

LA MEDIAZIONE NELLE CONTROVERSIE BANCARIE E FINANZIARIE E LE PROCEDURE DI COMPOSIZIONE DELLA CRISI DA SOVRAINDEBITAMENTO DELLA LEGGE N. 3/2012

di Raffaella Brogi

(giudice del Tribunale di Prato)

1. La mediazione nel quadro delle riforme del processo civile.
2. La legge 27 gennaio 2012 n. 3: sovraindebitamento e concorso dei creditori.
3. La mediazione nel contenzioso bancario ed il sovraindebitamento nella composizione del conflitto tra creditore e debitore.
4. Gli organismi di composizione della crisi e gli organismi di mediazione.

1. La mediazione nel quadro delle riforme del processo civile.

La previsione di strumenti alternativi alla giurisdizione per la soluzione delle controversie si ricollega alle recenti riforme del processo civile (legge 4 giugno 2009, n. 69, d.l. n. 69/2013, convertito con modificazioni nella legge n. 98/2013 e d.l. n. 132/2014, convertito nella legge n. 162/2014), ispirate ad una profonda opera di semplificazione, anche in funzione di assicurare la ragionevole durata del processo, che costituisce uno dei principi cardini del giusto processo (art. 111 Cost.). Sotto tale profilo non rilevano solo istanze di tutela individuale finalizzate a dare piena effettività alla tutela giurisdizionale garantita dall'art. 24 Cost. – e assunta al rango di diritto fondamentale della persona nell'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea - ma anche interessi pubblicistici, legati alle profonde ripercussioni che l'efficace e rapido svolgimento del processo civile ha sull'economia.

In tale quadro emergono, quindi, i mezzi di soluzione della controversie alternativi alla giurisdizione, tra i quali la mediazione, disciplinata dal d.lsg. 4 marzo 2010, n. 28 (attuativo della delega contenuta nell'art. 60 legge 18 giugno 2009, n. 69), oggetto di un successivo intervento da parte del d.l. 21 giugno 2013 (convertito con modificazioni

nella legge 9 agosto 2013, n. 98) a seguito dell'intervento della Corte Costituzionale in materia di mediazione (C. cost., sent. n. 272/2012). L'intervento normativo si ricollega inoltre, al contesto europeo fortemente sensibile al profilo della garanzia di un migliore accesso alla giustizia, come parte della politica dell'Unione europea finalizzata all'istituzione di uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia, comprensivo dell'accesso ai metodi giudiziali ed extragiudiziali di risoluzione delle controversie [Dalfino, 2012, 2 e sui rapporti con la direttiva 2008/52/CE, Impagnatiello, 12, 1].

La mediazione non costituisce, pertanto, uno strumento che opera solo in chiave deflattiva del contenzioso, ma assolve anche ulteriori funzioni, come quella di garantire un miglior accesso alla giustizia a cittadini ed imprese e di agevolare una soluzione più rapida delle controversie, in modo da realizzare, al contempo, un più corretto funzionamento del mercato [Capobianco, 12, 572]. Pertanto, si ripercuote sull'andamento dell'economia non solo la durata dei processi civili, ma anche il corretto funzionamento degli strumenti alternativi di soluzione delle controversie.

2. La legge 27 gennaio 2012 n. 3: sovraindebitamento e concorso dei creditori.

Negli stessi anni in cui il legislatore ha riformato il processo civile è intervenuta anche un'importante riforma in ambito concorsuale, la quale, nel concretizzare quanto già emerso nei lavori della Commissione Trevisanato, ha dato completezza al diritto concorsuale, mediante l'introduzione di procedure dirette a disciplinare situazioni di sovraindebitamento dei soggetti non rientranti nell'ambito di applicazione della legge fallimentare.

La conseguenza è stata la rottura della simmetria che vedeva, nell'ipotesi di insolvenza, la corrispondenza tra soggetti fallibili e procedure concorsuali e soggetti non fallibili assoggettabili solo a procedure individuali. Non solo gli imprenditori privi delle soglie di fallibilità ex art. 1, II comma, l. fall., ma anche i soggetti di natura non imprenditoriale, siano essi persone fisiche o enti senza scopo di lucro, sono quindi assorbiti nell'ambito della concorsualità per effetto della legge 27 gennaio 2012 n. 3 e soprattutto per le

modifiche apportate dal D.L. 18 ottobre 2012, n. 179, convertito con modificazioni, dalla legge 17 dicembre 2012, n. 221 [nel senso che tanto le procedure di composizione della crisi che la liquidazione dei beni siano qualificabili come “procedure concorsuali” a seguito del c.d. decreto sviluppo, v. Bertacchini, 13, 2030].

La concorsualità diventa pertanto criterio generale di regolazione delle situazioni di crisi, a prescindere dalla natura del soggetto coinvolto, in ragione di un'intrinseca razionalità ed economicità foriere di vantaggi tanto per il debitore (che può risolvere la propria esposizione debitoria *una tantum*) che per i creditori (garantiti da un'effettiva parità di trattamento). L'unico elemento di disomogeneità tra i soggetti che rientrano nell'ambito di applicazione della legge fallimentare e quelli che possono usufruire delle procedure disciplinate dalla legge n. 3/2012 è costituito dalle modalità di accesso alla concorsualità: nel secondo caso si tratta di una scelta esclusiva del debitore, mentre il creditore ha come unica opzione quella dell'esecuzione individuale. In tale ipotesi, quindi, solo il debitore può scegliere di negoziare la ristrutturazione della propria posizione debitoria con i creditori [Ferro, 12, 51] o, altrimenti, liquidare i propri beni in una prospettiva concorsuale, eliminando in tal modo le opzioni esecutive individuali dei singoli creditori.

La legge n. 3/2012 prevede tre procedure. La prima è l'accordo di composizione della crisi che richiede il voto positivo del 60% dei creditori ed è ricondotto in dottrina alla figura del concordato [Panzani, 12, 3], anche con la possibilità di applicazione analogica della disciplina di cui agli artt. 160 s.s. l. fall. [Tribunale di Pistoia, 23 febbraio 2015; sui rapporti tra concordato preventivo e procedure di composizione della crisi D'Amora, 14, 1 s.s.].

La seconda è costituita dal piano del consumatore, non votato dai creditori, ma soggetto ad un penetrante controllo del tribunale in merito alla possibile presenza di atti di frode ed al requisito della meritevolezza [Tribunale di Pistoia, 24 febbraio 2014]

La terza è un ulteriore portato innovativo del decreto sviluppo che ha introdotto una procedura parallela a quella del fallimento ed è costituita dalla liquidazione dei beni.

Costituisce effetto comune alle tre procedure, nonostante un *iter* diversificato, l'esdebitazione.

L'introduzione di una procedura di regolazione dell'insolvenza civile ha trovato il proprio *humus* proprio nell'incremento del debito familiare e delle sofferenze del credito al consumo [Ferro, 12, 54]. I casi possono, pertanto, variare dalla persona che ha contratto un mutuo per l'acquisto della casa e successivamente perde il lavoro, così come dal consumatore che ha contratto un finanziamento per acquistare dei beni a rate, fino alla persona fisica che ha prestato garanzie per la società di capitali di cui è socia. È poi evidente l'intento di incentivare nuove iniziative imprenditoriali sotteso alla previsione che rende applicabile la legge n. 3/2012 alle start – up innovative, anche quando presentino le soglie di fallibilità ex art. 1, II comma, l. fall.

3. La mediazione nel contenzioso bancario ed il sovraindebitamento nella composizione del conflitto tra creditore e debitore.

Le discipline della mediazione (d.lgs. n. 28/2010) e quella del sovraindebitamento (legge n. 3/2012) solo apparentemente appartengono a due mondi distinti.

Le stesse possono trovare, infatti, un importante punto di convergenza, soprattutto nell'ipotesi del contenzioso bancario e finanziario, in quanto discipline caratterizzate entrambe da un minimo comun denominatore, costituito dal coinvolgimento dei medesimi soggetti, cioè il creditore ed il debitore e dalla comune finalità di soluzione del conflitto di interessi tra questi ultimi.

Mentre la mediazione riguarda un singolo rapporto controverso tra la banca ed il cliente, relativo all'accertamento dell'esistenza ed alla quantificazione del credito ed alla condanna del debitore all'adempimento, le procedure disciplinate dalla legge n. 3/2012 hanno, invece, ad oggetto la complessiva situazione debitoria e la sua ristrutturazione.

Un ulteriore punto di contatto è costituito dal fatto che pressoché tutte le situazioni di sovraindebitamento vedono - in tutto o quanto meno in una parte significativa - il coinvolgimento di creditori appartenenti al mondo bancario e finanziario.

Sono invece diverse le modalità di accesso alla procedura di sovraindebitamento ed a quella di mediazione. La prima, come già rilevato, è rimessa all'iniziativa esclusiva del debitore. I creditori, pertanto, anche in presenza di situazioni di sovraindebitamento del

debitore per la realizzazione del proprio credito devono passare attraverso il preventivo accertamento giudiziale di quest'ultimo (a meno che non dispongano di un titolo esecutivo non giudiziale rientrante tra quelli indicati dall'art. 474 c.p.c.) e la conseguente procedura esecutiva.

L'accesso alla mediazione ha, invece, carattere obbligatorio in materia bancaria. Le controversie aventi per oggetto i contratti bancari o assicurativi sono soggette alla condizione di procedibilità della mediazione obbligatoria ai sensi dell'art. 5, comma 1 bis, d.lgs. 4 marzo 2010, n. 28 (introdotto dal d.l. 21 giugno 2013, n. 69, convertito nella legge 9 agosto 2013, n. 98 a seguito della pronuncia della Corte Costituzionale, 6 dicembre 2012, n- 272 [Ferraris, 13, 951]) oppure, in alternativa al procedimento disciplinato dall'art. 128 bis T.U.B. (nella versione scaturita dall'art. 29 legge 28 dicembre 2005, n. 269), il quale rinvia ad una delibera CICR per la determinazione dei criteri di svolgimento delle procedure di risoluzione delle controversie e di composizione dell'organo decidente, in modo da assicurare l'imparzialità di quest'ultimo e la rappresentatività dei soggetti interessati, oltre che la rapidità, l'economicità della soluzione delle controversie e l'effettività della tutela [Auletta, 13, 1521].

L'instaurazione di una controversia giudiziale in materia bancaria e finanziaria richiede, pertanto, il necessario e preventivo esperimento di un tentativo stragiudiziale di composizione della controversia, o attraverso il procedimento di mediazione disciplinato dal decreto legislativo n. 28/2010 o attraverso l'ABF (Arbitrato Bancario e Finanziario), il quale, a seguito della disciplina adottata con la delibera CICR del 29 luglio 2008, n. 275, ha iniziato formalmente ad operare in data 15 ottobre 2009 [in merito all'ABF si rimanda a Capobianco, 12, 575 e Guizzi, 11, 1216].

È possibile che il debitore, prima che insorga una controversia con il proprio creditore, possa svolgere un'attività stragiudiziale di negoziazione con quest'ultimo.

Laddove ciò non avvenga il creditore, che non sia già munito di un titolo esecutivo stragiudiziale, dovrà agire in giudizio per ottenere la condanna del debitore al pagamento di quanto dovuto. Può altresì accadere che sia il debitore ad agire in giudizio nei confronti del proprio creditore al fine di contestare l'applicazione di commissioni e interessi non dovuti su un capitale dato in prestito dalla banca e chiedere, pertanto,

l'accertamento del credito (spesso con un'azione di carattere preventivo, finalizzata ad ostacolare quella imminente della banca, che magari ha chiesto un rientro dall'esposizione debitoria, passando i crediti in sofferenza).

Nella maggior parte dei casi, tuttavia, il debitore è titolare di un patrimonio il cui ammontare non è in grado di coprire neppure la somma dovuta alla banca in linea capitale. Rispetto al problema della quantificazione dell'importo che il cliente deve restituire alla banca si pone, quindi, con maggiore urgenza il passaggio cruciale relativo alla ristrutturazione del debito. In altre parole, a fronte di una pretesa creditoria pari a dieci ed un patrimonio pari a cinque il problema non è tanto di stare a discutere su commissioni o interessi che possono incidere per un valore di due, ma è piuttosto quello della ristrutturazione del debito e delle soluzioni possibili per ottenere l'esdebitazione.

In presenza di una situazione di sovraindebitamento il debitore è portato ad intraprendere una strategia finalizzata a resistere alla domanda di adempimento del credito, soprattutto nelle ipotesi critiche, come quando sia iscritta un'ipoteca sull'abitazione principale. Tale strategia viene avallata dal fatto che, solitamente, le banche non portano avanti la procedura esecutiva fino al passaggio in giudicato della sentenza di condanna. Da tale situazione scaturisce un contenzioso per tre gradi di giudizio (oltre ad una successiva procedura di espropriazione forzata), protratto anche quando – anche a ritenere fondate le contestazioni in materia di usura, commissione di massimo scoperto ed altro - il debitore non dispone comunque delle risorse patrimoniali per poter restituire il capitale ricevuto in prestito.

In un contesto simile la mediazione può svolgere un ruolo importante nella composizione delle reciproche pretese vantate dalle parti, soprattutto laddove l'oggetto si sposti dalle complesse questioni giuridiche inerenti la normativa bancaria alle effettive possibilità di realizzazione del credito in relazione al patrimonio che ne costituisce la garanzia ai sensi dell'art. 2740 c.c.

La mediazione può quindi diventare un territorio elettivo se e nella misura in cui riesca a proporre soluzioni conciliative della singola controversia, tenendo conto della complessiva situazione economica del debitore e della sua esposizione debitoria, anche in relazione alle soluzioni offerte dalla legge sul sovraindebitamento.

Occorre tenere presente che la scelta di ricondurre l'accesso alle procedure disciplinate dalla legge n. 3/2012 alla sola iniziativa del debitore è un'opzione legislativa sicuramente frutto di una scelta di economia giudiziale finalizzata a non intasare i tribunali di procedure minori, al fine di non vanificare la scelta operata dalla riforma della legge fallimentare del 2005 con l'introduzione delle soglie di fallibilità.

Sul piano della concretezza degli effetti applicativi, tuttavia, tale scelta costituisce uno dei fattori che non ha consentito la diffusione applicativa della disciplina del sovraindebitamento, in considerazione dell'elevato tasso di tecnicità della legge n. 3/2012 e del fatto che i soggetti che ne sono destinatari (soprattutto le persone fisiche) non hanno in via ordinaria contatti continuativi con professionisti che siano in grado di fornire un supporto tecnico – giuridico adeguato al fine di prendere conoscenza delle possibili soluzioni della propria situazione di crisi, a differenza di quanto avviene, invece, per l'imprenditore.

Una soluzione a questo problema potrebbe essere pertanto costituita dal passaggio obbligatorio attraverso la procedura di mediazione nell'ambito del contenzioso bancario, anche nella prospettiva di evidenziare al debitore, in tale sede, possibili scelte di tipo concorsuale, tali da consentire di affrontare l'intera esposizione debitoria ed al contempo rendere più appetibile al creditore l'accettazione di una soluzione transattiva, nella prospettiva di poter ottenere - proprio grazie al successivo ricorso ad una procedura concorsuale - in via più rapida la realizzazione, anche percentuale (ma pur sempre secondo le concrete possibilità del debitore) del proprio debito. Tanto più che il ricorso alla procedura concorsuale può facilitare il ricorso alla c.d. finanza terza. Difatti, sebbene l'adempimento da parte del terzo sia un istituto contemplato nella disciplina generale delle obbligazioni (art. 1180 c.c.) e non possa pertanto essere esclusivo appannaggio dell'area della concorsualità, costituisce il portato esclusivo di quest'ultima l'istituto dell'esdebitazione, cosa che può incentivare – a differenza di quanto accade nelle procedure individuali – l'apporto del terzo in funzione soddisfattoria delle altrui pretese creditorie.

L'accostamento della procedura di mediazione con la scelta di ricorrere ad una delle procedure disciplinate dalla legge n. 3/2012 porta quindi a molteplici vantaggi.

Il ricorso alla mediazione consente, in primo luogo, di ottenere l'immediata formazione di un titolo esecutivo, anche con la rinuncia ad una parte del debito dovuto da parte della banca, soprattutto in presenza di patrimoni incapienti a garantire la restituzione di quanto dovuto. L'art. 12 d.lgs. n. 28/2010 prevede, infatti, che: *“Ove tutte le parti aderenti alla mediazione siano assistite da un avvocato, l'accordo che sia stato sottoscritto dalle parti e dagli stessi avvocati costituisce titolo esecutivo per l'espropriazione forzata, l'esecuzione per consegna e rilascio, l'esecuzione degli obblighi di fare e non fare, nonché per l'iscrizione di ipoteca giudiziale.”*

In secondo luogo l'esito positivo della mediazione permette di risparmiare tre gradi di giudizio ed una procedura di esecuzione forzata (inidonea ad assicurare una sufficiente tutela al debitore ed ai creditori sui quali finisce per gravare anche il pregiudizio della dispersione dei beni e l'eccessiva durata dei processi [Lo Cascio, 12, 1021 e Maineri, 12, 1029]) e di usare le spese legali di tre gradi di giudizio e della procedura esecutiva (che andrebbero in privilegio o in prededuzione) per la ristrutturazione del debito attraverso una delle procedure disciplinate dalla legge n. 3/2012.

In terzo luogo il collegamento tra mediazione e procedure ex legge n. 3/2012 consente ai creditori di poter ottenere, seppure alla luce delle limitate possibilità patrimoniali del debitore, la miglior realizzazione del diritto di credito nel minor tempo possibile. La concorsualità consente, infatti, ai creditori di ottenere forme migliori di recupero, rispetto alle ipotesi in cui la situazione sia lasciata in mano ad un singolo creditore, mosso da intenti egoistici [Rispoli Farina M., 14, 647].

Ex latere debitoris l'accesso alle procedure del sovraindebitamento consente di giungere all'esdebitazione, dando così una possibilità di ripartire alle persone in difficoltà, soprattutto in un contesto di crisi economica come quello attuale. A tal proposito occorre rilevare come tra le procedure disciplinate dalla legge n. 3/2012 solo l'accordo di ristrutturazione ed il piano del consumatore abbiano effetti esdebitatori immediati. Tale effetto non è invece ricollegato, in via immediata, alla procedura di liquidazione dei beni ex art. 14 ter legge n. 3/2012, posto che l'istanza deve essere presentata entro l'anno successivo alla chiusura della procedura, che ha una durata minima di quattro anni.

È da rilevare come l'esdebitazione costituisca una misura di carattere sociale, che tuttavia non esplica i propri effetti nella sola sfera del singolo debitore. Difatti, la prospettiva dell'esdebitazione, sia pure in un arco temporale non breve, può incentivare il debitore a mettere a disposizione dei creditori i propri beni, senza resistere in modo pretestuoso e dilatorio alle iniziative giudiziali di questi ultimi. Ciò si verifica, tuttavia, solamente in presenza di un supporto professionale tale da mettere il debitore in grado di comprendere la complessità delle questioni di tipo concorsuale.

Da un punto di vista delle istanze pubblicistiche sottese al processo civile occorre, infine, rilevare come il ricorso alla procedura di sovraindebitamento consenta di risparmiare quattro processi (tre gradi di giudizio necessari per l'accertamento del credito e la definitività della sentenza di condanna ed il procedimento di espropriazione forzata).

Nella pratica la concreta possibilità di attuare simili soluzioni è resa particolarmente difficile dalle rigidità delle contrapposte prese di posizioni dei soggetti in conflitto.

Da un lato si trovano spesso iniziative di mera resistenza processuale alle richieste di adempimento del credito, finalizzate a far guadagnare tempo, confidando sui tempi necessari alla definizione dei processi da parte di un sistema giudiziario ingolfato.

Dall'altro lato si riscontra, spesso, una gestione eccessivamente centralizzata del contenzioso da parte delle banche, oltre che forme di eccessiva burocratizzazione che portano a preferire la decisione giurisdizionale che statuisce sull'esistenza e sul modo di essere di un diritto, esonerando in tal modo da ogni responsabilità in ordine ad un eventuale accordo transattivo.

Nella pratica – ancorché manchino precisi dati statistici – sono rari gli accordi raggiunti in sede di mediazione svolta nell'ambito del contenzioso bancario.

Un sistema così concepito è fatalmente destinato a generare un involuzione: in mancanza della ristrutturazione del debito e dell'esdebitazione non possono ripartire i consumi, che costituiscono un fattore propulsivo determinante della ripresa economica e conseguentemente, anche chi svolge attività di impresa bancaria risente di un *impasse*, dovendo muoversi nelle secche dei crediti in sofferenza, così come chi esercita attività di impresa in genere.

4. Gli organismi di composizione della crisi e gli organismi di mediazione.

La soluzione ai problemi appena indicati non può che essere un mutato atteggiamento culturale per la realizzazione del quale un ruolo importante può essere svolto proprio dagli organismi di mediazione disciplinati dal d.lsg. n. 28/2010, anche in considerazione della possibile coincidenza soggettiva che può venirsi a creare con gli Organismi di composizione della crisi disciplinati dalla legge n. 3/2012 (c.d. OCC), come ad esempio nel caso degli ordini degli avvocati e dei commercialisti.

È bene precisare come gli OCC, a differenza degli organismi di mediazione, svolgano oltre a compiti di interrelazione tra vari soggetti privati coinvolti a vario titolo nella crisi in funzione della ricerca di un accordo, anche compiti di consulenza, attestazione, relazione, vigilanza [per Lo Cascio, 12, 1025, si tratta di una figura complessa e disomogenea della quale sono chiamati a far parte soggetti dotati di esperienze, qualità e cultura difficilmente riconducibili all'unitarietà dell'incarico ed alla natura delle funzioni esercitate].

È di particolare interesse il confronto tra il piano dei requisiti soggettivi richiesti per l'assunzione della qualifica di organismi di mediazione ai sensi del d.lgs. n. 28/2010 e quelli richiesti per assumere la qualifica di OCC.

In merito a questi ultimi l'art. 15 legge n. 3/2012 (nella formulazione risultante dalle modifiche apportate dal d.l. n. 179/2012, convertito nella legge n. 221/2012) prevede che: *“Possono costituire organismi per la composizione delle crisi da sovraindebitamento enti pubblici dotati di requisiti di indipendenza e professionalità determinati con il regolamento di cui al comma 3. Gli organismi di conciliazione costituiti presso le camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura ai sensi dell'articolo 2 della legge 29 dicembre 1993, n. 580, e successive modificazioni, il segretariato sociale costituito ai sensi dell'articolo 22, comma 4, lettera a), della legge 8 novembre 2000, n. 328, gli ordini professionali degli avvocati, dei commercialisti ed esperti contabili e dei notai sono iscritti di diritto, a semplice domanda, nel registro di cui al comma 2.”*

L'art. 4 decreto 24 settembre 2014, n. 202, pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale del prevede infatti che: *“Nel registro sono iscritti, a domanda, gli organismi costituiti dai Comuni, dalle Provincie, dalle Città metropolitane, dalle Regioni e dalle istituzioni universitarie pubbliche.*

Gli organismi di conciliazione costituiti presso le camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura ai sensi dell'articolo 2 della legge 29 dicembre 1993, n. 580, il segretariato sociale costituito ai sensi dell'articolo 22, comma 4, lettera a), della legge 8 novembre 2000, n. 328 e gli ordini professionali degli avvocati, dei commercialisti ed esperti contabili e dei notai sono iscritti di diritto, su semplice domanda, anche quando associati tra loro.”

I requisiti di individuazione degli OCC sono pertanto più ristretti di quelli contemplati dall'art. 19 d.lgs. n. 28/2010, il quale prevede che: *“Gli enti pubblici o privati, che diano garanzie di serietà ed efficienza, sono abilitati a costituire organismi deputati, su istanza della parte interessata, a gestire il procedimento di mediazione nelle materie di cui all'articolo 2 del presente decreto. Gli organismi devono essere iscritti nel registro.”*

La disciplina più ristretta degli OCC rispetto agli organismi di mediazione è riconducibile alla peculiarità dei compiti svolti da tali organismi, che coadiuvano il debitore nella predisposizione della proposta ai creditori, redigono una relazione sulle cause che hanno condotto alla crisi e sulla condotta tenuta dal debitore, attestano la veridicità dei dati e la fattibilità del piano. La scelta di tipo pubblicistico è stata altresì spiegata in relazione al possibile conflitto di interessi in cui viene ad operare l'OCC, che esercita le proprie funzioni non solo nell'interesse del debitore (che lo sceglie e ne paga il corrispettivo), ma anche di quello del ceto creditorio, con il quale è chiamato a collaborare (art. 17, primo comma) e al quale è tenuto a riferire (art. 13, secondo comma), esercitando funzioni di tutela della fede pubblica tipiche di organi delle procedure concorsuali [Guiotto, 12, 1109]. Tuttavia, con specifico riferimento agli enti pubblici la previsione che gli stessi possano costituire organismi di composizione della crisi senza alcun onere per la finanza pubblica (art. 15, IV comma, l. n. 3/2012) non lascia ben sperare in termini di professionalità e di efficienza [Panzani, 12, 28].

La connotazione in senso pubblicistico degli organismi di composizione della crisi ha suscitato reazioni divergenti in dottrina.

È stato infatti rilevato che la mancata attribuzione ai privati della facoltà di costituire organismi di composizione della crisi può destare perplessità, sia perché non consente di intercettare risorse (in assenza di quelle pubbliche) che l'apertura al mercato avrebbe potuto convogliare negli organismi da costituire, sia perché la stessa legge ha previsto (in

via provvisoria e in attesa del regolamento (pubblicato in G.U. in data 27 febbraio 2015) la nomina di privati [Filocamo, 13, 236].

È di avviso diverso chi ritiene che, addirittura, non sia opportuno, per ragioni di professionalità, l'inserimento tra gli OCC degli organismi di conciliazione costituiti presso le camere di commercio ai sensi dell'art. 2 legge 29 dicembre 1993, n. 580 (*“Le camere di commercio, singolarmente o in forma associata, possono tra l'altro: a) promuovere la costituzione di commissioni arbitrali e conciliative per la risoluzione delle controversie tra imprese e tra imprese e consumatori ed utenti.”*) [Fabiani, 12, 18].

L'art. 18 d.l. n. 179/2012 (conv. Legge n. 221/2012) nel riformulare l'art. 15 l. fall, pur lasciando ferma la connotazione pubblicistica degli organismi di composizione della crisi, ha inserito il IX comma, in base al quale: *“I compiti e le funzioni attribuiti agli organismi di composizione della crisi possono essere svolti anche da un professionista o da una società tra professionisti in possesso dei requisiti di cui all'articolo 28 del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267, e successive modificazioni, ovvero da un notaio, nominati dal presidente del tribunale o dal giudice da lui delegato. Fino all'entrata in vigore del regolamento di cui al comma 3, i compensi sono determinati secondo i parametri previsti per i commissari giudiziali nelle procedure di concordato preventivo, quanto alle attività di cui alla sezione prima del presente capo, e per i curatori fallimentari, quanto alle attività di cui alla sezione seconda del presente capo. I predetti compensi sono ridotti del quaranta per cento.”*

I compiti attribuiti agli organismi di composizione della crisi possono essere pertanto svolti anche da soggetti dotati dei requisiti per la nomina a curatore fallimentare. In questo caso, tuttavia, non è il debitore ad individuare l'organismo di composizione della crisi, ma è piuttosto il presidente del tribunale o un giudice da lui delegato ad individuare un professionista [Bertacchini, 13, 2080]. La norma pone un problema ermeneutico, dal momento che il suo testo letterale non ne limita l'applicazione al periodo compreso tra l'entrata in vigore della legge e l'adozione del regolamento in materia di organismi di composizione della crisi, avvenuta solo recentemente con decreto 24 settembre 2014, n. 202, pubblicato nella G.U. 27 febbraio 2015. Difatti, l'inciso *“fino all'entrata in vigore del regolamento di cui al comma 3”* è contenuto nel secondo periodo dell'art. 15, IX comma, legge n. 3/2012, con riferimento al criterio di determinazione dei compensi, ma non nel

primo periodo della norma richiamata che consente di svolgere i compiti di organismi di composizione della crisi ai soggetti muniti dei requisiti ex art. 28 l. fall. Si pone, pertanto il problema se, nonostante l'adozione del decreto n. 202/14, permanga la possibilità di nomina da parte del presidente del tribunale (o da un giudice da lui nominato) di professionisti muniti dei requisiti per lo svolgimento delle funzioni di curatore fallimentare. In tal modo verrebbe, quindi, ad attuarsi un sistema dualistico in base al quale il debitore può scegliere l'OCC iscritto nel registro indicato nell'art. 15, III comma, l. n. 3/2012, mentre il presidente del tribunale può nominare, su istanza del debitore, un professionista munito dei requisiti ex art. 28 l. fall. Tale opzione ermeneutica potrebbe implicare un quadro caratterizzato solo da un'apparente incoerenza sistematica, posto che il carattere pubblicistico e la necessaria iscrizione nel registro degli OCC, sarebbero previsti nell'ipotesi in cui quest'ultimo fosse individuato direttamente dal debitore, mentre la scelta di un professionista sarebbe fatta da un organo giurisdizionale tra i soggetti muniti dei requisiti prescritti dall'art. 28 l. fall. (i quali, com'è noto, non necessitano di alcuna iscrizione a registri particolari per svolgere le funzioni di curatore o di commissario giudiziale in procedure di rilevanza economica assai più significativa).

Anche a non voler ritenere condivisibile tale interpretazione è forse opportuna una maggiore apertura al mercato anche in merito agli organismi di composizione della crisi, quale fattore propulsivo della disciplina del sovraindebitamento. L'attuazione deve essere, infatti, favorita in ragione non solo dell'importante ruolo sociale (soprattutto in un contesto di crisi economica), ma anche per gli effetti assai meno scontati, ma non per questo di minor rilievo, che la legge in esame può svolgere anche a livello di economia dei giudizi, consentendo di poter assorbire nell'ambito di un'unica procedura concorsuale lunghi e costosi processi di accertamento dei crediti e di esecuzione forzata, con evidenti e benefici effetti deflattivi del contenzioso e di certezza dei tempi processuali. È pertanto auspicabile, *de iure condendo*, una maggior estensione degli enti che possono assumere le funzioni di OCC, anche nella prospettiva di un avvicinamento con gli organismi di mediazione, senza pretermettere, tuttavia, le istanze di professionalità sottese all'attuale scelta in senso pubblicistico degli OCC (ma non da escludere anche per gli stessi organismi di mediazione [Ferraris, 13, 951]), imponendo, ad esempio, negli enti

privati la presenza necessaria dei soggetti dotati dei requisiti stabiliti dall'art. 28 l. fall., senza trascurare il fondamentale apporto di professionalità specificamente formate nella composizione dei conflitti di interesse.

De iure condito, la presenza di una sicura area comune di appartenenza tra gli organismi di mediazione individuati dal d.lgs. n. 28/2010 e gli organismi di composizione della crisi disciplinati dalla legge n. 3/2012 porta, comunque, a ritenere possibile la formazione di una cultura comune tanto alla mediazione che alle procedure di sovraindebitamento.

Qualunque riforma, tuttavia, è finalizzata ad avere successo in una materia tanto complessa, nella quale non sono ammesse improvvisazioni, se indipendentemente dalla natura pubblica o privata degli OCC, ne venga assicurata un'adeguata formazione professionale ed un adeguato aggiornamento, oltre che adeguati requisiti di indipendenza, necessari per poter esercitare le relative funzioni, che vanno di fatto a costituire un ibrido tra una pluralità di figure professionali tenute ben distinte nelle procedure disciplinate dalla legge fallimentare.

D'altra parte anche le stesse categorie professionali (avvocati, commercialisti, notai) ammessi di diritto all'iscrizione agli OCC, nonostante la propensione naturale a confrontarsi con le complesse problematiche della legge n. 3/2012, necessitano di un'idonea specializzazione per potersi orientare in una materia tanto tecnica e specialistica come quella del sovraindebitamento.

È pertanto auspicabile partire da quello che è possibile fare con gli strumenti concessi dalla legislazione vigente. In tale prospettiva le potenzialità del collegamento tra la mediazione e la legge sul sovraindebitamento sono rimesse all'organizzazione degli ordini professionali, che possono svolgere tanto le funzioni di organismi di mediazione che di organismi di composizione della crisi.

Bibliografia

Auletta F., *art. 128 bis t.u.b.*, in *Commento al Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia* (a cura di Costa C.), Torino, 2013, 1521; Bertacchini E., art. 7 legge n. 3/2012,

in *Commentario breve alla legge fallimentare* (di Maffei Alberti A.), Padova, 13, 2030, 2080; Capobianco E., *La risoluzione stragiudiziale delle controversie tra mediazione e procedura dinanzi all'Arbitro Bancario Finanziario*, in *Obbligazioni e Contratti*, 2012, 8-9, 572; Dalfino D., *Dalla conciliazione societaria alla «mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali»*; in www.judicium.it, 2010, 2; D'Amora R., *Concordato preventivo e piccolo concordato ex L. 3 del 2012: un incrocio possibile, anzi probabile*, in www.osservatorio-oci.org, 2014; Ferro M., *L'insolvenza civile*, in *Sovraindebitamento e usura* (a cura di Ferro M.), Milano, 2012, 51; Fabiani, *La gestione del sovraindebitamento del debitore "non fallibile" (d.l. 212/2011)*, 2012, doc. n. 278/12, in www.ilcaso.it; Ferraris F., *La novellata mediazione nelle controversie civili e commerciali: luci e ombre di un procedimento "revitalizzato"*, in *Contratti*, 2013, 10, 951; Guiotto A., *Gli organismi di composizione della crisi*, in *Fall.*, 2012, 9, 1109; Guizzi, *L'arbitro bancario finanziario nell'ambito dei sistemi di adr: brevi note intorno al valore delle decisioni dell'ABF*, in *Società*, 2011, 10, 1216; Impagnatiello G., *La mediazione civile nella cornice europea*, *Giur. it.*, 12, 1; Lo Cascio, *La composizione delle crisi da sovraindebitamento*, in *Fall.*, 2012, 9, 1021, 1025; Maimeri, *Presupposti soggettivi ed oggettivi di accesso*, in *Fall.*, 2012, 9, 1029; Panzani L., *Composizione della crisi da sovra indebitamento*, *Nuovo dir. delle società*, 2012, 28; Panzani L., *La nuova disciplina del sovraindebitamento dopo il d.l. 18 ottobre 2012, n. 179*, in www.ilfallimentarista.it, 2012, 3; Rispoli Farina M., *La nuova disciplina del sovraindebitamento del consumatore*, in *Dir. Fall.*, 14, 6, 647.

Giurisprudenza

Tribunale di Pistoia, 23 febbraio 2015, Msv.00023, in www.osservatorio-oci.org;
Tribunale di Pistoia, 28 febbraio 2014, Msv.00005, in www.osservatorio-oci.org