza della impresa e degli interessi connessi all'attività si riduce in maniera drastica, favorendo la compatibilità tra trattamento di piccole insolvenze commerciali e trattamento delle insolvenze civili nello stesso contesto disciplinare, composto da procedure dedicate al sovraindebitamento del consumatore e procedure per l'insolvenza dell'operatore economico.

3. Fallimento (commerciale) e tutela del credito

La centralità della procedura di fallimento nelle legislazioni storiche era dovuta alla ignoranza dell'impresa, che celava l'insufficienza di un diritto costituito esclusivamente da una procedura di liquidazione di una ricchezza produttiva che veniva concepita, riduttivamente, come *patrimonio* del debitore-imprenditore (secondo lo schema concettuale oggi recepito nell'art. 2740 c.c.). L'assenza di diverse considerazioni, che sarebbero state suscitate dall'attenzione all'impresa, e la visione della stessa come patrimonio del debitore, favorirono l'idea del fallimento come procedura di esecuzione collettiva per l'adempimento coattivo e la convinzione che scopo della procedura fosse di tutelare i diritti dei creditori.

In un'altra occasione ho cercato di ricostruire la vicenda storica del fallimento facendo attenzione a questa dimenticanza dell'impresa che ha caratterizzato le legislazioni di tutto il mondo a partire dalle prime esperienze avviate in Italia medievale fino ai giorni nostri⁴. Ho individuato la ragione fondamentale di questa dimenticanza nella operatività di un potente paradigma giuridico: il *rapporto obbligatorio*⁵. Il fallimento è l'estrema

⁴ Cfr. F. Di Marzio, *Fallimento. Storia di un'idea*, cit.

⁵ Sul valore paradigmatico dell'obbligazione cfr. P. Rescigno, *Obbligazioni (nozioni)*, in

conseguenza dell'inadempimento generalizzato delle obbligazioni assunte dal debitore dichiarato fallito; il fallito è in prima approssimazione un debitore che non onora i debiti contratti. Il trattamento giuridico riassunto nel termine "fallimento" consiste nella esecuzione coattiva di una serie di rapporti obbligatori, rimasti insoddisfatti, attraverso la vendita forzata del patrimonio del debitore e la distribuzione del ricavato ai creditori secondo il criterio della parità di trattamento.

La consapevolezza dell'impresa man mano maturata anche nel mondo del diritto ha scoperto la necessità di integrare una legislazione fino a quel momento esclusivamente "fallimentare" (nel senso storico, ossia liquidativa) con procedure di ristrutturazione del debito e dell'impresa, ancorché sempre nell'ottica della tutela dei creditori. Infatti, il lascito della tradizione si è rivelato decisivo. Non solo nelle legislazioni storiche ma anche nelle contemporanee lo scopo fondamentale è organizzare al meglio la decisione sull'impresa in crisi economica al fine di tutelare i *diritti dei creditori*. Oggetto di tutela è il credito verso l'imprenditore insolvente. Tutti gli altri interessi coinvolti nell'attività imprenditoriale non trovano protezione autonoma ma sempre condizionata alla tutela dell'interesse dei creditori. Se la legge prende in considerazione l'ordine di scopi, stabilisce una precisa gerarchia, assicurando il primato all'interesse dei creditori. È esemplare il § 1 dell'*Insolvenzordnung*, secondo cui scopo del diritto dell'insolvenza è di realizzare l'interesse dei creditori.

Anche a prescindere da disposizioni esplicite, questa gerarchia si manifesta nelle procedure di stampo fallimentare (come, in Italia, la liquidazione giudiziale) nelle forme della tutela dell'interesse dei creditori affidata agli organi della procedura. Compito del curatore, sotto la vigilanza del giudice delegato e del tribunale è di inventariare, recuperare, liquidare, ripartire l'attivo del patrimonio fra i creditori concorsuali ammessi al passivo. Esaurito l'attivo, la liquidazione viene chiusa, per essere riaperta se si evidenzia la sussistenza di ulteriore attivo da liquidare e distribuire ai creditori eventualmente rimasti insoddisfatti (a meno che il debitore non sia stato esdebitato). Nelle procedure di stampo fallimentare gli interessi dei creditori sono affidati ad un organo esponenziale, il comitato dei creditori, che collabora con gli altri organi della liquidazione nella gestione della procedura, orientata a realizzare il migliore interesse dei creditori.

Il primato dell'interesse dei creditori si manifesta anche nelle forme dell'autotutela nei contratti e nei concordati. Il diritto positivo disciplina fattispecie contrattuali e concordatarie che vedono protagonisti il debitore insolvente da un lato e i suoi creditori dall'altro. Oggetto della contrattazione e

Enciclopedia del diritto, XXIX, Milano, 1979, 182.

della deliberazione concordataria è, immancabilmente, la *ristrutturazione dei debiti* rimasti impagati, e non dell'impresa in crisi. Benché la ristrutturazione dei debiti costituisca un'articolazione del più generale ambito operativo della ristrutturazione dell'impresa e dunque un aspetto soltanto, per quanto decisivo, del più vasto tema del superamento della crisi in cui la stessa si trova ad essere, le strutture della decisione sulla ristrutturazione dei debiti e sulla ristrutturazione dell'attività di impresa *coincidono*.

Cosicché nella relazione tra debitore e creditori si elabora una decisione che, nelle forme del contratto o della procedura deliberativa (come è il concordato preventivo), incide su un raggio di interessi molto più vasto, in cui ricadono anche posizioni complesse, irriducibili alla semplificazione del rapporto obbligatorio. Così è per i lavoratori subordinati, sulla tutela dei cui diritti si è svolto il dibattito in Italia⁶; ma così è anche per le imprese costituenti l'indotto dell'impresa debitrice o a quest'ultima collegate in strutture di rete o ad essa connesse nello spazio di un distretto. Stesse conclusioni valgono per gli attori dei mercati finali: per i consumatori dei beni e per gli utenti dei servizi offerti dall'impresa sul mercato. La varietà di interessi di fatto coinvolti nel destino dell'impresa non è dunque rappresentata nelle strutture della decisione. Il diritto organizza la legittimazione a decidere attraverso il *filtro* del credito. Soltanto coloro che possono vantare crediti sono ammessi alla decisione. L'interesse a decidere può essere semplicemente condizionato, o addirittura sostanzialmente indipendente dal credito, ma è dalla titolarità del credito che deriva la legittimazione ad assumere la decisione.

Soltanto negli ultimi decenni si è rafforzata la consapevolezza dei giuristi rispetto al fenomeno dell'impresa, e si è posta la domanda se accanto alla tutela dei creditori il diritto fallimentare non debba rispondere anche a ragioni di tutela dell'impresa stessa, e di tutti gli interessi in essa implicati. In questo clima culturale è maturata l'espressione "crisi d'impresa", e le varianti "diritto della crisi d'impresa"; "diritto delle imprese in crisi". Il centro della riflessione sembra essere progressivamente occupato dall'impresa. L'ultimo atto di questa vicenda è nella eliminazione del termine "fallimento" dalla legislazione delicata, e nella intitolazione del codice non soltanto all'insolvenza ma anche, espressamente, alla *crisi d'impresa*. Credo che stia proprio qui il senso profondo (anche se inavvertito dallo stesso legislatore) di una scelta terminologica giustificata, più superficialmente, con l'esigenza di rimuovere dalla circolazione un termine politicamente scorretto ed infamante.

⁶ Cfr. d'Alessandro, *Crisi dell'impresa e tutela dei lavoratori*, in *Scritti in Scritti di Floriano d'Alessandro*, Milano, 1997, 736 ss.; Minervini, *Nuove riflessioni sulla crisi dell'impresa*, in *Giur. comm.*, 1977, I, 689.

4. Tutela del credito ed esdebitazione

Nella materia del “fallimento civile”, non vi è un’impresa in crisi e da ristrutturare, riduttivamente concepita nelle forme statiche di un patrimonio responsabile; ma, effettivamente, un patrimonio responsabile suscettibile di esecuzione forzata. In questo diverso diritto concorsuale, va aggiunto, le cause dell’insolvenza dell’imprenditore non possono essere ricercate nella crisi di un’impresa che non c’è (come per l’insolvenza o il sovradebitamento del consumatore) o che si riduce ad attività del professionista liberale o del piccolo imprenditore (ossia a realtà in cui il valore organizzativo e dimensionale dell’attività economica è talmente ridotto da non segnare una significativa differenza rispetto alla situazione del consumatore).

Nel fallimento civile il problema posto dall’insolvenza è compiutamente descritto nel rapporto conflittuale che vede collocati, sulla scena, da un lato il debitore civile insolvente e dall’altro la platea dei creditori insoddisfatti e in attesa di essere pagati. L’attenzione del diritto al *soggetto debitore*, che determinò struttura e contenuto delle legislazioni storiche (interessante al mercante, al commerciante e infine all’imprenditore insolvente), diviene qui profondamente giustificata, perché capace di inquadrare il problema senza trascurare nessun profilo rilevante. Ne è disceso un effetto peculiare: mentre nella materia del sovraindebitamento la conformazione delle procedure secondo i modelli tradizionali del diritto fallimentare si è rivelata perfettamente adeguata alle esigenze del diritto contemporaneo; invece quei modelli sono divenuti del tutto inadeguati rispetto alle esigenze sopravvenute nel diritto della crisi d’impresa.

Cerco di esprimere il mio pensiero prendendo in considerazione un aspetto cruciale della classica procedura di concordato preventivo, oggi riproposto con forza nelle discipline sul sovraindebitamento. Sin dalla introduzione, avvenuta nel nostro ordinamento con la legge del 21 maggio 1903, il concordato fu concepito come un vero e proprio *beneficio* da riconoscersi al commerciante onesto e diligente nella propria attività e tuttavia sfortunato negli affari. Disponeva l’art. 20 di quella legge che il tribunale deve riconoscere se “il debitore è meritevole del beneficio del concordato”. Commentò Gustavo Bonelli: “Si tratta in altri termini di esaminare se il debitore è o no immune da responsabilità nel disastro che l’ha colpito. Anche ai creditori fu devoluto già questo esame (art. 13); ma essi possono trovarsi propensi a sorvolare sulla leggerezza del debitore in vista del loro interesse. L’interesse pubblico esige che l’esame sia rinnovato dall’autorità giudiziaria”⁷.

⁷ Bonelli, *Del fallimento*, cit., III, 533.

L'intera procedura di concordato preventivo era condizionata nella sua esperibilità da questo giudizio di meritevolezza che il tribunale doveva esprimere nei confronti del debitore che presentava l'offerta concordataria ai propri creditori. Del resto, scarsamente rilevante era la stessa approvazione che i creditori avrebbero potuto dare a quella offerta. Se il debitore non fosse stato ritenuto meritevole di accedere al beneficio ai creditori, sarebbe stata comunque loro sottratta la possibilità di usufruire della proposta compositiva del debito. La regola fu accolta senza sostanziali modificazioni nella legge del 1942 (artt. 160; 173) e confermò l'unanime opinione sul "carattere assolutamente beneficiario della procedura"⁸. La progressiva attenzione alle ragioni dell'impresa, e dunque l'evoluzione dell'atteggiamento culturale ha determinato cambiamenti nel diritto positivo: dalla sanzione del fallito si è trascorsi alla valutazione delle concrete possibilità di conservazione dell'attività. In particolare, nella iniziale versione dell'art. 160 l.f. l'ammissione alla procedura di concordato preventivo era riservata al debitore che avesse tenuto una condotta meritevole del beneficio. Nella versione successiva, la disposizione non fa più cenno a requisiti soggettivi di meritevolezza. Tuttavia, la condotta del debitore resta al centro delle valutazioni degli organi della procedura. Di essa deve trattare il commissario giudiziale nella relazione di cui diceva l'art. 172 l. f.; la disposizione successiva comminava la inammissibilità alla proposta formulata dal debitore che, prima o durante la procedura, abbia commesso atti in frode ai creditori⁹.

Nelle discipline del sovraindebitamento introdotte dalla legge n. 3 del 2012, la considerazione del comportamento del debitore rilevava per il tempo della procedura. L'"accordo di composizione della crisi" era, in quella disciplina, revocato se si accertava che durante la procedura il debitore aveva commesso atti in frode ai creditori (art. 11). Non dissimilmente disponeva l'art. 12 *bis* in tema di piano del consumatore, con norma ribadita nell'art. 14 *bis* in tema di revoca e cessazione degli effetti della omologazione del piano del consumatore. Ma, in sede di disposizioni generali, l'art. 9, comma 3 *bis* stabiliva che alla proposta di piano del consumatore fosse allegata una relazione dell'organismo di composizione della crisi sulle cause dell'indebitamento e la diligenza impiegata dal consumatore nell'assunzione delle obbligazioni, nonché l'esposizione delle cause del sovraindebitamento. Il successivo art. 12 *bis*, comma 3, prevedeva che l'omologazione del piano del consumatore dipendesse dalla verifica giudiziale che il debitore non avesse assunto obbligazioni senza la ragionevole prospettiva di poterle

⁸ S. Satta, *Istituzioni di diritto fallimentare*, Roma, 1949³, 347.

⁹ Cfr. il saggio di Pacchi Pesucci, *Dalla meritevolezza dell'imprenditore alla meritevolezza del complesso aziendale*, Milano, 1989.

adempire oppure avesse colposamente determinato il sovraindebitamento anche per mezzo di un ricorso al credito non proporzionato alle proprie capacità patrimoniali. Invece, regole simili non si riscontravano per il sovraindebitato che non fosse consumatore.

Nel diritto fino a ieri in vigore, pertanto, anche nelle discipline del sovraindebitamento correva una qualche differenza di considerazione della condotta anteatta del debitore-imprenditore da un lato e del consumatore dall'altro. Nel primo caso questa condotta restava sostanzialmente irrilevante ai fini della valutazione sulla meritevolezza del soggetto ad accedere alla procedura. Diverso era il caso del consumatore. L'organismo di composizione della crisi doveva, infatti, ricostruire le ragioni del sovraindebitamento esponendo una valutazione sulla diligenza tenuta dal consumatore nel contrarre debiti. Cosicché un giudizio negativo sulla condotta anteatta poteva precludere l'accesso al beneficio del piano del consumatore.

Laddove la realtà della persona fisica diviene l'unico oggetto di disciplina (potendo essere classificati come consumatori soltanto persone in carne ed ossa) il giudizio etico sulla condotta non soffrirebbe limiti, e sarebbe richiesto quale presupposto per la concessione del beneficio. In questo assetto assiologico riaffiora ancora una volta l'antico atteggiamento sanzionatorio nei confronti del fallito: meritevole anzitutto di biasimo e poi, eventualmente, di redenzione in contesti sgombri dalla preoccupazione per l'impresa.

Questa differenza di disciplina apre un solco che divide il piano del consumatore dall'accordo di ristrutturazione dell'imprenditore sovraindebitato, compromettendo notevolmente la razionalità del comparto. Infatti in questo ambito l'importanza assai ridotta dell'organizzazione d'impresa non giustifica la divaricazione delle discipline su un profilo così caratterizzate. Si rimedia nel c.c.i., dove si ribadisce che l'imprenditore minore - così come l'imprenditore richiedente il concordato preventivo - non deve aver commesso atti in frode in occasione della procedura (artt. 77 e 106); ma si aggiunge anche che il consumatore e l'imprenditore minore che vogliano accedere al piano di ristrutturazione o al concordato minore devono indicare le cause dell'indebitamento e la diligenza impiegata nell'assumere le obbligazioni (artt. 68 comma 1 e 75). Per il solo consumatore, l'art. 69, comma 1 c.c.i. dispone inoltre che il debitore non può accedere al piano di ristrutturazione se, tra l'altro, ha determinato la situazione di sovraindebitamento con colpa grave, malafede o frode. I trattamenti sono pertanto perfettamente equiparati.

Ma, al di là di queste osservazioni, come si vede, nelle discipline sul sovraindebitamento l'attenzione alla meritevolezza del creditore valutata con

riguardo al comportamento tenuto nell'assunzione delle obbligazioni condiziona in maniera decisiva la possibilità di accedere alla procedura: che quindi resta comprensibile nelle sue articolazioni secondo la mentalità del "beneficio" concesso a certe condizioni al debitore che se ne mostri meritevole. Queste regole non confliggono con l'eliminazione, nel diritto della crisi di impresa, del giudizio di meritevolezza nei confronti dell'imprenditore. La presenza dell'impresa in questo secondo ambito e la sua assenza nel primo servono a giustificare abbondantemente questa netta differenza di regolamentazione.

Quando cade in questione *esclusivamente* il rapporto fra debitori e creditori, la tutela del credito si fa comprensibilmente intransigente, in quanto non si tratta di considerare *anche* le ragioni dell'impresa. Se la valutazione dell'ordinamento deve limitarsi alle condotte del debitore e alla pretesa di soddisfacimento dei creditori, la condotta di assunzione del debito diviene decisiva ai fini dell'accesso al "beneficio". L'esito della procedura di composizione del debito, in cui quel beneficio consiste, infatti, nella *esdebitazione* del debitore. Le antiche ragioni della concezione del concordato preventivo come beneficio risiedono nella natura esdebitativa della procedura, quale procedura di composizione negoziale del debito. Queste stesse ragioni permangono intatte nelle procedure, di identica natura, sulla composizione negoziale del debito nell'ambito del sovraindebitamento. Invece, quando accanto alla composizione del debito occorre considerare la ristrutturazione dell'impresa, per una sopravvenuta sensibilità a favore dell'impresa, le ragioni di quest'ultima comprimono le ragioni - altrimenti intatte - dei creditori.

Troviamo conferma di questa concezione nelle regole sulla esdebitazione prima contenute nella procedura di fallimento e oggi in quella di liquidazione giudiziale e nella procedura di liquidazione del sovraindebitato (liquidazione controllata nel c.c.i.). In entrambi i casi è facile constatare una notevole sovrapposizione fra le condizioni, sempre soggettive, di meritevolezza poste alla base della concessione del beneficio dell'esdebitazione (cfr. artt. 142 ss. l.f.; 14 *terdieces* l. n. 3 del 2012). Nel c.c.i. le condizioni per l'esdebitazione sono disciplinate senza distinzioni categoriali, alle stesse condizioni sia per i debitori civili che per gli imprenditori, anche collettivi. Nella materia della esdebitazione - che consiste "nella liberazione dei debiti e comporta la inesigibilità, nei confronti del debitore, dei crediti rimasti insoddisfatti nell'ambito di una procedura concorsuale che prevede la liquidazione dei beni" (art. 278, comma 1, c.c.i.) - la realtà dell'impresa non assume nessun peso, giacché cade in questione esclusivamente la condizione di insuperata insolvenza del debitore e l'esigenza di recuperare quel soggetto alla vita economica. Evidentemente, le condizioni di questo recupero debbono

prendere in considerazione la condotta del debitore nella assunzione delle obbligazioni. Soltanto un soggetto responsabile ma sfortunato può essere esdebitato in oggettivo pregiudizio delle ragioni dei suoi creditori.

In conclusione, nella materia del fallimento civile (più esattamente, e d'ora in avanti, del *sovraindebitamento*) l'orientamento della tutela alla esclusiva salvaguardia dell'interesse dei creditori, mitigata solo dallo spazio aperto per il beneficio dell'esdebitazione, diventa plausibile. La restrizione della platea dei soggetti interessati alla gestione dell'insolvenza nell'ambito dei creditori concorsuali appare solidamente giustificata.

5. Le procedure sul sovraindebitamento nella legge del 2012

I procedimenti di composizione della crisi da sovraindebitamento e di liquidazione del patrimonio stabiliti nella l. n. 3 del 2012 erano indirizzati a porre rimedio alle situazioni di (crisi da) sovraindebitamento che colpiscono debitori non assoggettabili alle procedure concorsuali tradizionali¹⁰. La struttura degli istituti può essere così schematizzata.

I debitori avevano facoltà di concludere un "accordo" con i creditori secondo una procedura di composizione della crisi; al consumatore era inoltre consentito di proporre un piano di ristrutturazione. Accordo e piano integravano l'oggetto di una procedura: la "procedura di composizione della crisi da sovraindebitamento". Nei casi stabiliti dalla legge (annullamento o risoluzione dell'accordo, cessazione degli effetti del piano omologato per causa imputabile al consumatore) questa procedura poteva essere convertita, su istanza del debitore o dei creditori, in una "procedura di liquidazione del patrimonio".

La legge discorreva di "accordo di ristrutturazione dei debiti"; la formula corrisponde a quella adoperata nell'art. 182 *bis* l.f. (e 57 c.c.i.) per descrivere il contratto compositivo della crisi d'impresa, concluso tra debitore fallibile e creditori e assoggettabile ad omologazione. Discorreva, inoltre, di "piano del consumatore", con formula assimilabile a quella adoperata nell'art. 67, comma 3, lett. d), l.f. (mentre finalmente, in maniera nettamente più esatta, l'art. 56 c.c.i. è rubricato agli "accordi" attuativi di piani attestati di risanamento) per alludere al contratto compositivo della crisi d'impresa, concluso tra debitore fallibile e creditori e non assoggettato

¹⁰ Sulla legge cfr. i saggi raccolti in Aa.Vv., *La 'nuova' composizione della crisi da sovraindebitamento*, a cura di Di Marzio, Macario, Terranova, Milano, 2013; v. inoltre Aa.Vv., *Le procedure di composizione negoziale delle crisi e del sovraindebitamento* a cura di Bonfatti, Falcone, Milano, 2014; v. infine Aa.Vv., *La composizione delle crisi da sovraindebitamento*, cit.

ad omologazione. La suggestione terminologica potrebbe indurre l'idea che si trattasse effettivamente di contratti. Senonché tali atti erano inseriti, come accennato, in procedure. Questo inserimento determinava un rilevante aumento di complessità di entrambe le figure: le contenute (accordo, piano) e la contenente (procedura di composizione della crisi da sovraindebitamento). Benché la natura contrattuale di una figura sia incompatibile con una essenza processuale, dovrebbe convenirsi che tale incompatibilità non coinvolge la struttura - processuale - che essa può assumere. Il limite di tale compatibilità è nel fatto che la natura contrattuale del rimedio ne esclude il carattere *concorsuale*. Dunque, laddove vi sono procedure possono esservi contratti (i contratti possono essere declinati in percorsi processuali; ad esempio possono essere assoggettate procedure di omologazione); ma non possono esservi contratti laddove ci sono procedure che siano concorsuali, ossia rette dal principio della parità di trattamento di tutti i creditori.

Un primo rimedio era dato dall'“accordo di ristrutturazione dei debiti” intercorrente tra il sovraindebitato e i suoi creditori; funzione di detto accordo era infatti la risoluzione del problema costituito dal sovraindebitamento. Il legislatore si era ispirato a un fenomeno antico, la contrattazione per il superamento dell'insolvenza, sia pure calata in un contesto procedurale. La disciplina in esame, però, si spingeva ben oltre: offrendo un rimedio molto più complesso di un semplice accordo, e di cui il rapporto di natura negoziale tra debitore e creditori (che la legge chiama “accordo”) appariva essere soltanto un componente. L'accordo per superare il sovraindebitamento doveva essere raggiunto secondo una precisa *procedura* legale. Per apprezzare questo aspetto è necessario sempre avere presente che la regola costitutiva del contratto si esaurisce, essenzialmente, nel *consenso*. Per aversi un contratto occorre - è necessario, ma anche sufficiente - raggiungere un accordo; ed è tale la forza concettuale del consenso da riassorbire in sé l'idea stessa del suo prodotto, e cioè il contratto. La legge può attardarsi sulle condizioni, sulle circostanze e sulle modalità del consenso; può disporre forme particolari, e attribuire significato a fatti altrimenti equivoci, tirando fuori il consenso anche da un silenzio sufficientemente eloquente. Ma, oltre a tutto questo, non si va. In particolare, la legge non si preoccupa di proceduralizzare la fase di formazione dell'accordo e tantomeno di assoggettare questo delicato momento a controllo giudiziario. E invece, proprio così sembrava accadere nel nostro caso: dove debitore con eccesso di debiti e creditori potevano accordarsi (ossia concluderebbero contratti) per superare il sovraindebitamento secondo una procedura di “raggiungimento” dell'accordo; procedura affidata al controllo giudiziario e fondata anche

sull'apporto di organismi di sostegno. Al cosiddetto "organismo di composizione della crisi", era infatti attribuito il generale e pervasivo compito di assumere "ogni opportuna iniziativa funzionale alla predisposizione del piano di ristrutturazione e alla buona riuscita dello stesso" (art. 15, comma 5). Dunque, un esercizio dell'autonomia privata non semplicemente secondo regole processuali (come capita ai cosiddetti contratti giudiziali) ma per di più assistito da pubblici poteri: amministrativo e giudiziario, i quali potevano esprimere decisioni *conformative* del piano di ristrutturazione, e dunque della proposta rivolta ai creditori: eterointegrando, in tal modo, il contenuto dell'atto in superamento della volontà delle parti dello stesso.

Ciò, tuttavia, non soltanto è lontanissimo dall'idea di contratto, ma per di più è quanto in qualche misura avviene in determinate procedure concorsuali come i concordati. Mentre nulla di tutto ciò capita nei contratti sulla crisi di impresa, pur disciplinati in quanto tali e pur suscettibili di un qualche controllo giudiziario che non determina mai il contenuto dell'accordo¹¹. Diventa perciò importante chiarirsi bene le idee sulla portata effettiva della novità, data da un istituto che sembrerebbe trovarsi in bilico tra contratto e procedura concorsuale di insolvenza: senza nasconderci che il permanere di zone oscure nuocerebbe ulteriormente a una esperienza applicativa finora caratterizzata dall'insuccesso.

L'art. 11, pur intitolandosi al "raggiungimento dell'accordo" e pur discorrendo di "consenso dei creditori", stabiliva che ai fini dell'omologazione dell'accordo questo "consenso" - peraltro prestabile anche per silenzio assenso - doveva essere raggiunto tra il debitore e i creditori rappresentanti almeno il sessanta per cento dell'ammontare dei crediti; precisando significativamente che ai fini del raggiungimento di tale maggioranza non erano computati i creditori garantiti per i quali la proposta prevedeva l'integrale pagamento, a meno che essi non rinunciassero in tutto o in parte alla prelazione. Inoltre, l'art. 12, comma 3, stabiliva l'obbligatorietà dell'accordo omologato per tutti i creditori già tali al momento della pubblicazione della proposta. Infine, l'art. 12, comma 2, disponeva che i creditori che non hanno aderito all'accordo - e per i quali, come detto, lo stesso è nondimeno vincolante - oltre ai creditori esclusi e a qualunque interessato potessero in sede di omologa contestare la convenienza dell'accordo.

La legge definiva come "accordo" (contrattuale) una deliberazione (concordataria)¹². Qualora i creditori esprimessero un consenso in senso

¹¹ Come accade per gli accordi di ristrutturazione dei debiti in forma "pura", assoggettati una volta raggiunti a omologazione del tribunale. Sul tema cfr. Gentili, *Autonomia assistita ed effetti ultra vires nell'accettazione del concordato*, in *Giur. comm.*, 2007, II, 350.

¹² Cfr., per l'esposizione della tesi, Di Marzio, *'Contratto' e 'deliberazione' nella gestione della*

proprio, non avrebbe senso distinguere tra creditori chirografari e creditori garantiti. La distinzione vale infatti a porre limiti al trattamento del credito nelle procedure concorsuali deliberative (nel chiaro senso che, risiedendo la garanzia del pagamento nella conversione in denaro dell'oggetto su cui grava la causa di prelazione, il creditore è escluso dalla deliberazione concordataria, la quale conseguentemente non può conformare la sua posizione creditoria). Invece, il problema non si pone nei contratti, essendo rimessa la ristrutturazione del credito non ad una deliberazione maggioritaria ma al consenso tra debitore e singolo creditore. La distinzione tra creditori garantiti e creditori chirografari nell'"accordo di ristrutturazione" del sovraindebitato si spiega agevolmente con il fatto che l'"accordo" approvato a maggioranza è efficace non soltanto rispetto ai creditori che lo hanno approvato, ma anche rispetto ai creditori in disaccordo; creditori questi ultimi che non sono affatto parti dell'"accordo", ma che nondimeno ne restano vincolati. Il che è incompatibile con il concetto di contratto (che non produce di norma effetti nei confronti dei terzi se non quando è concluso a beneficio degli stessi: cfr. art. 1372, 1411 c.c.) ed è invece tipico della deliberazione maggioritaria, la quale vale non solo per i creditori consenzienti ma anche per i creditori dissenzienti¹³.

L'esatta qualificazione della fattispecie "accordo di ristrutturazione" del sovraindebitato come procedura concorsuale anziché (e sulla scorta della assimilazione alla figura disciplinata dall'art. 182 *bis* l.f., adesso 57 c.c.i.) come contratto sulla crisi d'impresa serviva a chiarire che anche in detta procedura - di natura appunto concorsuale - vigeva la regola della parità di trattamento dei creditori, fatte salve le cause legittime di prelazione (cfr. art. 2741 c.c.)¹⁴. L'applicazione della regola della parità di trattamento era determinata dalle condizioni di legittimazione della deliberazione maggioritaria: che in tanto può vincolare anche i dissenzienti in quanto concerne una proposta di soddisfacimento uguale per tutti (o per tutti i creditori racchiusi in una classe omogenea). Dal punto di vista finalistico, questa disciplina, sicuramente estremamente più rozza di quella prevista nella legge fallimentare per il concordato preventivo, si mostrava in realtà maggiormente convincente sul piano sistematico: ciò perché in essa non si

crisi d'impresa", in *Autonomia negoziale e crisi d'impresa*, a cura di Di Marzio e Macario, Milano, 2010, 73.

¹³ Cfr. D'Attorre, *Il raggiungimento dell'accordo* in Aa.Vv., *La composizione delle crisi da sovraindebitamento*, cit., 501, che stabilisce un chiaro parallelismo tra l'art. 11 della legge sul sovraindebitamento e l'art. 177 l.f. ritenendoli entrambi espressivi dei due principi fondamentali della prevalenza dell'interesse dei creditori e della regola di maggioranza.

¹⁴ Rinvio ancora a Di Marzio, *Il diritto negoziale della crisi d'impresa*, cit., 196.

ripropone il problema, tuttora ampiamente irrisolto, della considerazione dell'impresa nel diritto rilevante.

Il piano del consumatore era parzialmente accomunato nella disciplina all'accordo di ristrutturazione (cfr. artt. 6, comma 1; 8; 9); se ne discostava per non essere ribadita a tal riguardo la regola sul consenso (da intendersi come deliberazione) dei creditori. Per l'omologazione del piano del consumatore era sufficiente la positiva delibazione del tribunale sulla fattibilità dello stesso, mentre i creditori possono soltanto contestare la convenienza del piano omologato (cfr. art. 12 *bis*). Come l'"accordo", anche il piano omologato è obbligatorio per tutti i creditori già tali al momento della pubblicazione della proposta ai sensi dell'art. 12 *bis*, comma 3 (cfr. art. 12 *ter*, comma 2).

Questa configurazione normativa corrisponde a una particolare figura di concordato rinvenibile nel diritto amministrativo della crisi d'impresa: il *concordato coattivo*. Circa la liquidazione coatta amministrativa, le regole generali prevedevano e prevedono un particolare schema concordatario, parzialmente costruito sulle regole procedurali del concordato fallimentare (cfr. art. 214 s. l.f.; 315 c.c.i.), secondo cui i soggetti legittimati alla presentazione della proposta concordataria devono essere autorizzati al deposito della stessa in tribunale dalla autorità amministrativa che vigila sulla liquidazione (e che provvede su parere del commissario liquidatore e sentito il comitato di sorveglianza); la proposta è quindi comunicata ai creditori, che non la votano ma possono opporsi alla omologazione del concordato. Il d.lgs. 8 luglio 1999, n. 270 sulla amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi prevede una soluzione concordataria assimilabile alla precedente (cfr. artt. 78 s.). Il proponente deve essere autorizzato al deposito della proposta concordataria in tribunale dal ministero dello sviluppo economico (che provvede su parere del commissario straordinario e sentito il comitato di sorveglianza); la proposta è comunicata ai creditori che possono opporsi alla omologazione del concordato secondo lo schema precedentemente illustrato. In entrambi i casi, poiché non è prevista la fase di approvazione della proposta per deliberazione dei creditori, il concordato ha natura *coattiva*: mentre costituisce in qualche misura espressione di autonomia privata del proponente, invece non costituisce espressione di autonomia dei creditori. Quest'ultimo carattere è decisivo per la ricostruzione sistematica degli istituti, i quali appaiono ontologicamente diversi dai concordati assoggettati a deliberazione. Mentre questi sono approvati dai creditori, invece quelli sono in effetti approvati, per omologazione, dal tribunale.

La giustificazione di questa peculiare configurazione, già presente nelle vecchie discipline della liquidazione coatta, è stata agevolmente

individuata nella tutela dell'interesse pubblico a cui presiede la disciplina legale¹⁵; e dunque nell'esigenza di evitare che la deliberazione negativa dei creditori vanifichi una proposta autorizzata dal potere amministrativo e perciò ritenuta conforme all'interesse pubblico. Questa giustificazione, assolutamente ragionevole sotto il profilo teleologico, non favorendo in nessun modo l'inquadramento della figura nello schema generale e conosciuto del concordato, schema imperniato sulla deliberazione dei creditori, induce l'idea che il concordato coattivo non sia altro che una procedura avviata da una istanza esecutiva e definita da un provvedimento giudiziario pur esso esecutivo.

Tali conclusioni sono riferibili anche alla procedura imperniata sul piano del consumatore, imperativamente costruita in vista della realizzazione dell'interesse, di *ordine pubblico economico* al recupero del consumatore al consumo responsabile attraverso la procedura dell'esdebitazione e la definizione ragionevole della situazione di sovraindebitamento di coloro che non svolgono una attività economica. La qualificazione del piano del consumatore come concordato coattivo implicava la natura concorsuale della procedura e dunque il rilievo della regola generale della *par condicio creditorum*, secondo quanto già esposto in tema di "accordi". L'interesse posto alla base della procedura, assicurato dall'intervento dell'organismo di composizione e del tribunale, determinava una *protezione* del consumatore che si giustificava per la sua presupposta debolezza contrattuale, presupposizione che giustificava inoltre la mancata previsione, in alternativa, di contratti protetti. La scelta di rinunciare all'istituto del contratto protetto si poneva in linea con tutta la legislazione contrattuale consumeristica, fondata sulla realistica constatazione dell'assenza di potere contrattuale del consumatore e sull'attribuzione all'autorità giudiziaria e all'autorità amministrativa di poteri conformativi sia del contratto di consumo che delle condizioni abusive contenute nei modelli contrattuali diffusi dall'impresa sul mercato.

Sia l'accordo di ristrutturazione che il piano del consumatore potevano articolarsi non solo nel senso della ristrutturazione del debito rigorosamente intesa ma anche nel senso della liquidazione del patrimonio del debitore (cfr. art. 6). In tali casi la modalità liquidatoria era oggetto di esercizio dell'autonomia negoziale (di debitore e creditori nell'accordo; del solo consumatore proponente nel piano, infatti non deliberato dai creditori).

Nella diversa fattispecie della procedura (concorsuale) di liquidazione, invece, questa modalità di composizione della crisi da sovraindebitamento

¹⁵ Cfr., in generale, Cfr. Aur. Candian, *Liquidazioni coatte amministrative*, Milano, 1940, 57; Belviso, *Tipologia e normativa della liquidazione coatta amministrativa*, Napoli, 1973, 48 ss.

prescindeva dall'esercizio dell'autonomia negoziale. Una prima ipotesi era disciplinata dall'art. 14 *ter*, e concerne la procedura di liquidazione aperta su domanda del debitore. Una seconda ipotesi era disciplinata dall'art. 14 *quater*, e concerne la procedura di liquidazione aperta, anche su istanza dei creditori, in seguito alla conversione della procedura di composizione (della crisi da sovraindebitamento) nei casi tassativi dell'annullamento dell'accordo o di cessazione degli effetti dell'omologazione per inadempimento nei confronti delle amministrazioni pubbliche; o di cessazione degli effetti dell'omologazione del piano del consumatore per compimento di atti in frode ai creditori; o di risoluzione dell'accordo per fatto imputabile al debitore; o infine di cessazione degli effetti dell'omologazione del piano del consumatore per inadempimento imputabile degli obblighi derivanti dal piano (più correttamente: dall'offerta adempitiva veicolata dal piano).

Qui l'assimilazione nel trattamento del debitore civile e commerciale si consumava, come pure si suggerì nell'antico dibattito, sul terreno del fallimento (concretizzandosi nella proposta del fallimento civile). Al diverso procedimento, a carattere negoziale e concernente la composizione del debito (procedimento diverso dal fallimento anche se non, in questo caso, a esso alternativo), subentrava una procedura liquidativa di stampo fallimentare. Né questa rinnovata primavera del fallimento, procedura concorsuale sopra tutte screditata - e ciò per la consolidata coscienza della inettitudine del fallimento a tutelare convenientemente gli interessi affidati, compreso l'interesse dei creditori - si mostrava in se stessa criticabile e inopportuna. L'inettitudine del fallimento alla tutela efficace dei creditori, strettamente connesso alla insufficiente considerazione, in quella procedura, della realtà dell'impresa, non si riscontra rispetto alla liquidazione del debitore civile. Infatti, l'inadeguatezza del fallimento alla piena tutela dell'interesse dei creditori è dovuta all'effetto di cessazione dell'attività che l'apertura della procedura normalmente comporta. Il prevalente (e sostanzialmente assorbente) carattere di esecuzione collettiva sui beni del debitore, proprio della procedura di fallimento, si mostra inconciliabile con il carattere "dinamico" della responsabilità patrimoniale d'impresa. Nel caso del debitore civile deve invece affermarsi il contrario, giacché il carattere "statico" della responsabilità patrimoniale che viene in rilievo fa apparire il fallimento (o comunque una procedura condotta su regole di matrice 'fallimentare') una soluzione non soltanto del tutto appropriata ma anche certamente preferibile all'esecuzione individuale in cui, per l'insolvenza del debitore, non solo potrebbero trovarsi affollate le pretese di un numero eccessivo di creditori, ma potrebbero essere iniquamente premiate le

iniziative dei creditori più scaltri e reattivi.

La differenza fondamentale che permaneva tra procedura di liquidazione e fallimento è nel fatto – sorprendente – che, mentre quest'ultimo poteva essere dichiarato aperto non soltanto su domanda del debitore ma anche sul domanda del creditore oltre che su richiesta del pubblico ministero, invece la liquidazione del sovraindebitato presupponeva la domanda dell'interessato; era prevista anche l'iniziativa del creditore, la quale era tuttavia esperibile solo in caso di inadempimento del debitore, frode o altre condotte sleali connesse alla procedura di ristrutturazione (va ricordato: attivata, con legittimazione riservata, dal debitore).

6. Il sovraindebitamento nella legge delega

Prevede l'art. 9, comma 1, che nell'esercizio della delega il Governo proceda al riordino e alla semplificazione della disciplina sul sovraindebitamento contenuta nella l. n. 3 del 2012. L'occasione era importante perché ha consentito di riscrivere in modo meno approssimativo una disciplina pregiudicata dalla scarsa qualità del testo¹⁶. L'obiettivo del riordino e della semplificazione si impone rispetto ai principi della delega, che riguardano aspetti non centrali, e spesso marginali o secondari, che non colgono gli aspetti di criticità appena segnalati (la natura dell'“accordo”; la legittimazione alla domanda di apertura della liquidazione) . Sicuramente, alcuni spunti rinvenibili nella delega appaiono illuminanti, così il principio per cui nella procedura dovranno essere ricompresi i soci illimitatamente responsabili (art. 9, comma 1, lett. a)): che si allinea a quello fissato dall'art. 6, comma 1, lett. o), sui presupposti per l'estensione degli effetti esdebitatori ai soci illimitatamente responsabili che siano garanti della società.

Per il resto, i principi della delega riguardano questioni anche rilevanti ma mai centrali. In primo luogo, è stabilita l'individuazione di criteri di coordinamento nella gestione delle procedure per sovraindebitamento riguardanti più membri della stessa famiglia (art. 9, comma 1, lett. a)). Inoltre, nella relazione dell'organismo dovrà essere indicato se il soggetto finanziatore ai fini della concessione del finanziamento abbia tenuto conto del merito creditizio del richiedente valutato in relazione al suo reddito disponibile dedotto l'importo necessario a mantenere un dignitoso tenore

¹⁶ Cfr. Ibba, *Liberalizzazioni, efficienza del sistema economico e qualità della produzione legislativa*, in *Giur. comm.*, 2013, 242.

di vita (art. 9, comma 1, lett. a)). Circa il piano del consumatore, si prevede che esso possa comprendere anche la ristrutturazione dei crediti derivanti da contratti di finanziamento con cessione del quinto dello stipendio o della pensione e dalle operazioni di prestito su pegno (art. 9, comma 1, lett. d)). È poi fissata una direttiva sulle misure sanzionatorie, eventualmente di natura processuale, con riguardo ai poteri di impugnativa e di opposizione a carico del creditore che abbia colpevolmente contribuito all'aggravamento della situazione di indebitamento (art. 9, comma 1, lett. l)).

L'art. 9, comma 1, lett. b), detta un principio in raccordo a quello, fissato in via generale in tema di continuità aziendale, dall'art. 2, comma 1, lett. g), concernente l'elaborazione di soluzioni volte a promuovere la continuazione dell'attività svolta dal debitore, nonché le modalità della loro eventuale conversione nelle soluzioni liquidatorie (in cui, per le imprese, potrà realizzarsi la c.d. continuità aziendale indiretta). Il principio lascia perplessi perché, nella sua univocità, sembra contraddire l'assunto di base della disciplina del sovraindebitamento dell'operatore economico non fallibile: ossia l'irrelevanza dell'attività economica esercitata. In altri termini, regole sulla continuità aziendale, in quanto in protezione dell'impresa, si giustificano molto difficilmente nella disciplina del sovraindebitamento: a meno che non siano funzionalizzate alla tutela (non dell'impresa ma) del soggetto debitore.

Infine, la legge delega ampliando il raggio delle ipotesi finora previste, dispone che l'iniziativa per la conversione in procedura liquidatoria nei casi di frode o inadempimento dovrà essere attribuita non solo al tribunale ma anche ai creditori e al pubblico ministero (art. 9, comma 1, lett. m)). Il che riduceva, ma non rimuoveva, il problema segnalato al riguardo.

7. Il sovraindebitamento nel codice. Contratti

Il codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza reca disposizioni sui doveri del debitore coinvolto in un contratto o in una procedura di insolvenza. L'art. 4 c.c.i. prevede che nelle procedure e nei contratti, oltre che nelle trattative che li precedono, il debitore e i creditori devono comportarsi secondo correttezza e buona fede. Attraverso il richiamo della clausola generale della buona fede – che costituisce il fondamentale dovere del debitore e del creditore secondo l'art. 1175 c.c. - il paradigma del rapporto obbligatorio, già valido per l'intero diritto civile, è stabilito come *criterio ordinante* anche del diritto speciale.

Il generale dovere di buona fede del debitore è specificato in tre ordini di lealtà: lealtà informative; lealtà di azione; lealtà di gestione. In primo luogo il debitore ha il dovere di una esaustiva informazione ai creditori di tutto ciò che concerne la condizione dell'impresa e la strategia di contrasto alla crisi d'impresa e all'insolvenza. In secondo luogo, sempre al fine di non pregiudicare ulteriormente i diritti dei creditori, il debitore ha il dovere di assumere tempestivamente le iniziative idonee alla rapida definizione della procedura. Infine, il debitore ha il dovere di gestire il patrimonio destinato all'impresa o l'impresa coinvolti nella procedura di regolazione della crisi e dell'insolvenza nell'interesse, definito prioritario, dei creditori.

Tutti i doveri del debitore sono indirizzati alla realizzazione dell'interesse dei creditori. Benché abbiano ad oggetto l'informazione sulla crisi d'impresa, l'iniziativa sulla crisi d'impresa e la gestione dell'impresa in procedura, l'interesse che deve guidare la scelta del debitore è sempre la tutela ottimale dei creditori.

Nella relazione tra debitore e creditori, incentivata ai fini della ristrutturazione del debito, si aprono spazi per abusi e condotte illecite, dannose verso terzi estranei alle trattative e agli accordi. Nella distanza che corre tra protezione di tentativi contrattuali di ristrutturazione condotti in buona fede e senza perseguire scopi fraudolenti da un lato e contratti finalizzati a minimizzare i costi dell'insolvenza tra le parti per caricarli su terzi innocenti dall'altro, si apre lo spazio di discussione sul tema, non ancora sufficientemente indagato, della responsabilità a cui si espongono i protagonisti delle trattative avviate per la conclusione di contratti sulla crisi d'impresa.

In questo contesto generale va collocata la più rilevante novità introdotta nel codice: la possibilità per il debitore sovraindebitato, diverso dal consumatore, di fruire della disciplina degli accordi attuativi di piani aziendali di risanamento (art. 56 c.c.i.). Mentre infatti gli accordi di ristrutturazione debiti risultano testualmente riservati ai cosiddetti "imprenditori non minori" (art. 57, comma 1, c.c.i.) questa limitazione non è prevista per gli accordi sui piani attestati.

Sarebbe certamente preferibile che in sede di correttivo, la disposizione fosse ulteriormente modificata, dichiarando *espressamente* che tali accordi sono esperibili anche dai cosiddetti "imprenditori minori"; ma questi ultimi debbono ritenersi comunque ricompresi tra i destinatari della disciplina. La novità è grande perché, come esposto, gli accordi di ristrutturazione del sovraindebitato costituiscono in realtà procedure di stampo concordatario; pertanto, al momento, per l'insolvenza civile non sono previste fattispecie contrattuali di ristrutturazione, finalizzate a realizzare una protezione dell'attività esecutiva dalle azioni di risarcimento danni e di conservazione

della garanzia patrimoniale che potrebbero essere esperite dai creditori rimasti estranei agli accordi. Cosicché, per la prima volta, accanto alla generale modalità contrattuale realizzata sul mercato con esclusiva ottemperanza alle regole del codice civile, anche per il debitore sovraindebitato (diverso dal consumatore) si apre la possibilità di concludere contratti in considerazione di regole aggiuntive stabilite nel diritto dell'insolvenza.

L'importanza della novità si coglie appieno considerando che l'intero sistema dell'autotutela del credito è inteso a favorire il meccanismo di selezione degli imprenditori inefficienti attraverso la mancata protezione giuridica dei contratti stipulati con questi soggetti inaffidabili. Così come chi si trova ad essere creditore di un debitore insolvente può attivare poteri di autotutela per liberarsi da questa scomoda posizione, allo stesso modo chi non è ancora creditore e accetta di concludere contratti con imprenditori insolventi sopporta una serie notevole di rischi. Primo fra tutti, il rischio dell'inadempimento; ma accanto a questo rischio interno al rapporto vi sono rischi esterni, relativi alle azioni per danni che possono essere avviate da tutti coloro che si ritengono danneggiati dall'attività contrattuale e dal ritardo nell'apertura della procedura concorsuale. Questi gravi rischi, che di solito inducono alla prudenza i creditori e impediscono la conclusione di contratti di ristrutturazione del debito (nelle forme dei contratti "stragiudiziali") possono essere contenuti se la contrattazione si effettua sotto la protezione del diritto, protezione che può essere concessa se il contratto è finalizzato, in conformità all'interesse della comunità dei creditori (e anche all'interesse pubblico) alla ristrutturazione¹⁷.

La protezione può assumere una diversa intensità. In primo luogo, possono essere stabilite regole *sostanziali* di salvaguardia dei contratti dalle azioni di danno e dalle azioni revocatorie. In secondo luogo, possono essere stabilite regole *procedurali* all'interno delle quali deve essere contenuta la trattativa precontrattuale e deve essere concluso l'accordo raggiunto, con ulteriore resistenza dei contratti alle aggressioni dei terzi danneggiati.

L'intensità dei rischi della contrattazione in occasione dell'insolvenza è ripagata dall'efficienza dello strumento. La conclusione di contratti (accordi stragiudiziali, piani attestati, accordi di ristrutturazione dei debiti) di ristrutturazione (dell'impresa e) del debito con i creditori costituisce il metodo più efficiente e di maggior successo per superare situazioni di crisi tempestivamente affrontate.

C'è poi da fare un'ulteriore considerazione. Come accennato, la ristrutturazione dei debiti può essere formalizzata in un piano posto alla base

¹⁷ Cfr. Provinciali, *Trattato di diritto fallimentare*, IV, Milano, 1974, 2756 ss.: "concordemente si costruisce la nozione di questo concordato sotto l'aspetto di un accordo che ha per *causa* di evitare il fallimento".

non solo di contratti, ma in alternativa, di concordati deliberativi (concordato preventivo, fallimentare, concordato nella amministrazione straordinaria delle imprese c.d. 'grandissime'), o di concordati coattivi (concordato nella liquidazione coatta amministrativa e nella amministrazione straordinaria di cui al d.lgs. n. 270 del 1999; piano del consumatore sovraindebitato).

Queste tre strutture della decisione condizionano diversamente le possibilità della ristrutturazione, secondo un ventaglio che gode della massima apertura nei contratti, e dell'apertura minima nei concordati coattivi. Questo effetto dipende dal fatto che nella ristrutturazione dei debiti programmata in un piano pensato per costituire base di un contratto sulla crisi di impresa la struttura della decisione non determina alcun tipo di condizionamento. La proposta di accordo è indirizzata individualmente a ciascun creditore, ed è calibrata con riguardo allo specifico rapporto obbligatorio, pure essendo quest'ultimo considerato nel contesto della generale strategia di superamento della crisi della impresa e dunque di recupero dello stato di solvibilità del debitore. Poiché la struttura della decisione si esaurisce nel consenso del singolo creditore sulla proposta contrattuale a lui rivolta, il contenuto della proposta è del tutto libero. La tutela del diritto di credito è infatti assicurata dall'esercizio della libertà contrattuale del creditore: che potrà rifiutare la proposta, prospettare una controproposta oppure accettare la proposta, con ciò legittimando in pieno la conformazione del rapporto obbligatorio secondo quanto convenuto. La proposta non soffre pertanto limiti contenutistici di sorta, potendo il debitore liberamente determinarne il *contenuto* nei limiti imposti dalla legge (cfr. art. 1322 c.c.). Per tale ragione l'art. 56, comma 1, c.c.i. si limita a disporre che il debitore può proporre ai propri creditori un accordo su un piano di ristrutturazione dei debiti: limitandosi ad un generico riferimento alla funzione (ristrutturazione dei debiti) senza aggiungere nulla sui possibili contenuti della proposta.

Questa amplissima libertà di contenuto si estende ben oltre la specifica area tematica del credito impagato; in particolare, la proposta di accordo può anche essere integrata da profili diversi la cui connessione con il rapporto obbligatorio può essere preesistente o anche essere stabilita nella proposta medesima (pertanto, la ristrutturazione del singolo debito può essere calibrata in considerazione della relazione economica intercorrente tra debitore e creditore e degli sviluppi che la stessa può subire).

La conseguenza più evidente di tale libertà contenutistica è nella possibilità che la proposta concerna *anche* l'assunzione di obbligazioni o di responsabilità da parte del creditore (come discende dalla stipula di un contratto preliminare o dalla acquisizione di una partecipazione in

una società di persone o dall'assunzione della funzione amministrativa in una società di capitali). La proposta resta pertanto assoggettata alle regole generali sulla liceità, validità ed efficacia degli atti unilaterali a contenuto patrimoniale e dei contratti, senza che il diritto della crisi di impresa fornisca regole aggiuntive ed ulteriormente limitative.

In sintesi, la necessità del *consenso* del creditore costituisce la difficoltà, ma anche la forza dello strumento contrattuale. Se per la conformazione del credito si richiede il consenso del titolare dello stesso, allora è da escludere la necessità di ogni regola limitativa dello spazio determinativo della proposta fondata sulla preoccupazione di controllarne gli effetti rispetto al creditore che non ritiene di aderire alla proposta medesima. In questa forza del contratto è anche espressa una preziosa opportunità per il debitore (e i suoi creditori); da qui l'importanza dell'innovazione codicistica sull'estensione dello strumento all'imprenditore minore sovraindebitato.

8. (segue) *Procedure concorsuali*

Se a questo punto concentriamo il discorso sulla disciplina appositamente dedicata al sovraindebitamento, a giudicare dallo schema assunto nel codice, sembra che il legislatore, che si è curato di attribuire il contratto protetto anche all'imprenditore minore, per il resto abbia confermato il carattere di *procedura concorsuale* di tutti gli strumenti in rimedio del sovraindebitamento, accentuando l'evidenza di tale carattere nel testo delle regole positive.

La stessa collocazione delle disposizioni nel codice è suggestiva. La disciplina è nel titolo IV, dedicato agli strumenti di regolazione della crisi, precisamente, nel capo II: dopo il capo I dedicato ai contratti protetti e prima del capo III dedicato al concordato preventivo. Ricca di riferimenti è inoltre l'intitolazione del capo II, rubricato alle *procedure* di composizione della crisi da sovraindebitamento, senza che vi sia spazio per riferimenti ad ipotetici accordi o contratti.

La struttura delle procedure ne conferma il carattere concorsuale. Il piano di ristrutturazione dei debiti del consumatore (artt. 67 ss.) è assoggettato, anche nel codice, ad omologazione e alla opposizione dei creditori dissenzienti: secondo lo schema del concordato coattivo. Per i debitori diversi dal consumatore è previsto non più un accordo di ristrutturazione dei debiti ma un "concordato minore" (artt. 74 ss.), articolato secondo il modello del concordato: presentazione della domanda;

istruttoria e valutazione di ammissibilità della proposta e della fattibilità del piano, approvazione da parte dei creditori attraverso una deliberazione maggioritaria, omologazione del tribunale. Infine, è prevista una procedura di liquidazione controllata (art. 268 ss. c.c.i.) scandita secondo le classiche tappe della liquidazione giudiziale: apertura della procedura; inventario; accertamento dei crediti; liquidazione; riparto; chiusura.

In queste regole gli scopi del codice si declinano più nettamente, e con meno contraddizioni tra dichiarazioni formali (sulla tutela primaria dei creditori) e realtà sostanziale (delle tutele di un ordine di interessi più vasto, connesso alla continuità dell'impresa). Poiché nella disciplina del sovraindebitamento non c'è l'ingombro concettuale dell'impresa, il paradigma del rapporto obbligatorio riesce a definire esaurientemente l'ordine di problemi dell'insolvenza civile secondo gli schemi tradizionali dell'insolvenza commerciale (le vecchie idee sul fallimento e sul concordato preventivo).

La disciplina è dedicata all'insolvenza del consumatore, del professionista e del cosiddetto "imprenditore minore", ossia di colui che dirige un'organizzazione d'impresa di dimensioni modeste; quelle stesse dimensioni che, nel diritto in vigore, determinano ai sensi dell'art. 1 l.f., segnano la soglia di non fallibilità. L'insieme dei destinatari dunque è composito; ma sembra evidente che l'importanza dell'impresa sia estremamente ridotta: sia perché il consumatore e il professionista sono figure diverse dall'imprenditore (inteso anche nella vasta accezione economica accolta in sede comunitaria); sia perché gli imprenditori minori controllano imprese modeste nell'organizzazione. Nonostante qualche incertezza e opacità nella ricostruzione dei soggetti a cui è rivolta la disciplina, si può dire che essa è sostanzialmente destinata al "debitore civile".

L'inclusione dell'imprenditore minore tra i destinatari delle procedure conferma sicuramente le complicazioni teoriche e pratiche che affliggevano la legge sul sovraindebitamento, in quanto, come accennato, anche sotto il profilo della responsabilità patrimoniale la realtà dell'impresa, per quanto di ridotte dimensioni, è comunque diversa e incommensurabile rispetto alla realtà che determina l'insolvenza civile. Se a queste considerazioni si aggiunge che l'intera struttura del concordato minore corrisponde a quella del concordato preventivo (di cui si limita a costituire una versione semplificata), ecco che la scelta di isolare il trattamento concorsuale dell'imprenditore minore nell'ambito del sovraindebitamento anziché in quello dell'insolvenza d'impresa, rischia di apparire ulteriormente criticabile.

Eppure, dalla scelta del legislatore di confermare gli assetti della l. n. 3 del 2012 emerge una indicazione sulla *direzione* della tutela. L'impresa

e l'insolvenza dell'imprenditore sollevano attenzioni e problemi molto diversi dall'attività di consumo e dell'insolvenza del consumatore. Ma, nella prospettiva della tutela degli interessi, queste differenze si attenuano enormemente fino quasi a scomparire. Un'impresa piccola o piccolissima, di dimensioni talmente trascurabili da non essere assoggettabile alla liquidazione giudiziale, non solleva problemi di continuità aziendale (e di tutela degli interessi connessi) effettivamente eccedenti rispetto alla tutela dei creditori: che quindi soddisfa appieno le finalità della regolamentazione. Nella prospettiva degli interessi tutelati, ciò che infatti conta nella realtà dell'impresa non è il carattere dinamico, che contrassegna l'attività, ma il livello di complessità che caratterizza l'*organizzazione aziendale*.

Nel mondo del diritto il fenomeno economico dell'impresa è stato concettualmente acquisito nella differenza che corre tra la categoria dell'"atto giuridico" e quella dell'"attività", pur essa giuridica¹⁸; invece l'organizzazione economica è stata per così dire sottostimata nell'ottica patrimoniale che caratterizza la definizione dell'azienda nell'art. 2555 c.c.¹⁹ Eppure, gli interessi connessi all'impresa sono ampiamente dipendenti dalla complessità dell'organizzazione messa in esercizio, piuttosto che dal puro movimento economico in cui quell'esercizio consiste. Ecco perché le dimensioni dell'impresa - talmente decisive da giustificare un diverso trattamento concorsuale, di natura amministrativa, per le imprese di grandissime dimensioni, infatti assoggettate alle leggi sull'amministrazione straordinaria - fanno la differenza nella tutela, e consentono di ridurre notevolmente l'attrito concettuale tra insolvenza commerciale e insolvenza civile rendendo compatibili le discipline del sovraindebitamento per le piccole insolvenze commerciali.

9. *Compressione dei diritti dei creditori*

Sempre per tutte le ragioni esposte, nel caso del sovraindebitamento lo schema del rapporto obbligatorio appare ricomprendere tutti gli interessi protetti. Rispetto al diritto tradizionale italiano, si realizza però un apprezzabile riorientamento della tutela tra i due protagonisti del rapporto obbligatorio. La disciplina è finalizzata a consentire al debitore il superamento di

¹⁸ Scrive Auletta, *Attività (dir. priv.)*, in *Enciclopedia del diritto*, III, Milano, 1958, 982, l'attività è un "insieme di atti di diritto privato coordinati o unificati sul piano funzionale dalla unicità dello scopo".

¹⁹ Cfr. Ant. Rossi, *Il valore dell'organizzazione dell'impresa*, in *Riv. dir. comm.*, 2009, I, 603 ss.

una condizione di esclusione dalla vita economica, temperato con un ragionevole soddisfacimento dei creditori. Cosicché, anche nella disciplina del sovraindebitamento la tutela dei creditori subisce una compressione.

Nella procedura di ristrutturazione prevista per il consumatore la compressione dei diritti dei creditori assume una conformazione particolare, data dallo schema del concordato coattivo ossia del concordato sottoposto a verifica e ad approvazione da parte non dei creditori ma dal giudice. In questo modo l'esito positivo per il consumatore è notevolmente favorito. La disciplina è contenuta nell'art. 70 c.c.i., dov'è previsto che il giudice, se considera ammissibile piano e proposta, ne dispone la pubblicazione; ogni creditore può presentare osservazioni; in ogni caso, il giudice verificata l'ammissibilità e la fattibilità del piano e risolta ogni contestazione, dispone l'omologazione. Ai creditori (e a qualsiasi altro interessato) è attribuito il potere di contestare la convenienza della proposta, ma è il giudice è tenuto ad omologare il piano qualora possa ritenere che il credito dell'opponente possa essere soddisfatto dell'esecuzione del piano in misura non inferiore alla alternativa liquidatoria. Il provvedimento del giudice è reclamabile davanti alla corte d'appello. Ebbene, la sottrazione del piano alla approvazione dei creditori - che possono limitarsi a presentare osservazioni e a contestare la convenienza del piano davanti al giudice che deve decidere l'omologazione senza che il piano sia stato sottoposto preventivamente ai creditori - è chiaramente intesa a facilitare l'omologazione del concordato. Ai creditori è sottratto il potere di autotutela del credito nel concordato, che invece costituisce un potere ordinariamente riconosciuto nell'ambito del diritto ordinario della crisi d'impresa.

Nel caso del concordato minore riservato al professionista e all'impresa di ridotte dimensioni assistiamo comunque a una compressione dei diritti dei creditori, ancorché meno marcata di quanto capita nel caso del concordato coattivo previsto per il piano del consumatore. Se infatti si paragona la tutela dei creditori nel concordato preventivo e nel concordato minore emergono delle notevoli differenze. La più rilevante concerne l'approvazione della proposta, giacché - a differenza di quanto capita nel concordato preventivo - può avvenire per silenzio-assenso (art. 79, comma 3, c.c.i.). Si determina così una notevole compressione dei diritti dei creditori, al momento prevista nel codice soltanto nell'art. 244 in caso di approvazione del concordato di liquidazione.

Un'altra caratteristica delle procedure di sovraindebitamento intesa a comprimere i diritti dei creditori è data dalle disposizioni che nel piano del consumatore considerano la condotta pregressa di taluni creditori che si sono resi complici della situazione di sovraindebitamento venutasi a

creare in capo al debitore (artt. 68 comma 3; 69 comma 2 c.c.i.). Nella disciplina del concordato minore disposizioni simili sono contenute, rispettivamente, nell'art. 76 comma 4 e nell'art. 80 comma 4.

10. *Conclusioni*

Il discorso fin qui svolto conferma che quando con la legge sul sovraindebitamento è stata introdotta la regolamentazione della gestione concorsuale dell'insolvenza civile si è certamente conseguito un ampliamento del diritto delle procedure concorsuali, ma al prezzo di uno sfaldamento di quel sistema: da allora in avanti divaricato in due settori molto diversi l'uno dall'altro e differenzialmente compatibili con il sistema del diritto privato generale.

Il diritto della crisi d'impresa, poiché vorrebbe (come indica la stessa denominazione) occuparsi del problema dell'impresa, invece abbastanza estraneo al codice civile, dovrebbe essere sostenuto da una maggiore ambizione di *autonomia*, e porsi come avanguardia del diritto privato dell'impresa: un diritto speciale da collocare accanto al diritto privato generale, di cui dovrebbe riprendere le architetture concettuali per *modellarle* subito dopo secondo le esigenze che segnano la distanza che dovrebbe correre tra il diritto dell'atto e il diverso diritto dell'attività (economica).

A sua volta il diritto del sovraindebitamento dovrebbe essere finalmente compreso nelle sue essenziali caratteristiche di diritto speciale armonicamente inserito nel contesto generale del diritto patrimoniale. Il carattere di specialità dovrebbe essere ricercato non solo nel trattamento concorsuale a cui è sottoposto il patrimonio responsabile, ma soprattutto nella possibilità della esdebitazione connessa alla omologazione del piano del consumatore o del concordato minore oppure anche alla chiusura della liquidazione controllata.

L'effettiva acquisizione di questa consapevolezza dovrebbe consentire un passo ulteriore: che affrancherebbe l'intero settore del sovraindebitamento dal condizionamento costrittivo del possibile effetto esdebitativo connesso alle procedure concorsuali. Se si conviene che la specialità di questo diritto risiede soprattutto nella possibilità dell'esdebitazione, ma non anche *esclusivamente* in questa possibilità, bensì pure nel carattere *concorsuale* delle procedure di cui si compone, allora diviene inevitabile considerare che proprio quel carattere concorsuale costituisce il ponte concettuale che tiene insieme le procedure concorsuali del sovraindebitamento con le procedure concorsuali tradizionali; e, nell'ambito delle une e delle altre, con

le fattispecie dei contratti protetti (quelle condivise tra i due settori, come gli accordi attuativi di piani attestati e quelle esclusive dell'imprenditore maggiore, come gli accordi di ristrutturazione dei debiti).

Ecco allora che un'esigenza di armonia sistematica interna al diritto delle procedure concorsuali richiedeva di rimuovere una ingiustificata differenza circa la legittimazione all'istanza o alla richiesta del apertura di una procedura concorsuale di liquidazione. Nelle precedenti versioni del codice tale legittimazione restava confinata al debitore nel caso del sovraindebitamento (art. 268, comma 1, c.c.i.), mentre, per tradizione, il fallimento prima e oggi la liquidazione giudiziale possono essere aperti non soltanto per iniziativa del debitore ma - ed è l'ipotesi più frequente - per iniziativa dei creditori o anche per iniziativa del pubblico ministero.

Dunque, sia per il diritto vigente sia per il diritto prospettico, la procedura di liquidazione era rimessa alla legittimazione riservata del sovraindebitato alla stregua di quanto capita per le procedure di ristrutturazione. Le uniche limitazioni a questa riserva di legittimazione attiva erano integrate da situazioni in cui la legge intende sanzionare la scorrettezza del debitore nel fruire delle procedure di ristrutturazione rimesse alla sua istanza di apertura. La procedura di liquidazione ricadeva pienamente sotto il controllo del debitore (che, se non vuole correre rischi, può astenersi dall'avviare una procedura di ristrutturazione).

Si delineavano pertanto a due concezioni diametralmente opposte della liquidazione del sovraindebitato: valutata come *opportunità* ma valutata anche come *sanzione*. Occorre tuttavia considerare che la liquidazione può costituire un'occasione soltanto per il debitore che possa sperare nell'esdebitazione; mentre per qualsiasi altro debitore costituirebbe al più un esito indifferente. Nei casi di estensione della legittimazione all'istanza di apertura della liquidazione controllata la condotta del debitore che funge da presupposto al conferimento del potere esclude la possibilità della futura esdebitazione. In questo senso si comprende la scelta del legislatore. La liquidazione controllata può costituire opportunità e sanzione, ma per debitori diversi e mai per il *medesimo* debitore.

Ma una conquista piena di razionalità presupponeva un passo ulteriore, e il completamento del parallelismo tra liquidazione controllata e liquidazione giudiziale. In quest'ultima procedura è pur sempre possibile l'esito della esdebitazione per il debitore meritevole; ma la ragione della procedura non si esaurisce in questa possibilità (che non a caso rimane tale, dipendendo dalla condotta tenuta dal debitore comunque assoggettato a liquidazione). Lo stesso dovrebbe valere per la liquidazione controllata. La procedura non

dovrebbe essere a disposizione del debitore onesto e non dovrebbe essere imponibile soltanto al debitore in mala fede. Dovrebbe, in altri termini, essere disponibile anche per i creditori.

Quando Vivante scriveva del fallimento civile si concentrava appunto sulla procedura di liquidazione, e non aveva certamente in mente procedure di ristrutturazione. Coglieva appieno il valore organizzativo della concorsualità. La sua difesa del fallimento civile era argomentata proprio sulla maggiore razionalità della procedura collettiva rispetto alla procedura esecutiva individuale per il trattamento di un problema come l'insolvenza (civile o commerciale che fosse). Avvertiva il futuro legislatore, e dunque *anche* il legislatore del codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza, sulla necessità di apprestare rimedi perché, come diceva lui, la *libertà* delle esecuzioni individuali non costituisca un *premio* per i creditori più svegli (più pronti, più vicini, meno scrupolosi); a scapito – ammoniva - dei più benevoli e dei più lontani.

Ho segnalato tutto questo in sede di parere richiestomi dal ministero. Nella versione oggi in vigore l'art. 268, comma 2, prevede che la domanda di apertura della liquidazione può essere presentata anche da un creditore, ed anche in pendenza di procedure esecutive individuali. In tal modo, il cerchio si chiude.