

Aristotele, Holmes e i creditori estranei (note a margine della legge n. 3 del 2012)

Dopo talune letture, qualche convegno (ultimo quello di Narni del maggio di quest'anno) e molte discussioni, resto dell'idea che un fantasma attraversi la procedura di sovraindebitamento di cui alla L. 3 del 2012. E' il fantasma del fallimento, inteso non come procedura concorsuale ma come insuccesso, inutilità, delusione di decennali attese e di molte speranze.

Il fantasma ha un nome: si chiama lettura contrattualistica della procedura, una lettura non unanime, ma che trova autorevoli sostenitori.

Se l'accordo raggiunto ai sensi dell'art. 11 e omologato ai sensi dell'art. 12 costituisce un contratto riconducibile all'archetipo dell'art. 1321 c.c., ne deriva anche la conseguente applicazione del principio sancito dall'art. 1372, co. 2, c.c. che esclude i terzi dall'ambito dei destinatari degli effetti negoziali (salvo i casi previsti dalla legge: contratto a favore di terzi).

All'opposto si colloca una lettura del procedimento di sovraindebitamento, per cui l'accordo eventualmente conseguito si iscriverebbe all'interno dei moduli aggregativi del consenso che, nell'ambito del paradigma della soluzione consensuale della crisi (d'impresa), privilegiano in senso omogeneizzatorio il modello concordatario.

Siamo, dunque, di fronte ad una espansione della autonomia negoziale finalizzata alla formazione di un contratto secondo le regole dell'art. 1326 c.c. oppure ad una declinazione del principio di eteronomia legale (per usare le significative espressioni di C 18864/11)?

Per meglio mettere a fuoco i termini del dilemma è bene rammentare che, vera l'interpretazione contrattualistica, l'accordo/contratto vincolerebbe solo gli aderenti ovvero il debitore proponente e i creditori che avessero manifestato esplicitamente il proprio consenso: i creditori dissenzienti (o silenti, che è tutt'uno) non potrebbero subire alcuna alterazione del proprio statuto (art. 1372 c.c.) a seguito di *res inter alios acta*, con la conseguenza che dopo l'omologa dell'accordo (o forse ancor prima, una volta esplicitato il proprio dissenso) potrebbero pretendere l'esatto adempimento del proprio credito, inalterato sia nel *quantum*, che nei tempi e modi di soddisfazione.

Potrebbero, inoltre e per lo stesso principio, aggredire in via espropriativa quegli stessi beni destinati alla soddisfazione dei creditori interni all'accordo omologato, in quanto quella pur indiretta (art. 13, co 4), ma efficace (art. 19, co. 1) segregazione del patrimonio del debitore che si realizza a protezione della corretta esecuzione della ristrutturazione omologata costituisce limite all'azione dei creditori vincolati (oltre che del debitore e del

soggetto incaricato della esecuzione: liquidatore e fiduciario ex art. 7, co. 1, ultimo periodo) non certo dei terzi, quali sarebbero i creditori che non avessero prestato il loro consenso.

L'enormità della conclusione ha indotto gli interpreti contrattualisti a correre ai ripari, individuando una soluzione di compromesso tale da coniugare (con qualche contraddizione) il pagamento integrale (sostanziale non alterazione dello statuto del creditore) con il permanere degli effetti protettivi e inibitori ex art. 12, co. 3, oltre che con la collegata possibilità di moratoria ex art. 8, co. 4 (modesta alterazione statutaria quanto ai tempi del pagamento).

In definitiva, *la soluzione è stata individuata nella attribuzione ai creditori non consenzienti del ruolo e della disciplina dei creditori estranei*, così definiti quelli considerati dall'art. 7, co. 1, primo periodo.

Per la verità non è chiarissimo come si colleghino le due proposizioni (natura contrattuale della procedura di sovraindebitamento e identificazione dei dissenzienti nei creditori estranei), ma è certo che esse vengono strettamente correlate. Sapere quale delle due abbia il compito di validare l'altra è un pò come sciogliere il tradizionale enigma della pre-nascita dell'uovo oppure della gallina.

E' pur vero che quello della collocazione sistematica (nell'area della autonomia privata oppure in quella della eteronomia legale) costituisce un enigma per l'interprete, perché la L. 3/2012 non contiene una norma *tranchant* come quella dell'art. 184, co. 1 l.f..

Occorre dunque *investigare* nel contesto normativo alla ricerca di prove, o quantomeno di indizi, che possano falsificare o confermare le possibili congetture: del resto, la logica della scoperta è propria dei filosofi della scienza come degli investigatori e dovrebbe esserlo anche degli interpreti della norma, che della natura degli uni e degli altri in qualche modo partecipano.

A) La Congettura contrattualistica.

La procedura d'insolvenza civile ha natura contrattuale e, *dunque*, i creditori non consenzienti sono i creditori estranei oppure i creditori estranei sono i creditori dissenzienti e, *dunque*, la procedura d'insolvenza civile ha natura contrattuale?

Il più famoso investigatore dell'antichità (investigatore della conoscenza umana), il sommo Aristotele, aveva individuato i due seguenti modelli d'inferenza ovvero di passaggio da una proposizione assunta come vera ad un'altra la cui verità è desunta dalla prima: il primo è un procedimento che risale dal caso particolare ad una legge di valore generale e universale, il secondo, al contrario, procede dall'universale al particolare. Il

primo metodo è quello induttivo (la cui scoperta Aristotele attribuisce a Socrate), il secondo quello deduttivo (sillogismo aristotelico); il primo è astrattamente idoneo a condurre a verità prima ignote, ma rischia l'arbitrarietà (inferenza ampliativa solo probabile), il secondo trae da verità note le conseguenze possibili quale strumento di conoscenza degli effetti (inferenza non ampliativa ma necessaria).

La scelta del metodo da applicare al nostro caso (svelare l'enigma della collocazione sistematica della procedura di sovraindebitamento) non è semplice, anche perché non risulta chiaro (per limiti di chi scrive) quale percorso abbia fino ad oggi privilegiato l'interpretazione della L. 3/2012.

Per non sbagliare, proveremo ad applicarli entrambi per ottenere validazioni o falsificazioni incrociate.

In breve, è presumibile che ove Aristotele avesse avuto modo di cimentarsi nell'ardua impresa di comprendere il nostro legislatore, avrebbe così riassunto la questione nei suoi termini metodologici alternativi:

Percorso induttivo:

- a) I creditori estranei sono i creditori dissenzienti.**
- b) I creditori dissenzienti, *dunque*, vengono pagati regolarmente.**
- b) La procedura di sovraindebitamento ha, *dunque*, natura contrattuale.**

Sillogismo deduttivo:

- a) La procedura di sovraindebitamento ha natura contrattuale.**
- b) I creditori dissenzienti, *dunque*, vengono pagati regolarmente.**
- c) I creditori estranei sono, *dunque*, i creditori dissenzienti.**

Come si vede, quale che sia il metodo d'indagine adottato, il termine medio dei due procedimenti conoscitivi (pagamento regolare dei creditori dissenzienti) non muta, mutando invece per inversione la proposizione iniziale e quella finale, che a seconda dei casi assumono ora il ruolo di particolare dal quale risalire all'universale (induzione) o di universale dal quale discendere al particolare (deduzione).

Presumo che Aristotele avrebbe attribuito il carattere di generalità alla natura della procedura piuttosto che alla qualificazione dei creditori estranei, ma anche a ritenere viceversa nulla muterebbe nei ragionamenti che seguono (salvo l'inversione).

E poiché il lettore della legge s'imbatte prima nei creditori estranei (art. 7) e poi nell'accordo fra debitore e creditori (art. 11), così come l'investigatore prima conosce i personaggi della vicenda e poi li colloca nel quadro complessivo della stessa, mi pare

opportuno avviare l'indagine secondo il primo dei due metodi possibili, quello cioè che avvia l'inferenza dalla proposizione "i creditori estranei sono i creditori dissenzienti", assunta come vera.

1. *Premessa metodologica generale.*

Quale che sia il metodo conoscitivo adottato è necessario provare come *vera* (o almeno ragionevolmente vera, visto il terreno infido dell'interpretazione normativa sul quale ci muoviamo) la proposizione di partenza, posto che in caso contrario le successive inferenze si pongono come arbitrarie e frutto di mera *rêverie*, assai cara all'epistemologo Gaston Bachelard, ma, nel nostro campo, idonea a trasformare il diritto in poesia (il che, alla fin fine, neppure guasterebbe del tutto).

Tuttavia, assumendoci l'inversione dell'onere della prova, i ragionamenti che seguiranno s'ispirano ad una prospettiva falsificazionista, per cui anche le affermazioni della soluzione contrattualistica che possano apparire più come postulati, che come esito di dimostrazione, dovranno essere falsificate ovvero confutate.

2. *Il percorso induttivo.*

Quale è l'attendibilità della proposizione: i creditori estranei sono i creditori dissenzienti, cioè della prima tappa del percorso induttivo?

Non mi pare che la teoria contrattualistica abbia offerto elementi di prova idonei a validare l'affermazione, tali non potendo essere le reminiscenze degli accordi di ristrutturazione, che prevedono il pagamento regolare dei creditori estranei (art. 182-bis, co. 1, l.f.)

Il collegamento fra la nostra procedura e gli AdR è venuto meno con la mancata riproposizione della norma di cui all'art. 18, co. 5, del disegno di legge 307-B, ad iniziativa del senatore Centaro, per la evidente incompatibilità fra i due istituti, l'uno fondato su un accordo preconstituito rispetto all'avvio della procedura, l'altro su un accordo da raggiungersi nel corso della procedura (con coerenza, la relazione illustrativa al decreto legge 212/11 era intitolata "*Concordato per consumatori e piccole imprese*").

Né, del resto, vi è prova che negli AdR i creditori estranei siano i creditori dissenzienti, ben potendo essere quei creditori cui, per le più svariate ragioni, il debitore non abbia mai rivolto alcuna proposta: creditori di cui *presumeva* il dissenso, creditori privilegiati capienti, creditori destinatari di pagamenti non scaduti e da pagarsi con risorse future, creditori essenziali e strategici e via discorrendo. Ovviamente nell'AdR possono esserlo *anche* i

creditori che abbiano manifestato dissenso, ma ciò perché la procedura si avvia con un accordo *già perfezionato*, tant'è che il comma 6 dell'art. 182 *bis* l.f., per la antecedente fase cautelare, parifica sotto l'ombrello della estraneità anche quei creditori con i quali *non siano in corso trattative*, per essere il loro credito fuori del *quorum* necessario al perfezionamento dell'accordo (per cui è ben possibile, ed anzi probabile, che con essi o parte di essi non sarà avviata neppure in seguito trattativa alcuna).

Neppure sovviene il valore semantico del termine, che richiama il significato di *assente* e/o *indifferente* non certo quello di dissenziente. Nella dinamica di cui all'art. 1326 c.c. la parte che dissente o non consente alla proposta negoziale solo con sforzo potrebbe qualificarsi come "estranea" alla proposta negoziale di cui era destinataria.

In ogni caso, poiché proprio il riferimento all'AdR, cioè all'istituto dal quale si pretende di trarre la nozione di creditore estraneo, dimostra che l'equazione estraneità = dissenso non regge quale principio di ordine generale e necessario, a tutto concedere può dirsi che la prima proposizione della indagine attuata tramite percorso induttivo è sfornita di prova: tanto basterebbe per arrestare un processo cognitivo, a questo punto destinato a sconfinare, nelle sue successive inferenze, nella arbitrarietà.

Tuttavia, in coerenza con gli intenti, è opportuno esaminare ora anche la possibilità di falsificazione diretta dell'assunto nell'ambito della vicenda che ci interessa, superando la constatazione, per altro sufficiente alla invalidazione di un procedimento induttivo, della mancata prova della proposizione iniziale.

L'opzione falsificatoria può anche avvalersi di constatazioni empiriche che inducono a negare o rendere irragionevole l'affermazione.

Sotto questo profilo, allora, la confutazione dell'argomento può reggersi sulle seguenti considerazioni, che prendono le mosse dal rilievo oggettivo che lo statuto dei creditori estranei è delineato dall'art. 7, co. 1, e dall'art. 8, co. 4, norme individuanti rispettivamente i "presupposti di ammissibilità" e il contenuto della proposta di accordo: norme, dunque, che disciplinano la proposta di accordo nella fase relativa *al momento* della sua presentazione.

1) Non si comprende come potrebbe essere formulata la proposta nella ignoranza di quanti e quali creditori presteranno il proprio consenso, se il trattamento relativo al pagamento regolare dovesse essere rivolto ai creditori dissenzienti cioè a creditori *del tutto ignoti* in tale fase preliminare.

Non convince la soluzione consistente nella necessità di accantonamenti pari agli importi necessari al pagamento di *tutti* i creditori *potenzialmente* non consenzienti (30% del complessivo indebitamento), perché in ogni caso sarebbe necessario disporre di poteri divinatori in ordine alla individuazione di *quali* creditori occorra eventualmente pagare in modo regolare. Una cosa è, infatti, pagare il 30% del proprio indebitamento se esso è già scaduto, altra cosa è il pagamento della stessa percentuale ove fosse rappresentato da un credito con rate a scadere nel tempo (si pensi alle rate di mutuo o di leasing). In un caso occorre liquidità, nell'altro è possibile fare affidamento sui propri redditi futuri.

2) Ancor più improbabile sarebbe l'allestimento della proposta nel caso in cui il debitore fosse obbligato ad una determinata prestazione nei confronti di taluni creditori (fornitura merci, esecuzione di opere il cui corrispettivo fosse già stato in tutto o in parte ricevuto dal debitore). In tali casi, il debitore sarebbe costretto a prevedere tanto una minoranza dissenziente di creditori titolari di crediti pecuniari che di prestazioni e appostare tanto risorse finanziarie che riserve di beni o prevedere la possibilità e i mezzi per l'esecuzione della prestazione, posto che la previsione di *datio in solutum* e, quindi, la alterazione dello statuto del creditore mediante conversione in beni diversi è possibile solo in un ambito concordatario.

3) In tale situazione, nemmeno sarebbe attendibile *un'attestazione di fattibilità* e, con ogni probabilità, la procedura naufragherebbe già alla sua prima verifica ovvero quella prevista dalla prima parte dell'art. 10, in quanto il giudice non sarebbe in grado di accertare la sussistenza di tutti i presupposti di cui agli artt. 7 e 9 - ma anche 8 - fra i quali indubbiamente la fattibilità o, quantomeno, la coerenza e ragionevolezza della relativa attestazione ex art. 10, co. 7. (né per superare l'aporia potrebbe ipotizzarsi che il controllo debba spostarsi alla fase di omologa, in quanto tale interpretazione contravverrebbe all'espressa previsione di cui all'art. 10 ed, inoltre, presupporrebbe una non ipotizzabile possibilità di modifica della proposta a voto avvenuto).

4) Vera l'equazione estranei/dissenzienti, la stessa configurabilità della proposta perderebbe ogni plausibilità, in quanto presupporrebbe la programmatica sottrazione di risorse per i creditori nell'ambito della ristrutturazione proposta: offro il 10% a tutti i miei creditori ma ho risorse per pagare regolarmente il 100% del 30% del complessivo indebitamento (risorse che evidentemente il debitore manterrebbe per sé nel caso in cui vi fosse adesione generalizzata o, comunque, superiore al minimo del 70%: caso teorico per altro, in quanto, in questa prospettiva, chi mai darebbe il consenso ad un piano che o privilegierebbe il dissenziente o, al limite, il debitore stesso?

5) In alternativa, dovrebbe ipotizzarsi che il regolare pagamento degli estranei/dissenzienti derivi sempre e comunque da risorse di terzi, ma allora si trasformerebbe quello che la norma (art. 8, co. 2) descrive come intervento eventuale in *intervento necessario e costante*: il terzo dovrebbe *sempre* provvedere al regolare pagamento dei dissenzienti, visto che le risorse del debitore vengono interamente destinate alla ristrutturazione proposta.

6) La stessa facoltà di imporre la moratoria al creditore estraneo in sede di proposta (art. 8, co. 4) per essere ragionevolmente esercitata dal debitore (che potrebbe ben non ricorrervi o ricorrervi in parte) presuppone la conoscenza preventiva di chi siano e se vi siano creditori estranei. L'istituto, dunque, per essere operativo presuppone un'estraneità nota *ex ante* rispetto ad una estraneità scoperta *ex post*.

Nella prospettiva aristotelica, l'assenza di prova e, anzi, la presenza di numerose prove o indizi in senso contrario, inducono a ritenere precluso il procedimento cognitivo induttivo, che dalla proposizione, asseritamente vera ma in realtà falsificabile, della identificazione dei creditori estranei con i creditori dissenzienti pretenda di risalire alla verità, di ordine generale e necessario, della natura contrattuale del procedimento di sovraindebitamento.

L'arbitrarietà della prima proposizione comporta l'arbitrarietà anche delle successive inferenze.

Ne discende, all'inverso, che *dunque* la procedura *non* ha natura contrattuale? Un inesperto e troppo entusiasta investigatore della norma potrebbe, in effetti, essere sedotto dal seguente procedimento induttivo inverso:

- a) **I creditori estranei NON sono i creditori dissenzienti.**
- b) **I creditori dissenzienti, dunque, NON vengono pagati regolarmente.**
- c) **La procedura di sovraindebitamento, dunque, NON ha natura contrattuale.**

Ma così frettolosamente ragionando si rischierebbe di ripetere la triste esperienza del tacchino induttivista, reso celebre dall'*humor* di Bertrand Russell: il brillante animale, dotato di spiccato spirito speculativo, il giorno successivo a quello della sua acuta induzione in ordine alla certezza e regolarità del suo prossimo pranzo, finì per diventare egli stesso pranzo (era il giorno del Ringraziamento...).

La strada è ancora lunga e deve ora passare per il sillogismo aristotelico.

3. *Il sillogismo deduttivo.*

Quella del sillogismo scientifico ovvero la deduzione del particolare dall'universale, è per Aristotele la strada cognitiva per elezione. Tuttavia, la validità del metodo è subordinata alla verità e necessarietà della premessa, tanto da poter essa apparire quale intuizione dell'intelletto.

Se la prima proposizione è “tutti gli uomini sono mortali”, essa appare ragionevolmente vera e necessaria (salvo voler dare credito ad affascinanti leggende transilvaniche) per cui da essa possiamo inferire concatenazioni logiche attendibili.

Ma tale sarebbe apparsa al Filosofo anche la premessa “la procedura di sovraindebitamento ha natura contrattuale”? Lo studio della L. 3/2012 lo avrebbe convinto in tal senso?

Forse sì, in un primo momento.

Nel suo percorso investigativo sulla essenza della procedura, giunto all'art. 11, gli avrebbe colto certamente il linguaggio del legislatore intriso di negozialità: la rubrica e la lettera della norma (“raggiungimento dell'accordo”) sarebbe parsa evocativa di scenari contrattualistici rispetto al modello di cui all'art. 177 l.f., che parla di approvazione della proposta e testualmente di voto.

Ma nel suo successivo riflettere, egli sarebbe stato preso dal dubbio, ne siamo certi, che la prosa dell'art. 11 trovi spiegazione nella diversa struttura della procedura d'insolvenza civile rispetto a quella di concordato preventivo, apparendo la prima, per ragioni di protezione sociale, caratterizzata (art. 17, co. 1) da un inedito dovere d'iniziativa, mediazione e collaborazione con il debitore e i creditori, proprio dell'OCC ma estraneo al C.G. del concordato preventivo.

Nel concordato preventivo, in effetti, la predisposizione della proposta e del piano, come pure la modifica della proposta ex art. 175, co. 2 l.f., sono modulate come atti unilaterali del proponente (e dei suoi professionisti), mentre nella nostra procedura appaiono come possibile esito dell'iniziativa e dell'intervento collaborativo dell'OCC, per cui l'iniziale proposta di accordo quasi può intendersi come prima mossa di un procedimento complesso in cui il contenuto finale del possibile accordo si sostanzia attraverso ulteriori e successivi apporti.

Così vista la questione, maggiormente funzionale e aderente alla reale struttura procedimentale appare la locuzione “raggiungimento dell'accordo” rispetto a quelle, pur possibili, “approvazione della proposta” (art. 177, l.f.) o “adesione alla proposta” (art. 178, l.f.), sicché l'aver fatto ricorso alla prima, piuttosto che ad altra di tenore simile alle seconde, scolora il significato del dato letterale.

Ma ogni certezza sulla validità della premessa, sarebbe venuta meno con la lettura dell'art. 19 co. 2, che sanziona penalmente il componente dell'OCC che rende false attestazioni in ordine all'esito delle "votazioni", con ciò imponendo all'interprete un confronto con un ambito che poco ha a che vedere con il momento perfezionativo del contratto ex art. 1326 c.c., ma che si ricollega ai moduli di aggregazione del consenso propri di modelli diversi.

Ancora una volta la mancata prova della validità della prima proposizione del procedimento cognitivo, non deve (anche se lo potrebbe) assolverci dall'onere della confutazione espressa, che può avvalersi dei seguenti argomenti.

1) La necessità del raggiungimento di una maggioranza qualificata e particolarmente significativa (quella del 70%, che può apparire anche eccessiva, specie se confrontata con quella, meno rigorosa, prevista per l'AdR dall'art. 182-bis, co. 1, l.f.) mal si giustifica in ambito strettamente negoziale, che ben potrebbe prevedere accordi vincolanti anche con creditori rappresentativi di percentuali minori del complessivo indebitamento. Del resto, nella procedura d'insolvenza civile manca una norma analoga all'art. 67, co. 3, l.f., per cui non è nella previsione di stabilità degli atti esecutivi dell'accordo che potrebbe ritrovarsi il collegamento funzionale con la necessità di una maggioranza qualificata.

2) Se il tutto si risolvesse in una prospettiva meramente contrattualistica, la complessa (e costosa) procedura di esdebitamento non avrebbe senso. Accordi privati con gruppi di creditori sono sempre stati possibili e la loro sorte è rimessa alla disciplina codicistica, per cui il tanto atteso rimedio per l'insolvenza civile si risolverebbe nell'aver creato un metodo straordinariamente complesso e farraginoso per ottenere il microeffetto della imposizione di una moratoria ai creditori non consenzienti.

3) Nella lettura contrattualistica, i dissenzienti non potrebbero subire alcuna alterazione concorsualistica del proprio statuto, neppure quella prevista per i creditori estranei una volta esclusa l'equazione estraneità-dissenso. Dopo l'omologa o ancor prima (una volta manifestato il dissenso) potrebbero agire esecutivamente sul patrimonio del debitore, ma ciò creerebbe un'evidente aporia sistematica (gli effetti protettivi di cui all'art. 12 co. 3 non riguarderebbero i dissenzienti).

4) La formazione del consenso assistito tramite l'obbligatorio l'intervento dell'OCC e all'interno della procedura esula dal meccanismo privatistico. Ugualmente pare essere per il ruolo del giudice che non si limita all'omologa come nell'AdR, ma che incide anche nella fase iniziale quale filtro di ammissibilità.

5) L'art. 19 co. 1 sanziona penalmente comportamenti del debitore riconducibili civilisticamente alla responsabilità precontrattuale, a quella contrattuale per inadempimento e persino al rischio di inadempimento.

Né Aristotele, né altri prima e dopo di lui, si sono mai imbattuti, per fortuna, in un contratto penalmente assistito.

6) Come coniugare la lettura contrattualistica col requisito soggettivo di accesso di cui all'art. 6, co. 1, e 7, co. 2 lett. a)?

La griglia selettiva di accesso potrebbe trovare giustificazione nella opportunità di evitare sovrapposizioni fra quella in esame e altre procedure omogenee, ma in una visione contrattualistica (e, dunque, ontologicamente diversa) della procedura di sovraindebitamento non vi sarebbe sovrapposizione alcuna, ma pacifica convivenza: l'imprenditore sovradimensionato ex art. 1 l.f. potrebbe tanto accedere ad un procedimento di composizione della crisi di natura concorsuale che di natura contrattuale stante la differenza ontologica e sul piano degli effetti. Del resto, l'imprenditore fallibile può accedere al concordato preventivo e all'AdR, e neppure i sostenitori della natura contrattuale di quest'ultimo hanno mai trovato alcunché da ridire in proposito.

In conclusione, anche la proposizione posta alla base di un ragionamento deduttivo, che dalla premessa della natura contrattuale della procedura giungesse alla identificazione dei creditori estranei nei creditori dissenzienti, non regge in una prospettiva falsificazionista.

Incrociando gli esiti del ragionamento induttivo con quelli del ragionamento deduttivo si giunge agli stessi risultati: *ne risulta spezzata la catena che pretendeva di legare la natura della procedura alla nozione di creditore estraneo.*

Il rigido metodo d'indagine aristotelico (nella sua duplice declinazione) consente, allora, di mettere in crisi i postulati della congettura contrattualistica della L. 3/2012, smascherando quelli che Bacone avrebbe identificato come *idola theatri* (presumibilmente collocandoli nella categoria degli idoli sofisticati).

Ma altro non sembra consentire.

Sappiamo ora che i creditori estranei NON sono i creditori dissenzienti, sappiamo che il procedimento NON costituisce una declinazione della pura autonomia negoziale: sappiamo *ciò che non è*, ma ancora non sappiamo *ciò che è*.

L'uso alternativo del processo induttivo o di quello deduttivo non sembra in grado di svelare l'enigma: chi sono i creditori estranei? Quale è la collocazione sistematica della procedura di sovraindebitamento?

Grati al grande investigatore dell'antichità per avere evitato un clamoroso errore giudiziario attribuendo il ruolo di colpevole (di una triste sorte della procedura d'insolvenza civile) agli innocenti creditori estranei, se vogliamo saperne di più e giungere alla soluzione dell'enigma dobbiamo ora avvalerci dei servigi del grande investigatore della modernità.

B) **La Congettura alternativa.**

"Quando hai eliminato l'impossibile, qualunque cosa resti, per quanto improbabile, *deve essere* la verità", così pazientemente spiegava Sherlock Holmes all'amico Watson. Non ci avvarremo, però, di questa formula di chiusura del celebre detective, ma piuttosto del suo metodo di conoscenza congetturale.

E' un fatto (evidenziato da Umberto Eco) che i filosofi della scienza, quando discutono del metodo scientifico, dedicano sempre spazio e tempo a Sherlock Holmes, perché consapevoli che, seppure in forma narrativa, egli esponeva dei *criteri di osservazione e scoperta* che sono affini a quelli del medico che diagnostica una malattia, dello scienziato che decodifica un fenomeno naturale, del filologo che deve integrare un testo incompleto, dello storico che deve ricostruire il passato sulla base di fonti carenti e, perché no?, di un giurista che deve comprendere il senso di una normativa criptica.

Si è compreso e spiegato che quella che Holmes chiama "deduzione" non corrisponde con esattezza né al metodo deduttivo né al procedimento induttivo, ma a ciò che Charles Sanders Peirce definisce "abduzione", forma di conoscenza congetturale idonea a produrre conoscenze nuove. Probabilmente un insieme di deduzione e induzione, con una buona dose di *serendipity* ovvero di immaginazione, fantasia nella costruzione delle ipotesi, curiosità, osservazione e verifica dei particolari, ma anche fortuna e coincidenza (si è notato che di sicuro avevano la *serendipity* Cristoforo Colombo quando, cercando le Indie Occidentali, scoprì l'America o la Pfizer quando, cercando un rimedio per l'angina *pectoris*, scoprì il Viagra).

1. Procedura abduttiva della serendipity: la discovery dei creditori estranei.

Applicando il metodo dell'inquilino del 221B di Baker Street ricerchiamo gli elementi indiziari che sicuramente Holmes avrebbe colto per costruire la sua ipotesi sui creditori estranei?

Dovrebbero essere i seguenti, salvo errori ed omissioni.

1) I creditori estranei presi in considerazione dalla norma (creditori estranei che potremmo definire *ex lege*) NON coincidono con i creditori dissenzienti: in base all'art. 7, co. 1 e all'art. 8, co. 4, essi sono i titolari di crediti impignorabili e i creditori privilegiati pagati per intero o per intero per la parte non rinunciata (cui potrebbero aggiungersi, per altra fonte, taluni crediti erariali: IVA, secondo il recente indirizzo della S.C.). Probabile che si possano individuare ulteriori tipologie di creditori estranei (non *ex lege* e, dunque, *convenzionali*), ma del tutto improbabile che all'interno della medesima categoria si possano ravvisare differenze ontologiche.

2) L'estraneità predicata dalla norma non coincide con un'estraneità negoziale pura che porrebbe il creditore come tale qualificato fuori della proposta di ristrutturazione e della conseguente procedura (come sarebbe per il creditore dissenziente in un ambito meramente contrattuale). Infatti, come si evince dalla lettera dell'art. 7 e dall'istituto della moratoria ex art. 8, co. 4, i creditori estranei sono tuttavia *interni/intranei* rispetto al PIANO, che deve considerarli e disciplinarli garantendone lo statuto, nei limiti delle alterazioni consentite (fra cui anche la possibilità di essere destinatari degli effetti inibitori dell'omologa).

3) L'estraneità predicata dalla norma è, dunque, letteralmente estraneità all'*accordo* NON anche al piano economico-finanziario che sorregge la ristrutturazione (in questo senso essi sono, per così dire, creditori "concorsuali"). Ciò significa che la modesta alterazione statutaria, consentita in vista degli interessi pubblicistici della procedura e delle garanzie offerte dall'intervento giurisdizionale, non legittima, per carenza di interesse normativamente valutato, la partecipazione di tali creditori al processo formativo del consenso: tali crediti restano fuori dal calcolo della maggioranza e i titolari di essi non sono legittimati al voto in quanto possibili portatori di un voto non responsabile.

4) La considerazione che precede trova conferma nell'accento ai creditori privilegiati contenuto nell'art. 7, co. 1 (la cui compiuta disciplina nel contesto della procedura di sovraindebitamento pone ulteriori ed interessanti questioni che, tuttavia, esulano dai limiti del presente scritto).

La norma non impone affatto una lettura invasiva (costituzionalmente illegittima ove intesa ad imporre sempre e comunque il pagamento integrale di tali creditori) della disposizione sui crediti privilegiati in quanto si limita a declinare l'integrale pagamento degli stessi quale aspetto specifico del regolare pagamento dei creditori estranei.

La regola di cui al comma 1, primo periodo, dell'art. 7 non incide sui termini e sulle modalità del piano relative al pagamento dei creditori, anche suddivisi in classi (compresa eventualmente una classe di creditori privilegiati falcidiati per incapacità del bene soggetto

a garanzia) ovvero non incide su quanto oggetto del possibile accordo con i creditori ai quali la proposta si rivolge, ma solo sul trattamento dei creditori estranei alla stessa sulla base del piano. La regola attiene alla prima parte (pagamento regolare dei creditori estranei) del comma 1 dell'art. 7 non alla seconda (termini e modalità).

La valenza precettiva della norma non sta nella precisazione in ordine al pagamento integrale, conseguenza tendenzialmente implicita nella natura del credito, ma nella collocazione autoritativa del creditore privilegiato nella categoria dei creditori estranei *allorchè* di pagamento integrale si tratti, *come confermato dalla estensione ai privilegiati della previsione di cui all'art. 8, co. 4, che, appunto, si rivolge ai creditori estranei.*

Nell'ipotesi in cui il creditore venga pagato per intero (ragionevolmente perché vi è capienza), ancorché si tratti di pagamento dilazionato nei limiti della moratoria ex art. 8 co. 4 (o forse anche di più, se s'intendesse valorizzare la possibile, anche se non certa, differenza fra pagamento regolare e pagamento integrale) si assiste alla programmatica previsione di tale creditore quale appartenente alla categoria degli estranei cui la proposta di accordo non si rivolge in quanto *non legittimati* a prestare consenso.

Quali gli effetti?

Dal punto di vista del creditore si delinea una tutela immediata e semplificata (rispetto a quella prevista per i creditori "intraanei" dall'art. 14), in quanto esso potrà avvalersi del rimedio di cui all'art. 12 co. 4 per l'accertamento del mancato pagamento, con la conseguenza del venir meno della inibitoria prevista dal comma precedente ovvero dell'unico effetto che la procedura sortisce nei suoi confronti.

Dal punto di vista del ceto creditorio si ottiene l'effetto della espunzione (non garantita nel disegno di legge 307-B) di un creditore non inciso dalla ristrutturazione nel calcolo delle maggioranze. Ciò introduce un elemento d'importante razionalizzazione e trasparenza nel delicato momento del raggiungimento delle percentuali, che devono riguardare solo creditori responsabili ed effettivamente interessati alla ristrutturazione.

Ma la norma contiene un altro precetto di rilievo: la previsione dell'identico trattamento, alla stregua di estraneo, anche del creditore privilegiato che abbia rinunciato anche parzialmente al privilegio. La norma, che indirettamente conferma la possibilità di pagare parzialmente il creditore privilegiato (di modo che il pagamento integrale non potrebbe considerarsi in alcun modo un principio assoluto, quasi pubblicistico), assume rilievo non nel senso di condizionare la parzialità del pagamento ad un atto unilaterale di rinuncia (ovvero al previo consenso), *ma di condizionare alla rinuncia preventiva il suo trattamento*

alla stregua di creditore estraneo (pagamento regolare/integrale per la parte non rinunciata).

Così intesa, la regola dell'art. 7 sui creditori privilegiati getta luce riflessa sulla individuazione della categoria generale dei creditori estranei: davvero un caso fortunato l'accostamento nel medesimo contesto degli uni con gli altri (*serendipity* appunto).

Credo che a questo punto Holmes avrebbe così svelato l'enigma dei creditori estranei al perplesso Watson.

I creditori estranei sono coloro che si collocano nella zona grigia fra piano e accordo (piano inteso come cerchio più ampio rispetto a quello, in esso contenuto, dell'accordo): il piano li riguarda perché deve garantirne lo statuto, l'accordo no in quanto la loro sostanziale indifferenza al progetto di ristrutturazione non li legittima a prestare il consenso.

La stessa situazione in cui si collocano i creditori privilegiati pagati per intero ex art. 177, co. 2, che possono essere anch'essi definiti creditori estranei (art. 8, co. 4, per essi richiamato dall'art. 7, co.1).

Nulla a che vedere con i creditori dissenzienti ai quali la proposta di accordo è stata invece rivolta, con la conseguenza che essi erano legittimati a prestare il consenso (anche se, in modo implicito o esplicito, non lo hanno dato) e che, in ogni caso, il loro credito è rientrato nel calcolo delle maggioranze, al contrario di quanto succede per i creditori estranei.

Accanto ai soggetti *ex lege* posti all'interno di tale categoria (titolari di crediti impignorabili e creditori privilegiati pagati per intero e per la parte non rinunciata, per restare alla previsione di cui alla L. 3/2012), altri ve ne possono essere, così realizzandosi un ampliamento del contenuto della categoria (colta, del resto, in una dimensione lata dall'art. 7, co. 1 e dall'art. 8, co. 4) con l'inclusione al suo interno di tipologie di creditori selezionate dal debitore: tipicamente il titolare di credito contestato o di credito litigioso, rispetto ai quali ben si può ipotizzare che la garanzia dell'eventuale pagamento debba provenire dal terzo.

In conclusione, l'introduzione della categoria dei creditori estranei all'interno della procedura di sovraindebitamento sortisce un effetto di *ampliamento soggettivo della regola che l'art. 177 co. 2 detta per il concordato preventivo*.

Fuori dell'accordo e anche del piano, in definitiva fuori della procedura, resta solo il creditore *pretermessso*, sia consapevolmente che inconsapevolmente, dal debitore.

I rapporti fra la procedura di sovraindebitamento e l'eventuale creditore pretermesso sono di estremo interesse, ma sono "estranei" alla soluzione dell'enigma che ci eravamo proposti di risolvere.

2. Procedura abduittiva della serendipity: la discovery della collocazione sistematica.

Dato ormai un volto ai protagonisti della vicenda e avuto perciò conferma di quanto già sapevamo in forza dei metodi aristotelici ovvero che creditori estranei e collocazione sistematica della procedura sono *categorie diverse e non comunicanti* fra loro per cui un processo di validazione reciproca non è configurabile, occorre da ultimo avanzare verso la soluzione del vero enigma, quello più denso di conseguenze e più decisivo per il futuro dell'istituto (nel senso che si tratta di capire se avrà o meno un futuro).

L'ipotesi congetturale sulla collocazione sistematica cui conduce il metodo abduittivo si avvale delle seguenti osservazioni

1) L'art. 12, co. 1. recita "se l'accordo è raggiunto" e tale non può essere che quello originariamente proposto o modificato e che prevede la ristrutturazione della generale situazione di sovraindebitamento dell'insolvente civile, con effetti di esdebitazione e di eventuale *fresh start*.

L'art. 12, co. 2, recita ancora: "verificato il *raggiungimento dell'accordo con la percentuale* di cui all'art. 11, co. 2".

Dunque non si omologa *un accordo* con i creditori che rappresentano una sufficiente percentuale, ma *l'accordo* originario o modificato *purché* raggiunto con una sufficiente maggioranza.

La percentuale è la condizione del perfezionamento dell'accordo, non il limite del perfezionamento o il perimetro della efficacia dell'accordo stesso.

2) Senza entrare negli ulteriori misteri del contratto plurilaterale con comunione di scopo (neppure svelati fino in fondo da Ascarelli e Messineo) sembra impossibile uscire dall'alternativa: o l'accordo deve perfezionarsi con l'adesione del 100% dei crediti o, se si perfeziona con una adesione inferiore, è perché comunque il 100% ne risulta vincolato.

Se così non fosse, cosa succederebbe nella ipotesi di una proposta in cui il terzo conferisce, ex art. 8, co. 2, somme necessarie per pagare una percentuale dell'intero indebitamento allo scopo di salvare la casa del debitore già oggetto di procedure esecutive, ma di valore inferiore alle somme messe a disposizione per la ristrutturazione? Il debitore e con lui il terzo rimarrebbero vincolati al pagamento di quanto proposto e conferito nei

confronti del 70% del credito (in ipotesi consenziente), mentre il restante 30% aggredirebbe liberamente l'immobile del debitore che si intendeva salvare (come dire che si perderebbero tanto la capra del bene del debitore quanto i cavoli delle somme conferite da terzo).

Impossibile, infatti, la rinuncia alla proposta quando un contratto si fosse già perfezionato (art. 1326, co. 1, c.c.) ed impossibile anche la rinuncia alla omologa che, diversamente da quanto avviene nel concordato, non è oggetto di una domanda da parte del debitore ma interviene *ex lege*.

Se così fosse, la procedura d'insolvenza civile assumerebbe inediti aspetti di inciviltà.

3) L'istituto della revoca di diritto di cui all'art. 11 co. 5 è incompatibile con la natura contrattuale della procedura. Tale istituto, sia che configuri una sorta di risoluzione di diritto che di recesso con effetti *ex nunc*, ripropone uno statuto speciale dei crediti erariali che limita la *par condicio creditorum* e descrive una patologia funzionale dell'accordo che trova ragione solo nell'ambito di un contesto pubblicistico.

4) L'art. 7, co. 2, consente la suddivisione dei creditori in classi riproponendo un istituto di secca derivazione concordataria ed, infatti, non previsto nell'AdR.

5) La sentenza di fallimento pronunciata a carico del debitore *risolve* l'accordo, come dispone l'art. 12, co. 5. Se l'accordo integrasse un contratto la disposizione sarebbe di difficile comprensione, in quanto delle due l'una: o si ritiene che l'accordo omologato costituisca un negozio che non richiede esecuzione o ulteriore esecuzione da almeno una parte (i creditori, evidentemente) e allora troverebbe semmai applicazione l'art. 67 l.f., oppure, al contrario, si ritiene applicabile la disciplina dei rapporti giuridici preesistenti (presumibilmente l'art. 74 l.f.) e allora si determinerebbero effetti affatto diversi dall'automatica risoluzione prevista dall'art. 12, co. 5.

Il forte quadro probatorio o, quantomeno, indiziario descritto può completarsi con quella declinazione del ragionamento abduittivo che collega gli effetti alla causa probabile. Se c'è una legge essa deve servire ad uno scopo, se c'è una legge sulla insolvenza civile essa deve essere utilizzabile per dare al sovraindebitato una possibilità di esdebitazione, non per ulteriormente aggravarne la già precaria posizione.

Tale ultima conclusione dovrebbe, inoltre, considerarsi impossibile sotto un profilo di ragionevolezza e allora anche la rammentata formula cognitiva di chiusura torna utile: quando hai eliminato l'impossibile, qualunque cosa resti, per quanto improbabile, *deve*

essere la verità. E, nel nostro caso, ciò che resta non è affatto improbabile perché confermato da un imponente quadro indiziario e ragionevolmente convincente.

Non dubitiamo che a questo punto Holmes avrebbe così esposto la propria ipotesi (anticipando la prosa della S.C. del 2011): la procedura di sovraindebitamento NON è una espansione della autonomia negoziale finalizzata alla formazione di un contratto secondo le regole dell'art. 1326 c.c., ma una declinazione del principio di eteronomia legale; *ne consegue che il consenso prestato dalla maggioranza qualificata vincola la minoranza.*

3. Espansione della Congettura alternativa

Holmes ci ha, dunque, aiutati nel gettare luce sull'enigma e con la luce si dissolve il fantasma del fallimento paventato agli inizi.

Il suo metodo ha chiarito chi sono i creditori estranei ovvero gli attori principali e decisivi della vicenda.

Ha chiarito anche la questione della collocazione sistematica della procedura di sovraindebitamento. Ma fino a che punto lo ha fatto?

Ci consente di affermare che *l'accordo di cui all'art. 12 si iscrive all'interno del modulo di aggregazione del consenso di tipo concordatario* e ne condivide gli effetti.

Ma sono legittime le ulteriori inferenze ampliative secondo cui, di conseguenza, la procedura di sovraindebitamento è un concordato preventivo e, dunque, è una procedura concorsuale?

Semberebbe trattarsi di una plausibile applicazione di quel percorso abduittivo che collega gli effetti alla causa e di cui si è accennato.

Tuttavia, plausibile non vuol dire certo, in quanto ogni ampliamento si risolve in allontanamento dalla verità raggiunta con incremento della probabilità di falsificazione.

Facciamo un esempio.

Se marito e moglie vivono da soli e il marito, al rientro in casa, scorge in cucina dei frammenti di vetro, può abduittivamente inferire, dal fatto noto e certo della presenza del vetro, che in cucina è stato rotto un bicchiere (o altro consimile oggetto).

Prudenza vorrebbe che il ragionamento qui si arrestasse, ma il marito ritiene con certezza di poter inferire l'ulteriore seguente ampliamento: dunque, mia moglie ha rotto un bicchiere.

Purtroppo per lui, tale ulteriore passaggio, per plausibile che appaia, risulta falsificabile dalla seguente circostanza ignota al marito: sua moglie aveva ricevuto la visita di un caro

amico che dopo un po', particolarmente accaldato e di conseguenza assetato, era andato in cucina, aveva preso un bicchiere e...

Applicando, dunque, ai casi nostri il principio (non so se noto o meno agli epistemologi) della *prudenza del pensiero* non ci pare consentita la successiva abduzione "la procedura di sovraindebitamento è un concordato preventivo", affermazione che nei suoi termini generali si presta a non superare la prospettiva falsificazionista.

Se, infatti, si trattasse di concordato preventivo non vi è dubbio che ogni lacuna normativa si riempirebbe con il richiamo alla procedura archetipica, ma così davvero non pare o comunque non sempre. Prima di tutto perché non è stata riproposta una norma analoga a quella dell'art. 18, co. 5, del disegno di legge 307-B, ad iniziativa del senatore Centaro (con sostituzione del richiamo all'AdR con quello al concordato preventivo), poi perché (a titolo di esempio) il riferimento secco alle classi contenuto nell'art. 7, co. 1, non implica la possibilità di introitare per intero la disciplina che a tale istituto è riservata in sede concordataria.

Lo smentisce l'art. 11 che regola il raggiungimento dell'accordo in modo affatto diverso dall'art. 177, co.1, secondo periodo l.f., con la conseguenza che l'eventuale classamento non incide sul processo formativo del consenso.

Rilievo questo d'importanza fondamentale in quanto, quale che sia l'interpretazione che voglia darsi all'art. 180, co. 4, secondo periodo l.f., resta che nella procedura di insolvenza civile (ammesso, ma non concesso che lo sia nel concordato) il mancato classamento non costituisce fatto impeditivo alla configurazione di una contestazione/reclamo fondata sulla valutazione di non convenienza, i cui riflessi in tema di falcidia del creditore privilegiato incapiente (ma non solo) sono evidenti.

Men che meno, allora, potremmo avventurarci nella successiva inferenza affermando che siamo di fronte ad una nuova procedura concorsuale.

Del resto, si tratterebbe di un'affermazione dettata più da ansia tassonomica che da reale utilità.

Da tempo il tessuto della concorsualità vive in un perenne stato magmatico, per cui appare impossibile individuarne le connotazioni distintive e i tratti comuni: solo se e quando il movimento tellurico ancora in atto si sarà arrestato sarà possibile valutare la possibilità (ammesso che l'interesse vi sia) di una ricerca delle affinità elettive della nuova (e speriamo, per un po', definitiva) concorsualità.

Oggi sarebbe fatica sprecata.

C) Da Aristotele a...

I ragionamenti e le conclusioni di cui alle precedenti pagine non possono in alcun modo essere ricondotti alla mia personale responsabilità (intesa come merito o demerito, a seconda dei gusti di ciascheduno), ma solo al pensiero cognitivo di altri, di cui in modo rozzo e dilettantesco ho provato a riprodurre i metodi di indagine (ad essi, prima che all'eventuale lettore, chiedo scusa).

Proseguendo in questo atteggiamento camaleontico che si avvale del pensiero altrui e spostandomi dai tempi antichi di Aristotele fino ai giorni nostri, mi è d'uopo rammentare un recente contributo alla conoscenza della L. 3/2012: *Sovraindebitamento e usura, Commento della L. 27 gennaio 2012, n. 3 e del D.L. 22 dicembre 2011, n. 12, conv. in L. 17 febbraio 2012, n. 10*, a cura di Massimo Ferro, Milano 2012.

Il libro, scritto a più mani, si pone programmaticamente lo scopo di evidenziare le problematiche interpretative della nuova normativa suggerendo le soluzioni possibili, ma mantenendo al tempo stesso una posizione di neutralità. Così, le questioni affrontate in questo scritto sono indicate, ma senza privilegiare l'una piuttosto che l'altra soluzione interpretativa.

Tuttavia, non è possibile tacere che il commento all'art. 6 a firma di Massimo Ferro, pur rispettando formalmente gli intenti programmatici, costituisce nelle sue parti, per così dire, ideologiche, un vero e proprio manifesto interpretativo delle legge di cui fornisce le linee guida per la decodificazione delle questioni nodali

Ne cito alcuni passaggi (pagg. 54 segg. opera cit.)

<<...la composizione delle relative insolvenze è misura lato sensu di protezione sociale, prestandosi piuttosto l'autorità del processo giudiziale a tradursi – omologando l'accordo dell'ampia maggioranza – in un più o meno limitato sacrificio per una parte dei creditori ed assumendo l'istituto, dalle procedure concorsuali, marcati profili esdebitatori...

La concorsualità, nella quale refluisce comunque, l'organizzazione del progetto di accordo...diviene dunque, con l'istituto in esame, la sede tecnica concessa dall'ordinamento in aiuto degli insolventi che, a date condizioni, siano meritevoli di un tavolo pubblicistico entro cui misurare la propria capacità di consenso attorno alla soluzione della propria vicenda debitoria. Tale ambito, riecheggianti nello stesso art. 6, non è paritario rispetto allo strumento contrattuale: non vi sarebbe necessità di simile procedura se il debitore fosse riuscito a coltivare con successo un progetto riorganizzativo e su questo avere acquisito gli indispensabili consensi. E' anzi proprio tale limite di

capacità economico-negoziale (in senso atecnico) o anche pratico insuccesso, ove un tentativo diverso sia stato esperito, a giustificare l'intervento dello Stato...

Può allora dirsi che il privatismo connotativo della procedura è fortemente presidiato da un inedito controllo pubblicistico sulla insolvenza...>>.

E qui mi fermo per non togliere, a chi fosse interessato, il piacere della lettura e della scoperta diretta.

Ma quello che a me preme, nella ricerca dell'altrui pensiero, è sapere quali conclusioni trarrebbe l'Autore da simili premesse, come risponderebbe alla domanda fatidica: ma allora l'accordo di cui all'art. 12 si iscrive o meno nei moduli di aggregazione del consenso di tipo concordatario, la minoranza è vincolata dall'accordo raggiunto con la maggioranza?

Di sicuro non lo so; tuttavia, utilizzando il metodo deduttivo oppure quello induttivo oppure ancora quello abduttivo, la risposta non può che essere una ed una soltanto.

Quale?

Elementare Watson..!

Giugno 2013

Raffaele D'Amora

P.S. Sono grato all'inconsapevole Prof. Fabio Cioffi per le sue riflessioni sulla epistemologia antica e moderna. Tutta mia la responsabilità per l'uso improprio e anomalo che ne ho fatto.