



Dipartimento di Giurisprudenza
Corso di Laurea Magistrale

Tesi di Laurea

in

Istituzioni di Diritto Privato

Il sovraindebitamento del consumatore

Relatore: Chiar.mo
Prof. Ettore Battelli

Laureanda:
Martina Bertuzzi

Anno Accademico 2015-2016

www.osservatorio.oci.org

Alla mia famiglia

Indice

<i>Introduzione</i>	I
<i>Capitolo I</i>	1
<i>Il percorso storico attraverso il quale si giunge alla disciplina del sovraindebitamento del consumatore</i>	1
1. <i>Il fenomeno del sovraindebitamento del consumatore</i>	2
1.1. <i>L'origine del termine "sovraindebitamento" nel nostro ordinamento</i>	6
1.2. <i>Nozione e caratteristiche del sovraindebitamento nella legge del 27 gennaio 2012 n. 3 e nel decreto legge di riforma del 18 ottobre 2012 n. 179</i>	7
1.3. <i>Le cause socio-economiche: l'indebitamento attivo, passivo e differito</i>	10
1.3.1. <i>L'indebitamento attivo</i>	11
1.3.2. <i>L'indebitamento passivo</i>	15
1.3.3. <i>L'indebitamento differito</i>	18
2. <i>Il debitore civile e commerciale in Italia: una visione d'insieme</i>	19
2.1. <i>Il debitore civile e il debitore commerciale: la disciplina previgente nel codice civile e nel codice del commercio</i>	22
2.2. <i>Il codice civile del 1942, l'unificazione dei codici civile e commerciale e l'auspicio di una uniformità di disciplina</i>	23
2.3. <i>L'insolvenza civile e commerciale negli interventi legislativi del '42</i>	24
2.4. <i>La riforma della legge fallimentare: un'occasione mancata per la regolamentazione della disciplina sul sovraindebitamento</i>	29
2.5. <i>Il tentativo di utilizzare l'istituto della cessione dei beni per far fronte al fenomeno del sovraindebitamento</i>	34
2.5.1. <i>L'istituto della cessione dei beni</i>	36
2.5.2. <i>I motivi dell'inadeguatezza della cessione dei beni per far fronte al fenomeno del sovraindebitamento</i>	37
2.6. <i>I vantaggi del debitore civile nell'utilizzo delle procedure concorsuali rispetto alle procedure di esecuzione individuale</i>	39
2.6.1. <i>I vantaggi comuni a creditori e debitore</i>	40
2.6.2. <i>I vantaggi per i creditori</i>	43
2.6.3. <i>I vantaggi per il debitore</i>	47
2.7. <i>La scelta del legislatore di prevedere una disciplina a parte per il sovraindebitamento</i>	48

3. <i>La disciplina del sovraindebitamento del debitore civile</i>	52
3.1. <i>L'iter legislativo precedente alla nascita della l. 3/2012 e del d.l. 179/2012</i>	52
3.2. <i>Il procedimento previsto dal decreto legge n. 212/2011</i>	55
3.3. <i>Il procedimento previsto dalla legge n. 3/2012</i>	58
3.4. <i>Critiche della dottrina relative alla legge n. 3/2012</i>	61
3.5. <i>Il procedimento previsto dal d.l. n. 179/2012</i>	66
<i>Capitolo II</i>	70
<i>Le tre modalità di soluzione della crisi del sovraindebitamento del consumatore: analisi degli istituti</i>	70
1. <i>I tre procedimenti disponibili per il consumatore previsti dal decreto legge n. 179/2012 e la ratio delle tre discipline</i>	71
1.1. <i>Il piano del consumatore: la struttura del procedimento</i>	74
1.2. <i>L'accordo di composizione della crisi: la struttura del procedimento</i>	81
1.3. <i>I presupposti oggettivi e soggettivi per l'accesso al procedimento</i>	89
1.3.1. <i>Il presupposto oggettivo: lo stato di sovraindebitamento</i>	90
1.3.2. <i>Il presupposto soggettivo: la qualifica di consumatore nelle prime interpretazioni</i>	97
1.3.3. <i>Il presupposto soggettivo: il consumatore nella prima pronuncia di legittimità</i>	103
1.4. <i>La natura giuridica del piano del consumatore</i>	106
1.4.1. <i>Il piano come proposta</i>	107
1.4.2. <i>Il piano come concordato coattivo</i>	109
1.5. <i>La natura giuridica dell'accordo di composizione della crisi</i>	113
1.5.1. <i>Accordo come elemento essenziale del contratto, accordo maggioritario o deliberazione maggioritaria?</i>	114
1.5.2. <i>Accordo come deliberazione maggioritaria: elementi in comune con il concordato preventivo e fallimentare</i>	116
1.6. <i>Piano e accordo: i contenuti</i>	121
1.7. <i>L'omologazione del piano e dell'accordo</i>	125
1.7.1. <i>L'omologazione del piano : il giudizio di meritevolezza</i>	125
1.7.2. <i>L'omologazione dell'accordo</i>	132
1.7.3. <i>Gli effetti del piano e dell'accordo omologati</i>	134
1.7.4. <i>L'esecuzione del piano e dell'accordo</i>	140
1.8. <i>Le azioni di annullamento e di risoluzione dell'accordo</i>	146
1.8.1. <i>L'azione di annullamento dell'accordo</i>	149
1.8.2. <i>L'azione di risoluzione dell'accordo</i>	152
1.9. <i>La revoca del piano e dell'accordo omologato</i>	156
2. <i>La procedura di liquidazione del patrimonio</i>	158
3. <i>Il procedimento di esdebitazione</i>	163

<i>Capitolo III</i>	174
<i>La tutela preventiva del sovraindebitamento</i>	174
1. <i>Premessa</i>	175
1.1. <i>Gli strumenti di tutela preventiva e le esigenze sottese</i>	176
1.2. <i>Studi dell'Unione europea sul sovraindebitamento</i>	182
2. <i>La Direttiva Europea 2008/48/CE e la disciplina preventiva del sovraindebitamento</i>	185
2.1. <i>Il responsible borrowing nella Direttiva 2008/48/CE</i>	188
2.2. <i>Il responsible lending nella Direttiva 2008/48/CE</i>	195
2.3. <i>I limiti della Direttiva 2008/48/CE</i>	198
3. <i>La disciplina del credito responsabile in Italia</i>	200
3.1. <i>La disciplina del responsible borrowing in Italia</i>	201
3.1.1. <i>L'educazione finanziaria</i>	201
3.1.2. <i>Le informazioni pubblicitarie</i>	206
3.1.4. <i>Gli obblighi post-contrattuali</i>	216
3.2. <i>La disciplina del responsible lending in Italia</i>	216
3.2.1. <i>Le responsabilità del finanziatore</i>	221
3.3. <i>La responsabilità del consumatore</i>	226
4. <i>La Direttiva 2014/17/UE</i>	227
4.1. <i>La disciplina del responsible borrowing alla luce della Direttiva 2014/17/UE</i>	230
4.1.1. <i>Le informazioni pubblicitarie e generali</i>	231
4.1.2. <i>Le informazioni personalizzate</i>	232
4.1.3. <i>Le violazioni degli obblighi informativi e le relative conseguenze</i>	233
4.2. <i>La disciplina del responsible lending alla luce della Direttiva 2014/17/UE</i>	235
4.2.1. <i>L'obbligo di valutazione del merito creditizio</i>	237
5. <i>Il recepimento della Direttiva 2014/17/UE in Italia</i>	239
5.1. <i>Pubblicità ed obblighi precontrattuali</i>	241
5.2. <i>La valutazione del merito creditizio nel d.lgs. n. 72/2016</i>	243
5.3. <i>La Direttiva 2014/17/UE e il relativo d.lgs. n. 72/2016: una efficace prevenzione al sovraindebitamento?</i>	244
6. <i>Prospettive comparatistiche al problema del sovraindebitamento: l'approccio degli Stati Uniti</i>	247

Conclusioni

253

Bibliografia

255

www.osservatorio.oci.org

Introduzione

L'attuale crisi economica, la crescita della globalizzazione, il progressivo aumento del fenomeno del consumismo, la crisi della famiglia, i problemi improvvisi di salute o la perdita di lavoro sono alcune delle possibili cause che hanno contribuito e contribuiscono oggi giorno ad incrementare ed esasperare il fenomeno del sovraindebitamento delle famiglie all'interno di tutti i paesi, europei o non.

In risposta a tale fenomeno ogni Stato si è attivato, chi prima, chi dopo, a introdurre discipline atte sia a prevenirlo, in modo tale da arrestare la sua diffusione, che a disciplinarlo, trovando soluzioni giudiziali o stragiuridiziali che permettessero al consumatore di trovare una speranza di uscita dal circolo vizioso dei debiti e dalle sue relative conseguenze.

L'Italia, seppur molto in ritardo rispetto agli altri paesi, si è attivata anch'essa per debellare il problema del sovraindebitamento delle famiglie italiane, che da fenomeno meramente individuale era diventato una vera e propria piaga sociale, portando sia a conseguenze negative per il mercato, sia talvolta a tristi episodi di suicidio, che sono emersi nelle pagine di cronaca nazionali.

Questa indagine si è proposta in primo luogo, all'interno del primo capitolo, di descrivere il fenomeno del sovraindebitamento e di esaminarne le cause, sociali ed economiche prima ancora che giuridiche (racchiuse nelle categorie dell'indebitamento attivo, passivo e differito).

Quindi si è esaminata la condizione del debitore civile e del debitore commerciale in Italia, e l'autonomia che le due categorie hanno per lungo tempo mantenuto nella regolamentazione interna, la prima disciplinata attraverso la materia delle obbligazioni e delle esecuzioni individuali, la seconda, disciplinata inizialmente nel codice del commercio e alla quale sono riservate le procedure concorsuali, e si sono analizzati i motivi alla base di una tale distinzione di disciplina.

Si è ricostruita la scelta del legislatore, laddove a partire dal 2005 è intervenuto a riformare profondamente le procedure concorsuali, di mantenere il dualismo tra debitore civile e commerciale (al quale per la prima volta si apriva la possibilità dell'esdebitazione) e le critiche mosse dalla dottrina.

Si è esaminata la possibilità di utilizzare strumenti già propri del nostro ordinamento, benché di non frequente applicazione, quali la cessione dei beni ai creditori, per risolvere il problema della liberazione del debitore civile da una situazione debitoria che non sia più in grado di sostenere e si è cercato di porre in luce l'insufficienza dello strumento delle esecuzioni individuali, a fronte di situazioni consimili, anche ai fini della migliore soddisfazione dell'interesse dei creditori.

Si è sottolineato, in particolare, l'inadeguatezza dell'istituto della esecuzione individuale a fronte di una situazione di eccessivo indebitamento in cui sia presente una massa creditoria consistente.

Si è messo in luce il fatto che nella disciplina delle esecuzioni individuali, predisposta normalmente per la soddisfazione di un singolo o pochi creditori, è permesso il concorso di più creditori, ma senza gli effetti dell'universalità, ossia del coinvolgimento dell'intero patrimonio nella procedura, né del pieno rispetto della *par condicio creditorum*, tipici delle procedure concorsuali, né tanto meno del beneficio della liberazione dei debiti (c.d. esdebitazione o *discharge*).

In questo quadro complesso, in cui si poneva l'urgenza d'interventi risolutivi, è intervenuto il legislatore italiano, con un articolato iter legislativo che si è cercato di ricostruire, che ha portato dapprima all'approvazione della legge n. 3 del 27 gennaio 2012 e quindi, in meno di un anno, alle repentine e significative modifiche apportate dal decreto legge n. 179 del 18 ottobre 2012, convertito in legge n. 221 del 17 dicembre 2012.

Si è proceduto quindi, all'interno del secondo capitolo, ad esaminare approfonditamente le tre modalità di soluzione della crisi del sovraindebitamento del consumatore introdotte dagli interventi legislativi

indicati: il piano del consumatore, l'accordo di composizione della crisi, l'effetto esdebitativo che essi producono, la liquidazione, l'esdebitazione.

Attraverso un dettagliato esame dei procedimenti si sono posti in luce i presupposti di essi, in parte comuni, in parte autonomi, si è indagata la natura giuridica di ciascuno, si sono evidenziati i punti di contatto e le differenze con le procedure concorsuali.

Attraverso l'esame delle prime pronunce giurisprudenziali, di legittimità e di merito, si è cercato di ricostruire la nozione di consumatore presa in considerazione dalla disciplina sul sovraindebitamento e di enucleare i primi problemi interpretativi (indicando ove possibile le soluzioni che sembrano più opportune).

Inoltre, nel terzo capitolo è stata affrontata un'ulteriore soluzione al sovraindebitamento, che non può essere tralasciata dai vari Stati, per fronteggiare adeguatamente tale fenomeno, ovvero la sua tutela preventiva, che si articola attraverso una più efficace disciplina dei contratti di credito, stipulati talvolta in maniera poco responsabile ed opportunistica sia da parte del finanziatore (atteggiamento di *irresponsible lending*), che da parte del professionista (atteggiamento di *irresponsible borrowing*).

E' stata analizzata prima di tutto la disciplina dettata dalle istituzioni europee, che per prime si sono attivate nel prevenire il diffondersi del fenomeno del sovraindebitamento e le sue conseguenze negative: ovvero l'alterazione del mercato, da una parte e l'eccessivo impoverimento delle famiglie, dall'altro, attraverso due principali interventi legislativi: la Direttiva n. 2008/48/CE in materia di credito ai consumatori, recepita dallo Stato italiano con il d.lgs. n. 141 del 13 agosto 2010 e la Direttiva 2014/17/UE sui contratti di credito ai consumatori relativi all'acquisto di beni immobili residenziali, appena recepita con il d.lgs. del 21 aprile 2016, entrato in vigore il 4 giugno 2016. Si è accennato, inoltre, ai principali studi delle istituzioni europee sul fenomeno del sovraindebitamento.

E' stata analizzata la disciplina preventiva del sovraindebitamento attualmente in vigore in Italia, consistente nei due decreti legislativi sopra

accennati, uno per i contratti di credito al consumo e l'altro per i contratti, sempre dei consumatori, ma relativi all'acquisto finanziato del bene-casa. Sono stati evidenziati gli aspetti critici della normativa di recepimento della direttiva sul credito al consumo, in riferimento in particolare all'assenza di una disciplina relativa alle responsabilità del finanziatore e del consumatore, e la più puntuale regolamentazione degli obblighi informativi e della considerazione del merito creditizio contenuti nella c.d. direttiva mutui e nella sua normativa di recepimento.

Preme sottolineare che il superamento del fenomeno, sociale ed economico, prima che giuridico, del sovraindebitamento del consumatore, passa attraverso una stretta interazione tra gli strumenti di tutela preventiva e successiva.

A conclusione dell'indagine eseguita, pur nella consapevolezza della molteplicità e della complessità dei problemi esistenti, si può aggiungere che la soluzione dei problemi interpretativi ed applicativi in materia di sovraindebitamento non è poi forse del tutto demandata ad interventi futuri del legislatore ma può trovare la sua chiave nella valorizzazione in sede interpretativa delle norme già esistenti a tutela del consumatore, e nella clausola generale di buona fede.

Capitolo I

Il percorso storico attraverso il quale si giunge alla disciplina del sovraindebitamento del consumatore

SOMMARIO: 1. Il fenomeno del sovraindebitamento del consumatore. - 1.1. L'origine del termine "sovraindebitamento" nel nostro ordinamento. - 1.2. Nozione e caratteristiche del sovraindebitamento nella L. 27 gennaio 2012 n. 3 e nel decreto legge di riforma 18 ottobre 2012 n. 179. - 1.3. Le cause socio-economiche: l'indebitamento attivo, passivo e differito. - 1.3.1. L'indebitamento attivo. - 1.3.2. L'indebitamento passivo. - 1.3.3. L'indebitamento differito. - 2. La disciplina del debitore commerciale e civile in Italia: una visione d'insieme. - 2.1 Il debitore civile e il debitore commerciale: la disciplina previgente nel codice civile e nel codice del commercio e l'originario concetto d'insolvenza civile e commerciale. - 2.2. Il codice civile del 1942, l'unificazione dei codici civile e commerciale e l'auspicio di una uniformità di disciplina. - 2.3. La riforma della legge fallimentare: un'occasione mancata per la regolamentazione della disciplina sul sovraindebitamento. - 2.4. Il tentativo di utilizzare l'istituto della cessione dei beni per far fronte al fenomeno del sovraindebitamento. - 2.4.1. L'istituto della cessione dei beni. - 2.4.2. I motivi della inadeguatezza della cessione dei beni per far fronte al fenomeno del sovraindebitamento - 2.5. I vantaggi del debitore civile nell'utilizzo delle procedure concorsuali rispetto alle procedure di esecuzione individuale. - 2.5.1. I vantaggi comuni a creditori e debitore. - 2.5.2. I vantaggi per i creditori. - 2.5.3. I vantaggi per il debitore - 2.6. La scelta del legislatore di prevedere una disciplina separata per il sovraindebitamento. - 3. La disciplina del sovraindebitamento del debitore civile. - 3.1. L'iter legislativo precedente all'emanazione della l. 27 gennaio 2012 n. 3 e del d.l. 18 ottobre 2012 n. 179. - 3.2. La disciplina prevista dal decreto legge 22 dicembre 2011 n. 212. - 3.3. La disciplina prevista dalla legge 27 gennaio 2012 n. 3. - 3.4. Critiche della dottrina relative alla legge 27 gennaio 2012 n. 3 - 3.5. Il procedimento previsto dal d.l. 18 ottobre 2012 n. 179.

1. *Il fenomeno del sovraindebitamento del consumatore*

Il sovraindebitamento, ovvero l'incapacità dell'individuo di sostenere il peso dei debiti contratti attraverso le proprie entrate abituali, è un fenomeno che solo di recente ha avuto una sua disciplina nell'ordinamento italiano, per ragioni che avremo modo di sviluppare nel corso di questo capitolo.

Tuttavia esso non è un fenomeno della nostra generazione, né la sua origine risale al secolo scorso, come si potrebbe pensare essendo stato disciplinato nei principali ordinamenti nell'ambito dello stesso periodo storico, bensì è presente fin dall'antichità classica, anche se determinato all'epoca da fattori in parte differenti rispetto a quelli presenti nell'età contemporanea.

A quei tempi era una condizione che coinvolgeva unicamente le classi sociali povere, che si trovavano nell'impossibilità non temporanea di pagare i propri debiti, a causa solitamente di eccessive imposizioni fiscali o degli interessi usurari applicati ai prestiti¹.

Di tale fenomeno ci parlano molti storici o filosofi dell'antichità, in quanto era un problema che destava malcontento all'interno delle classi meno abbienti, e preoccupazione nei governanti, a fronte del rischio di rivolte della popolazione.

Aristotele, nella *"Costituzione degli ateniesi"*, ci riporta che Solone nel 594 a.c., non favorevole al rimedio della schiavitù per debiti, adottò alcune misure volte a cancellare i debiti dei piccoli produttori agricoli ridotti in schiavitù a causa dell'eccessivo inadempimento².

¹ Nella *"Politica"* Aristotele condannava la pratica dell'usura vista allora come principale fonte di sovraindebitamento, affermando: <<Non è naturale ma praticata dagli uni a spese degli altri, che provoca riprovazione ed odio in quanto trae guadagno dal denaro stesso e non da ciò per cui fu escogitato: infatti esso fu introdotto in vista di uno scambio, mentre l'interesse lo fa crescere di più, sicché è tra i modi di guadagno il più contrario alla natura>>. V. A. ARNESE, *Usura e modus, Il problema del sovraindebitamento da mondo antico all'attualità*, Cacucci Editore, Bari, 2013, p. 19 s.

² A. ARNESE, *Usura e modus, Il problema del sovraindebitamento dal mondo antico all'attualità*, cit., p. 25 s.

La stessa cosa accadeva nell'antica Roma, in cui avvenivano vere e proprie rivoluzioni³ per combattere le previsioni legislative eccessivamente rigide che stabilivano la pena della schiavitù per chi versasse in una situazione di sovraindebitamento.

Cicerone, nell'orazione "*Pro Quinctio*", paragonava addirittura l'insolvenza del debitore al suo funerale, ricorrendo alle metafore "*funus*" ed "*exequiae*", cosa che ci fa indubbiamente riflettere sulla condizione degradante a cui portava il fenomeno del sovraindebitamento fin dall'antichità.

In realtà, il brano di Cicerone trae origine da una delle possibili conseguenze a cui poteva portare davvero all'epoca il sovraindebitamento, in quanto le XII Tavole prevedevano addirittura la dissezione del cadavere del debitore inadempiente tra i creditori, quasi fosse una sorta di bene da dividere, piuttosto che una persona in carne ed ossa.

Nelle società economicamente più evolute, il rimedio della schiavitù per debiti è scomparso, ma non il problema del sovraindebitamento.

Tale fenomeno, tuttavia, fino alla seconda metà del XX secolo ha avuto una rilevanza sociale marginale, in quanto coinvolgeva solo piccole parti della popolazione meno abbiente.

Negli ultimi cinquant'anni ha assunto però proporzioni allarmanti che lo hanno reso non più ignorabile dai principali Stati europei ed extraeuropei⁴, e delle istituzioni europee.

Dagli anni settanta si segnalano una serie di interventi legislativi volti a prevedere una disciplina specifica per esso.

La prima legge europea sul sovraindebitamento è stata quella danese (1984), poi seguita da quella francese (*Loi Neiertz* del 1989), da quella portoghese (1993), finlandese (1993), svedese (1995), tedesca (1999), spagnola (2003), greca (2010), inglese (2005).

³ A ARNESE, *Usura e modus, Il problema del sovraindebitamento dal mondo antico all'attualità*, cit., p. 27 s.

⁴ In merito v. D. CERINI, *Sovraindebitamento e consumer bankruptcy*, Giuffrè, Milano, 2012, p. 19 ss.

L'Italia è stata uno degli ultimi paesi a disciplinare il fenomeno, nel 2012 con la legge del 18 gennaio n. 3, riformata, quasi subito, con il decreto legge del 18 ottobre 2012 n. 179.

Per quanto riguarda i paesi extraeuropei, gli Stati Uniti nel 2005 hanno riformato la legge fallimentare con il BAPCPA "*Bankruptcy Abuse Prevention and Consumer Protection Act*"⁵.

In parallelo si sono avuti anche degli interventi a livello europeo, in particolare due Direttive, ovvero la Direttiva del 23 aprile 2008 n. 48 e la Direttiva 4 febbraio 2014 n. 17, volte a disciplinare in via preventiva il sovraindebitamento (la seconda, in particolare, dedicata ai contratti di credito ai consumatori per l'acquisto di immobili), predisponendo una più efficace disciplina del credito responsabile erogato dagli istituti di credito ai consumatori per l'acquisto in primo luogo di beni di consumo⁶, la cui diffusione è stata considerata una delle principali cause d'incremento e diffusione del fenomeno del sovraindebitamento.

La diffusione di contratti di credito per l'acquisto di beni di consumo è, infatti, avvenuta negli anni Settanta, proprio nel periodo in cui si è diffuso maggiormente il sovraindebitamento all'interno delle famiglie.

In quegli anni, con l'avvento della globalizzazione e l'incremento di mezzi di pagamento più veloci, c'è stata una vera e propria rivoluzione culturale nel ricorso al credito. Se in precedenza la richiesta di un prestito era considerata una soluzione riprovevole, utilizzata solo in casi estremi o per acquisti

⁵ In realtà gli Stati Uniti, all'interno dei quali il capitalismo si è strutturato prima che in altri paesi, hanno disciplinato il fenomeno del sovraindebitamento del consumatore fin dal 1841 con il *Bankruptcy Act*, permettendo anche al consumatore di accedere alle procedure concorsuali, che non erano quindi riservate solo ed unicamente all'imprenditore. Tuttavia la riforma più importante (nonché attuale) che ha avvicinato il sistema del sovraindebitamento statunitense a quello già presente in alcuni stati europei e ha disciplinato tale istituto in maniera sicuramente più "etica" ed efficiente è quella del BAPCPA del 2005. In proposito v. *Infra* § 5 Cap.III.

⁶ V. *Infra* Cap. III.

particolarmente importanti, come l'acquisto dell'abitazione⁷, nel corso degli anni è diventava una forma di gestione del patrimonio⁸.

In Italia tale rivoluzione è avvenuta con un certo ritardo rispetto agli altri paesi dell'Unione, essendo gli italiani, rispetto al resto dei popoli europei, caratterizzati da una maggiore propensione al risparmio, e dall'utilizzo delle proprie risorse economiche per gli investimenti di grossa portata, quali quelli nel settore immobiliare, piuttosto che per l'acquisto di beni di minor valore o importanza, quali quelli di consumo.

Tuttavia, con l'espansione dei mercati, favorita dall'Unione Europea, il sovraindebitamento del consumatore si è diffuso anche in Italia, attraverso un progressivo incremento del ricorso agli istituti finanziari come normale mezzo per l'acquisto di beni quotidiani, causando un progressivo aumento dell'indebitamento ed anche della povertà all'interno dei nuclei familiari⁹.

La gravità di tale situazione è emersa maggiormente in Italia dopo la crisi economica del 2007, di diffusione mondiale, ed ha assunto dimensioni preoccupanti, con tristi episodi anche di suicidi di piccoli imprenditori o di padri di famiglia che non riuscivano materialmente più a pagare i propri creditori e mantenere i propri cari.

Il legislatore in conseguenza di ciò si è pertanto allineato alle principali legislazioni europee ed extraeuropee, che già da alcuni anni prevedevano una disciplina apposita nel caso di sovraindebitamento.

E' stata introdotta inizialmente la legge del 18 ottobre 2012 n. 3¹⁰, relativa alla disciplina del sovraindebitamento dei debitori civili¹¹, rivolta a tutti quei

⁷ D. CERINI, *Sovraindebitamento e consumer bankruptcy: tra punizione e perdono*, cit., p. 410 ss

⁸ Secondo quanto emerge in L. MODICA, *Profili giuridici del sovraindebitamento*, Jovene editore, Napoli, 2013, p. 3 s. e come si vedrà in questa trattazione, essa non è la causa esclusiva del possibile verificarsi di una situazione di sovraindebitamento, ma è quella più evidente anche come indice della modifica dei costumi della società. Gli strumenti di accesso al credito si sono poi moltiplicati a dismisura e si aggiornano continuamente: per citare i più diffusi, oltre i mutui vi sono i prestiti personali, i contratti di finanziamento del credito al consumo, le carte di credito c.d. revolving.

⁹ D.CERINI, *Sovraindebitamento e consumer bankruptcy: tra punizione e perdono*, cit., p. 410 ss.

¹⁰ Addirittura denominata, nella pratica, "legge salva suicidi", per dare un'idea della rilevanza sociale del problema.

¹¹ Sulla nozione di "debitore civile" v. *Infra* § 2 Cap. I.

soggetti “*non fallibili*”¹² che non potevano ricorrere alle procedure concorsuali per ristrutturare la loro posizione debitoria, ma erano soggetti unicamente alla disciplina delle procedure esecutive individuali e a quella relativa alle obbligazioni, presenti nel Codice Civile.

Successivamente, nello stesso anno, il legislatore ha introdotto il decreto legge del 18 ottobre n. 179 con cui ha modificato la precedente legge, introducendo una disciplina speciale riservata unicamente al consumatore sovraindebitato, il quale pur rientrando nella categoria di soggetti “*non fallibili*”, è considerato un soggetto più debole degli altri, in quanto si sovraindebita non per mandare avanti la propria attività professionale, bensì per far fronti ai bisogni quotidiani della propria famiglia.

Infine, il legislatore italiano ha recepito la Direttiva 2008/48/CE con il decreto legislativo del 13 agosto 2010 n. 141 e, da ultimo, la Direttiva 2014/17/ UE , con il decreto legislativo del 21 aprile 2016, n. 72 appena entrato in vigore, al fine di disciplinare anche in via preventiva tale fenomeno, di cui avremo di parlare nel Capitolo III del nostro lavoro.

1.1. *L'origine del termine “sovraindebitamento” nel nostro ordinamento*

Il termine sovraindebitamento, come la sua disciplina, è totalmente nuovo nel nostro vocabolario giuridico ed è stato introdotto per la prima volta nel nostro ordinamento con la legge del 27 gennaio 2012 n. 3.

Esso ha origine dalla traduzione letterale del termine tedesco “*Uberschuldung*”.

¹² Sulla nozione di “*debitore fallibile*” v. *Infra* § 2 Cap. I.

Tale termine, nell'ordinamento tedesco, indica il presupposto oggettivo necessario per l'accesso delle persone giuridiche alle procedure concorsuali, nel caso di crisi d'impresa¹³.

Tale stato di sovraindebitamento, in particolare, nella disciplina tedesca, ricorre per descrivere la situazione in cui si viene a trovare l'imprenditore quando il suo patrimonio non è più sufficiente a coprire le proprie obbligazioni¹⁴.

Diversamente, il legislatore italiano, ha scelto di riprendere tale termine, riferendolo invece alla situazione di crisi che coinvolge il debitore *non fallibile*¹⁵.

La scelta del legislatore di non utilizzare termini già noti nel nostro ordinamento come "insolvenza" o "stato di crisi"¹⁶, usati nella disciplina delle procedure concorsuali per fenomeni d'indebitamento relativamente simili, è stata apprezzata da parte della dottrina¹⁷ ed appare finalizzata, a nostro avviso, a prendere le distanze dalla disciplina di tali procedure.

Infatti, la procedura di sovraindebitamento, pur presentando caratteristiche simili a quella delle procedure concorsuali, è stata introdotta, vedremo, per risolvere problemi differenti e tutelare soggetti diversi.

1.2. *Nozione e caratteristiche del sovraindebitamento nella legge del 27 gennaio 2012 n. 3 e nel decreto legge di riforma del 18 ottobre 2012 n. 179*

Si può definire il "sovraindebitamento" come la condizione in cui il debitore si trova durevolmente nell'impossibilità di pagare tutti i suoi debiti o in cui

¹³ G. TERRANOVA, *Insolvenza, stato di crisi, sovraindebitamento*, Giappichelli, Torino, 2012, p. 101 s.

¹⁴ Nell'ordinamento tedesco, infatti, possono accedere alle procedure concorsuali solo le persone giuridiche, secondo quanto emerge in G. TERRANOVA, *Insolvenza, stato di crisi, sovraindebitamento*, cit., p. 101 ss.

¹⁵ V. *Infra* § 2 Cap. I.

¹⁶ V. *Infra* § 2.3. Cap. I.

¹⁷ G. TERRANOVA, *Insolvenza, stato di crisi, sovraindebitamento*, cit., p. 102 s.

esiste il reale pericolo di non poter far fronte al pagamento di essi quando diverranno esigibili.

Esso consiste in una situazione non temporanea, né transitoria di eccessivo indebitamento in cui viene a trovarsi il debitore a causa di un ricorso al credito, generalmente praticato per acquistare beni di consumo, o di altri fattori scatenanti, in misura sproporzionata rispetto alle sue entrate programmate.

In conseguenza di ciò il debitore versa nella condizione di non poter far fronte alle obbligazioni assunte con mezzi regolari di pagamento.

Tale istituto è disciplinato nel nostro ordinamento dalla legge 27 gennaio 2012 n. 3, successivamente modificata dal decreto legge del 18 ottobre 2012 n. 179, convertito in legge del 12 dicembre 2012 n. 221¹⁸.

Il sovraindebitamento è originariamente definito, nell'art. 6 della legge 3/2012, come: <<Una situazione di perdurante squilibrio tra le obbligazioni assunte ed il patrimonio prontamente liquidabile per farvi fronte, nonché la definitiva incapacità di adempiere regolarmente le proprie obbligazioni>>.

L'art. 6, pertanto, afferma che la situazione di sovraindebitamento va riscontrata osservando la condizione patrimoniale del debitore, sia nella sua componente statica, sia nella sua componente dinamica, la cui complessiva considerazione deve essere tenuta in conto ai fini di una prognosi sulla situazione economica attuale e futura del debitore.

Il suo patrimonio, in caso si verifichi una situazione di sovraindebitamento, presenterà uno sbilancio patrimoniale tra l'attivo e il passivo (presente nella definizione d'insolvenza civile) nonché una situazione d'irregolarità dei flussi solutori e dei rapporti obbligatori scaduti.

¹⁸ Tale concetto, pur essendo totalmente nuovo per il nostro ordinamento, sia nella sua iniziale definizione, presente nell'originario testo della legge del 27 gennaio 2012 n. 3 all'art 6, sia nel testo riformato dal decreto legge 18 ottobre 2012 n. 179, riprende in parte il concetto d'*insolvenza* presente nella disciplina della legge fallimentare, v. *Infra* § 2.3. Cap. I.

Il decreto legge di riforma del 18 ottobre 2012 n. 179, intitolato “*Ulteriori misure urgenti per la crescita del paese*” (conv. in l. 17 dicembre 2012 n. 221) ha leggermente modificato la nozione di sovraindebitamento contenuta nell’art. 6, definendola in tal senso: <<*La situazione di perdurante squilibrio tra le obbligazioni assunte e il patrimonio prontamente liquidabile per farvi fronte, che determina la rilevante difficoltà di adempiere le proprie obbligazioni, ovvero la definitiva incapacità di adempierle regolarmente*>>.

Pertanto, con tale nuova disposizione, il legislatore ha mantenuto le componenti presenti nella nozione precedente di sovraindebitamento, quali la mancanza di un “*patrimonio prontamente liquidabile*” (elemento patrimoniale statico) e la mancanza di regolarità degli adempimenti (elemento patrimoniale dinamico), ma ha introdotto alcune significative modifiche.

In precedenza, si prevedeva che, per la configurabilità di una condizione di sovraindebitamento, dovesse necessariamente essere presente in capo al debitore una “*definitiva incapacità di adempiere regolarmente le proprie obbligazioni*” ossia una situazione di crisi patrimoniale netta e definitiva. La riforma ha previsto, invece, che sia sufficiente, in alternativa alla definitiva incapacità di adempiere anche solo una “*rilevante difficoltà di adempiere le proprie obbligazioni*”, per accedere alla procedura di sovraindebitamento.

La nuova definizione della condizione di sovraindebitamento prevede alternativamente due situazioni, contrapposte dalla congiunzione “*ovvero*”:

o un continuo squilibrio tra le obbligazioni assunte e il patrimonio liquidabile che determina una rilevante difficoltà di adempiere, o, in alternativa, una definitiva difficoltà di adempiere le obbligazioni assunte¹⁹.

La dottrina²⁰ ha evidenziato che la scelta del legislatore d’inserire elementi diversi (quali il concetto d’insolvenza, di sbilancio patrimoniale e di difficoltà ad adempiere) nel concetto di sovraindebitamento, pur ritenuta

¹⁹ G. GIANNELLI, *Il procedimento di composizione della crisi da sovraindebitamento (La tutela dei creditori dell’insolvente civile tra le regole di concorso e meritevolezza degli interessi)*, in F. PARENTE, L. RUGGERI (a cura di), *Attività di liquidazione e tutela dei creditori*, E.S.I. Napoli, 2014, p. 190 s.

²⁰ G. TERRANOVA, *op. cit.*, *Insolvenza, stato di crisi, sovraindebitamento*, p. 104 ss.

inizialmente azzardata, tuttavia non è stata casuale, ma mirata ad evitare che fosse sbarrata la strada per accedere a tale procedura a chi avesse avuto un patrimonio solo astrattamente in grado di coprire tutte le obbligazioni assunte.

Tale nozione non si discosta, peraltro, da precedenti definizioni comunitarie, come la Raccomandazione (CM/Rec 2007/8) che definisce il sovraindebitamento come: <<Una situazione nella quale i debiti di un individuo o di una famiglia manifestamente e nel lungo periodo, eccedono la capacità di pagamento>> o il documento della Commissione Europea che la descrive come: <<Una situazione di temporaneo o permanente squilibrio, nel patrimonio della famiglia risultante da un atteso o da un inaspettato incremento delle spese o, viceversa, dalla diminuzione del reddito della famiglia >>²¹.

Le difficoltà di pervenire ad una definizione unitaria pur in presenza di elementi ricorrenti, sia nella normativa interna che in quella comunitaria, si spiega al tempo stesso con la complessità del fenomeno e con la molteplicità delle cause, che verranno esaminate nei prossimi paragrafi.

1.3. *Le cause socio-economiche: l'indebitamento attivo, passivo e differito*

Prima di passare all'analisi degli aspetti giuridici del fenomeno del sovraindebitamento del consumatore, è opportuno, per definirlo in maniera più chiara, premettere una breve analisi delle sue cause socio-economiche.

Tali cause sono molteplici e complesse. Esse, infatti, sono composte da un insieme di fattori variabili, quali quelli individuali, culturali, sociali e congiunturali.

²¹ EUROPEAN COMMISSION, *Toward a common operational European Definition of Over-indebtedness*, Directorate general for Employment, Social affair and equal opportunities, in www.oee.fr/files/study_overindebtedness_en.pdf, Bruxelles, February, 2008, p. 33 s.

Un'autorevole dottrina²², mediante un approccio scientifico-riduzionista, scompone tali cause in tre gruppi: *l'indebitamento attivo*, *l'indebitamento passivo* o *l'indebitamento differito*.

Tali cause, a seconda delle situazioni, possono essere tutte concorrentemente presenti o meno e coinvolgere sia soggetti abbienti, che meno abbienti non essendo necessariamente legato il verificarsi del sovraindebitamento all'appartenenza ad una determinata classe sociale²³.

1.3.1. *L'indebitamento attivo*

Tale fenomeno ha avuto il suo massimo incremento in Italia all'inizio degli anni 2000 e ha come protagonisti solitamente i consumatori,²⁴ ossia individui che acquistano beni o servizi per scopi personali o collegati ai bisogni della propria famiglia e non alla propria attività lavorativa.

Esso si basa sull'utilizzo del credito, fornito dagli istituti finanziari, come una normale fonte di sostentamento, piuttosto che come una fonte di finanziamento di natura occasionale, usata per far fronte a spese ingenti, come per esempio per l'acquisto di proprietà immobiliari.

Tale scelta è solitamente legata alla volontà del consumatore o di mantenere invariato un determinato stile di vita, che non è più in grado di autofinanziarsi, o di acquistare beni di consumo all'avanguardia a prescindere dalle proprie capacità economiche. Essa conduce, tuttavia, nel tempo, il consumatore che ne abusi ad un stato di sovraindebitamento che non sarà più in grado di sanare.

²² D. CERINI, *Sovraindebitamento e consumer bankruptcy: tra punizione e perdono*, cit., p. 10 ss.

²³ I. ARCURI, P. BOSTICCO, *Il piano di risanamento attestato e il nuovo sovraindebitamento*, Giuffrè, Milano, 2014, p. 133 s.

²⁴ D. CERINI, *Sovraindebitamento e consumer bankruptcy: tra punizione e perdono*, cit., p. 10 ss.

Inizialmente, il ricorso al credito non era annoverato tra le cause del sovraindebitamento²⁵, in quanto esso non era molto utilizzato per ottenere finanziamenti per piccoli acquisti o di beni di consumo²⁶.

Tuttavia, gradatamente, il ricorso al credito per l'acquisto di beni di consumo è aumentato, divenendo da poco frequente diffusissimo, e creando l'aumento di casi d'indebitamento per una sproporzionata e esagerata richiesta di credito legata ad impulsi di mero consumismo²⁷.

Il ricorso sproporzionato al credito ha condotto, talvolta, il richiedente in un circolo vizioso, inducendolo anche ad occultare agli istituti finanziari informazioni riguardo la propria reale solvibilità per tentare di acquisire nuovi finanziamenti, per sanare la propria posizione debitoria e mantenere il proprio standard di vita.

Riguardo a questa prima causa di sovraindebitamento, la dottrina si è divisa in merito all'individuazione del principale responsabile dell'aumento del fenomeno.

²⁵ Questo perché in passato il ricorso al credito era considerato come una soluzione "patologica e riprovevole", segno d'inferiorità economica, invece di recente, con l'evoluzione del mercato finanziario è avvenuta un'evoluzione e rivalutazione culturale dell'utilizzo di tali strumenti, generando nei consumatori l'idea che "ciascuno è imprenditore di se stesso e, esattamente come accade nel mondo delle imprese, utilizza il credito per massimizzare la propria utilità marginale", secondo quanto afferma D. CERINI, *Sovraindebitamento e consumer bankruptcy: tra punizione e perdono*, cit., p. 10 ss.

Tra l'altro, nella relazione: "The over-indebtedness of European households: updated mapping of the situation, nature and causes, effects and initiatives for alleviating its impact", predisposta dal Civic Consulting of the Consumer Policy Evaluation Consortium (CPEC) e diretta da: Directorate General Health and Consumers (DG SAANCO) è emerso che: << A majority of stakeholders believe that there is a relationship between the cultural attitude towards debt and the actual level of household over-indebtedness. While attitudes vary between Member States, stakeholders who observed a change in cultural attitudes noted that historically a lot of significance used to be attributed to being debt-free. This attitude has changed recently with the development of financial sector and the introduction of a variety of new financial products accompanied by cultural valorisation of consumption>>. In merito v. in ec.europa.eu/consumers/financial_services/reference_studies_documents/docs/part_1_synthesis_of_finding_s_en.pdf.

²⁶ D. CERINI, *Sovraindebitamento e consumer bankruptcy: tra punizione e perdono*, cit., p. 10 s.

²⁷ Dovuti solitamente alla volontà di mantenere un certo status sociale o regime di vita, come emerge in E. PELLECCCHIA, *Dall'insolvenza al sovraindebitamento. Interesse del debitore alla liberazione e ristrutturazione dei debiti*, Giappichelli, Torino, 2012, p. 16 s.

Parte della dottrina²⁸ ritiene che la responsabilità ricada principalmente sugli istituti finanziari e sull'eccessiva facilità con cui hanno erogato tali finanziamenti, senza accertare effettivamente il merito creditizio (“*irresponsible lending*”) e senza adempiere totalmente agli obblighi d’informazione²⁹.

Altri autori³⁰, invece, ritengono che la responsabilità sia attribuibile all’eccessivo ed incosciente aumento della propensione al consumo del consumatore, il quale si assume obbligazioni, pur non essendo in grado di adempierle (“*irresponsible borrowing*”)³¹.

Un’altra causa del sovraindebitamento, che rientra nella categoria dell’*indebitamento attivo*, è il fenomeno dell’usura³² (sanzionato penalmente dall’art. 644 c.p. e disciplinato dalla legge 7 marzo 1996 n. 108), ovvero della concessione di prestiti anche senza garanzie, ma per interessi esorbitanti, vietati dalla legge, all’interno del quale talvolta può rimanere intrappolato l’individuo sovraindebitato che necessita di prestiti, che gli vengono negati dagli istituti di credito autorizzati, per la sua grave condizione economica che lo rende un soggetto a rischio.

Esso si caratterizza nel concedere credito richiedendo, tuttavia, un tasso d’interesse “*usurario*”, ossia illegale perché superiore al limite stabilito dalla legge.

Tali interessi sono solitamente superiori anche alle stesse capacità economiche e di rimborso del debitore e lo portano spesso ad un eccessivo

²⁸ Tra gli altri, E. PELLECCCHIA, *Primi provvedimenti sulle procedure di composizione della crisi da sovraindebitamento: in particolare, il piano del consumatore*, in *Banca Borsa Titoli di Credito*, fasc. 5, 2014, p. 543 ss.

²⁹ F. FORCELLINI, *Sovraindebitamento e statuto dell’obbligazione pecuniaria*, in *Europa e Diritto Privato*, fasc.1, 2015, p. 109 ss.

³⁰ L. DELLI PRISCOLI, *I presupposti per l’esdebitazione*, in *Treccani, Dir. Civ. e Imp. di Mercato*, 2012, p. 142 s.

³¹ In merito ad un approfondimento sul tema del “*responsible borrowing*” e “*responsible lending*” in Italia v. *Infra* § 3.1. e 3.2. Cap. III

³² Non è un caso che la legge n. 3 del 2012, che per prima disciplina il sovraindebitamento, sia denominata “*Disposizioni in materia di usura e di estorsione, nonché di composizione delle crisi da sovraindebitamento*” in quanto interviene su entrambi i fenomeni. Sul rapporto tra sovraindebitamento e usura v. A. ARNESE, *Usura e modus, il problema del sovraindebitamento dal mondo antico all’attualità*, cit., p. 114 ss.

impoverimento, tale da non renderlo più in grado di ripagarli, generando quindi la condizione di sovraindebitamento.

Tale fenomeno si è incrementato negli ultimi anni, in ragione della crisi economica, coinvolgendo oltre ai debitori anche gli stessi creditori che, non essendo più in grado di incassare i propri crediti, per risanarsi o riuscire a riottenere un ruolo attivo nel mercato, hanno intrapreso talvolta vie più tortuose e non legali per ottenere finanziamenti.

Per combattere tale causa di sovraindebitamento, oltre alla disciplina introdotta dalle leggi del 2012, sono stati istituiti un Fondo di prevenzione dell'usura³³ (con legge 23 febbraio 1999, n. 44 e successive modifiche), presso il Ministero dell'Economia e delle Finanze, che mette a disposizione di determinate associazioni e fondazioni dei contributi da utilizzare per garantire finanziamenti che le banche concedono a singoli e famiglie in difficoltà economica e a rischio di usura, e un Fondo di solidarietà per le vittime dell'usura, istituito presso l'Ufficio del Commissario Straordinario del Governo per il coordinamento delle iniziative antiracket e antiusura, che offre agli operatori economici, ai commercianti, agli artigiani, ai liberi professionisti che hanno denunciato gli usurai, strumenti per reinserirsi nell'economia legale.

Si è diffuso poi negli ultimi anni, sia nei paesi più poveri, che in quelli maggiormente sviluppati l'istituto del *microcredito*, disciplinato in Italia dal d.lgs. n. 141/2010³⁴. Tale istituto è finalizzato ad un'erogazione più

³³ Di questo fondo possono fruire, attraverso fondazioni e associazioni autorizzate quali l'Adiconsum, le famiglie se in possesso di determinati requisiti, quali: effettivo stato di bisogno del richiedente e serietà della ragione dell'indebitamento; capacità di rimborso del finanziamento concesso in base al reddito documentabile; entità dell'importo complessivo debitorio a carico del richiedente che deve rientrare entro i limiti di garanzia (Euro 30.000 circa da rimborsare in massimo 84 rate). Attualmente il Presidente nazionale dell'Adiconsum, Pietro Giordano ha dichiarato che sono state acquisite 3.100 richieste, di cui quasi mille e duecento sono state poi avviate in istruttoria bancaria per la concessione di prestiti garantiti per oltre 15 milioni di euro complessivi. V. www.adiconsum.it/noi_per_te/dettaglio.php?id=6.

Per un approfondimento sul ruolo dell'Adiconsum nel promuovere la lotta al sovraindebitamento v. *Infra* § 3.1.1. Cap. III

³⁴Secondo quanto emerge in E. PELLECCCHIA, *Dall'insolvenza al sovraindebitamento. Interesse del debitore alla liberazione e ristrutturazione dei debiti*, cit., p. 111 ss. ed in D. CERINI, *Sovraindebitamento e consumer bankruptcy: tra punizione e perdono*, cit., p. 221 s.

controllata³⁵ e meno eccessiva del credito a soggetti a rischio, non propriamente meritevoli, al fine, tuttavia, di evitare la loro emarginazione sociale da parte degli istituti di credito³⁶ e di consentire il mantenimento delle loro famiglie e dei loro bisogni essenziali.

1.3.2. *L'indebitamento passivo*

Tra le cause socio-economiche rilevanti del sovraindebitamento del consumatore occorre poi menzionare l'*indebitamento passivo*.

L'indebitamento passivo è quel fenomeno in cui l'individuo si sovraindebita a causa di un evento esterno, estraneo ed imprevedibile, che altera la gestione e l'impiego quotidiano del suo reddito e lo induce a ricorrere agli istituti di credito per far fronte a spese improvvise che possono eventualmente presentarsi.

Questi eventi possono essere molteplici.

I più frequenti sono quelli legati ad eventi di crisi familiare, quali la separazione o il divorzio.

Altri eventi possono essere la comparsa di problemi di salute, fonte di numerose spese mediche impreviste (per medicine, *tickets* sanitari, analisi o esami clinici, trattamenti chirurgici o cure riabilitative e assistenziali).

Ulteriore evento, che altera l'equilibrio reddituale, può consistere nella improvvisa perdita del lavoro, causata dal licenziamento o nella incapacità di prevedere le entrate, data dalla diffusione dei contratti a tempo determinato, che comportano la contrazione del reddito ed uno stile di vita

³⁵ In quanto il finanziamento veniva erogato con tecniche particolari, ossia con la presenza di operatori specializzati, con un controllo regolare dei flussi di rimborso, e l'utilizzazione di particolari garanzie, secondo quanto emerge in E. PELLECCCHIA, *Dall'insolvenza al sovraindebitamento. Interesse del debitore alla liberazione e ristrutturazione dei debiti*, cit., p. 112 s.

³⁶ Che è allo stesso tempo sia causa che conseguenza dello stato di sovraindebitamento: in questo senso E.PELLECCCHIA, *Dall'insolvenza al sovraindebitamento. Interesse del debitore alla liberazione e ristrutturazione dei debiti*, cit., p.111 s.

precario, a causa dei redditi percepiti in maniera incostante o quanto meno non programmabile a lungo termine³⁷.

Ultima causa, ma non meno importante, è la crisi economica che può colpire uno o più paesi e che, se di grandi dimensioni, può coinvolgere i grandi e piccoli imprenditori, gli istituti finanziari, fino ad arrivare ai consumatori.

L'ultima crisi finanziaria che ha coinvolto anche l'Italia ed il resto dei paesi occidentali, e si protrae tuttora, risale al 2007³⁸ ed è stata originata dalla crisi dei *mutui subprime*.

Tale crisi ha avuto origine negli U.S.A., ed è stata generata dall'eccessiva libertà degli istituti finanziari statunitensi³⁹ nell'erogazione di prestiti ad alto rischio finanziario in favore di clienti a forte rischio debitorio, i quali poi, a causa del rialzo degli interessi, non furono più in grado di adempiere le obbligazioni assunte.

Il sistema di concessione di tali mutui era patologico in quanto i crediti venivano erogati con documenti informativi dettagliati, ma troppo complicati per essere compresi (o addirittura letti)⁴⁰ da individui a

³⁷ D. CERINI, *Sovraindebitamento e consumer bankruptcy: tra punizione e perdono*, cit., p.10 ss.

³⁸ In particolare in uno studio del 2013 intitolato: "*The over-indebtedness of European households: updated mapping of the situation, nature and causes, effects and initiatives for alleviating its impact*", condotto dal "Directorate General and Consumers (DG SANGO)" e svolto dal "Civic Consulting of the Consumer Policy Evaluation Consortium (CPEC)" a cui hanno partecipato numerosi professori, tra cui la professoressa Daniela Vandone, è emerso che la crisi economica ha avuto un grosso impatto sul fenomeno del sovraindebitamento. Come emerge dal seguente passo della relazione: <<*When considering the development of the overall level of arrears between 2005 and 2011, the majority of Member States had experienced an increase in overall levels of arrears, for the most part since the onset of the financial crisis. This worsening situation is reflected in the reported debt counselling figures collected as part of the present study from debt advice/counselling agencies. Trends show a clear increase over the time period for number of people counselled on debt issues in the EU. Face-to-face counselling remained the most popular, while telephone based counselling increased less rapidly. The trend for email/online chat, while lower than the others, is shown to be constantly increasing*>>. Per approfondimenti v. in ec.europa.eu/consumers/financial_services/reference_studies_documents/docs/part_1_synthesis_of_finding_s_en.pdf.

³⁹ La crisi finanziaria ebbe inizio dal fallimento della "American Home Mortgage".

⁴⁰ Poiché i costi dell'informazione erano ingenti, solitamente per velocizzare le operazioni economiche si rilasciavano dettagliati documenti informativi su cui il consumatore riponeva piena fiducia, ma non se ne spiegava attentamente il contenuto. In tale modo era quindi aggirato il principio della *full disclosure* secondo il quale con una buona informazione (che solo formalmente veniva fornita) c'è una simmetria informativa. V. S. MAZZAMUTO, *Il contratto di diritto europeo*, Giappichelli, Torino, 2012, p. 263 s.

bassissimo merito creditizio, che non fornivano alcuna garanzia sulla solvibilità del proprio debito.

Inoltre, il rischio relativo all'adempimento o meno dei mutui veniva incanalato in altri prodotti finanziari detti derivati che, venduti senza adeguate garanzie⁴¹ a soggetti non in possesso delle competenze tecniche per valutare il rischio, si sono rivelati "tossici" per l'intero mercato, in quanto l'omesso rimborso delle obbligazioni da parte di alcuni istituti emittenti causò una reazione a catena generando di conseguenza una grave crisi economica che portò alla deflazione, ossia alla perdita del valore dei beni provocando una riduzione del reddito disponibile⁴².

La grave crisi economica che ne derivò fu uno dei principali motivi, come abbiamo accennato nel § 1, che spinse il legislatore europeo ed il nostro a prevedere una disciplina che tutelasse soprattutto le famiglie dal fenomeno del sovraindebitamento, che aveva assunto una dimensione socialmente rilevante.

Tale lotta al sovraindebitamento, come vedremo, sarà affrontata su un duplice fronte, sia attraverso la disciplina preventiva⁴³ (affrontata in *primis* a livello europeo⁴⁴ con le c.d. Direttive 2008/48/CE e 2014/17/UE⁴⁵), sia attraverso una tutela successiva, caratterizzata da procedure ad hoc, laddove la situazione di sovraindebitamento, nonostante le predette cautele⁴⁶ diventi insostenibile per il consumatore.

⁴¹ Cosa che solitamente invece viene richiesta agli emittenti di un prodotto finanziario. Tipi di garanzie possono essere: l'opzione di retrovendita o l'obbligo degli intermediari di tenere in portafoglio parte dei prodotti immessi nel mercato: v. S. MAZZAMUTO, *Il contratto di diritto europeo*, cit., p. 264 s.

⁴² F. PADOVINI, *Indebitamento e sovraindebitamento*, in *Benessere e regole dei rapporti civili. Lo sviluppo oltre la crisi. Atti del 9° Convegno in ricordo di Giovanni Gabrielli*, E.S.I., Napoli, 2015, p. 417 s.

⁴³ Per un approfondimento in merito alla "tutela preventiva" del fenomeno del sovraindebitamento v. *Infra* Cap. III.

⁴⁴ V. *Infra* § 2 e 4 Cap. III.

⁴⁵ In merito v. *Infra* § 1.3.1. Cap. II.

⁴⁶ Infatti, non sempre la situazione di sovraindebitamento può essere scongiurata, in quanto, come abbiamo visto in questo paragrafo, talvolta, essa è legata a cause non preventivabili e indipendenti dalla volontà del debitore e del creditore, secondo quanto emerge in A. COSTA, *La nuova disciplina del credito ai consumatori*, in G. ALPA (a cura di), *I contratti del consumatore*, Giuffrè, Milano, 2014, p. 913 ss.

1.3.3. *L'indebitamento differito*

Ultima delle possibili cause del sovraindebitamento è l'indebitamento differito.

Tale forma d'indebitamento si verifica quando, all'interno dei nuclei familiari, si manifestino delle variazioni del reddito dovute ad avvenimenti improvvisi e allo stesso tempo a scelte di uno o tutti i componenti della famiglia.

Esso si verifica in due differenti tipologie di nuclei familiari.

Il primo è quello composto da famiglie che costruiscono il loro stile di vita sulla base di fonti di reddito precarie, come per esempio la pensione di un componente anziano. Tali redditi sono ritenuti precari, in quanto nel momento in cui viene meno il componente anziano della famiglia, può venir meno anche tale reddito, portando la famiglia ad una situazione d'instabilità economica.

Il secondo è quello in cui all'interno della sfera familiare ritorna un componente⁴⁷ che ne era uscito e di conseguenza il reddito familiare subisce delle variazioni.

Esaminata la molteplicità delle cause che possono portare al fenomeno del sovraindebitamento del consumatore, appare più chiara l'urgenza del legislatore di disciplinare un fenomeno così rilevante per la vita delle persone ed, in particolare, per le famiglie.

Si esamineranno nei successivi paragrafi le discipline astrattamente utilizzabili già esistenti nel nostro ordinamento e il percorso che ha indotto il legislatore a decidere per l'introduzione di un'autonoma disciplina riguardante il sovraindebitamento.

⁴⁶ V. *infra* § 4 Cap III.

⁴⁷ Frequentemente si tratta di un figlio che ritorna nella sua famiglia d'origine a causa di un avvenimento come la perdita del posto di lavoro o il divorzio, secondo quanto emerge in E. PELLECCIA, *Dall'insolvenza al sovraindebitamento. Interesse del debitore alla liberazione e ristrutturazione dei debiti*, cit., p. 18 s.

2. Il debitore civile e commerciale in Italia: una visione d'insieme

Come abbiamo accennato nel § 1, con la l. n. 3/2012 è stato introdotto un istituto totalmente nuovo nel nostro ordinamento.

Prima di tale legge, infatti, non era presente in Italia un procedimento volto a risanare e ristrutturare la posizione debitoria del consumatore e in generale di tutti i debitori *non fallibili*, nel caso in cui fossero giunti ad una situazione disperata di indebitamento, tale da essere assimilabile alla situazione economica di un imprenditore esposto al rischio del fallimento.

Prima di essa, pertanto, tali soggetti, qualora non fossero stati in grado di adempiere entro i termini stabiliti la propria obbligazione, potevano essere sottoposti, a impulso del singolo creditore, solo al rimedio delle esecuzioni individuali.

Diversamente, l'imprenditore è sempre stato assoggettabile o alle procedure esecutive individuali, nel caso di singolo inadempimento o alle procedure concorsuali, qualora versasse in una situazione d'insolvenza.

Il motivo per cui prima del 2012 non è stata mai prevista una disciplina di sovraindebitamento per il consumatore e in generale per i soggetti *non fallibili*, affiancata a quella delle procedure concorsuali o, diversamente, non è stato mai previsto nella disciplina delle procedure concorsuali l'accesso a tali soggetti, si basava sul presupposto, non più attuale, che la situazione di indebitamento di essi, per quanto eventualmente grave, non fosse un problema di rilevanza sociale e non giustificasse quindi il ricorso a rimedi concorsuali.

Infatti, in precedenza, parte della dottrina riteneva⁴⁸ che tali soggetti, al contrario dell'imprenditore, avessero in genere se non uno, pochissimi

⁴⁸ Secondo quanto emerge in D. CERINI, *Sovraindebitamento, e consumer bankruptcy*, cit., p.394 ss. Inoltre, lo stesso principio fu ribadito anche in una sentenza della Corte costituzionale, 23 marzo 1970 n.43, in cui già allora la Corte aveva espresso tale orientamento affermando:

creditori e, pertanto, che il loro indebitamento non potesse avere alcun impatto sulla scena sociale o economica, al contrario di quello che si verificava in occasione dello stato di insolvenza o di mera crisi di una impresa.

L'esclusione di alcuni soggetti dalle procedure concorsuali e l'assenza di una disciplina di sovraindebitamento ha portato la dottrina ad elaborare due categorie giuridiche distinte, da una lato quella del debitore "civile" e dall'altro quella del "debitore commerciale".

La prima include tutti i soggetti *non fallibili*, ossia esclusi dalla disciplina delle procedure concorsuali e soggetti alla disciplina delle obbligazioni, presente nel Codice Civile e a quella delle esecuzioni individuali.

Essi sono:

- gli enti pubblici, di cui l'art. 1 l. fall.⁴⁹;
- gli imprenditori commerciali sotto una determinata soglia dimensionale di cui l'art. 1 l. fall.⁵⁰;
- gli imprenditori commerciali non più fallibili per il decorso del termine annuale di cui all'art. 10 l. fall.
- gli enti e le imprese non commerciali;
- i piccoli imprenditori, elencati nell'art. 2083 c.c.⁵¹;

<<L'ordinamento ha escluso dal fallimento il piccolo imprenditore e l'insolvente civile a seguito di una valutazione di politica economico-sociale e di opportunità giuridica, che non può essere ripetuta in questa sede>> in merito v. www.iusexplorer.it.

⁴⁹ Il primo comma dell'art. 1 l. fall. infatti afferma: <<Sono soggetti alle disposizioni sul fallimento e sul concordato preventivo gli imprenditori che esercitano una attività commerciale, esclusi gli enti pubblici>>.

⁵⁰ La legge fallimentare (art. 1) esclude che siano assoggettabili alle procedure concorsuali gli imprenditori che hanno avuto, nei tre esercizi antecedenti la data di deposito della istanza di fallimento o dall'inizio dell'attività se di durata inferiore, un attivo patrimoniale di ammontare complessivo annuo non superiore ad euro trecentomila, o che si caratterizzano per aver realizzato, in qualunque modo risulti, nei tre esercizi antecedenti la data di deposito dell'istanza di fallimento o dall'inizio dell'attività se di durata inferiore, ricavi lordi per un ammontare complessivo annuo non superiore ad euro duecentomila; o che hanno un ammontare di debiti anche non scaduti non superiore ad euro cinquecentomila.

⁵¹ Sono piccoli imprenditori secondo l'art. 2083 c.c.: i coltivatori diretti del fondo, gli artigiani, i piccoli commercianti e coloro che esercitano un'attività professionale organizzata prevalentemente con il lavoro proprio e dei componenti della famiglia. In merito v. *Infra* § 2.4. Cap. I.

-le persone fisiche (tra cui vi è il consumatore), le società e gli enti che non esercitano attività d'impresa;
-le start-up innovative;
-i professionisti la cui attività non rientri in quella aziendale;
-tutti coloro che svolgono un'attività economica comunque non assoggettabile alle procedure concorsuali attualmente previste, primi fra questi i soci e gli amministratori di società di capitali che pur considerandosi imprenditori sotto il profilo economico, non lo sono nella veste tecnico formale.

La seconda è riferita ai soggetti *fallibili*, ossia che possono accedere, oltre che alla disciplina del codice civile ed a quella della esecuzioni individuali, anche alla disciplina delle procedure concorsuali⁵² dettata dal R.D. 16 marzo 1942 n. 267 e sue successive modifiche.

Tali categorie sono di creazione meramente dottrinale e non trovano, in effetti, riscontro né nel nostro diritto positivo, né nell'elaborazione giurisprudenziale, la quale si riferisce unicamente alla figura del *debitore* in sé stesso e a quella dell'*imprenditore commerciale*.

Infatti, il nostro Codice civile disciplina la figura del debitore all'interno del libro IV del codice, intitolato "*Delle obbligazioni*", in cui emerge che il debitore è il soggetto passivo del rapporto obbligatorio, tenuto, in quanto tale, ad adempiere una prestazione in favore del soggetto attivo (creditore) ed a rispondere dell'adempimento di questa obbligazione con tutti i suoi beni, presenti e futuri (art. 2740 c.c.).

Pertanto, nella disciplina delle obbligazioni presente nel nostro codice civile, la figura del debitore non è caratterizzata dall'appartenenza ad una determinata classe sociale⁵³, o dalla sua attività lavorativa, esso può essere qualunque individuo, quale per esempio un imprenditore, un professionista o un consumatore.

⁵² Per un approfondimento relativo alle procedure concorsuali v. *Infra* § 2.4. e 2.7. Cap. I.

⁵³ P. ZATTI, V. COLUSSI, *Lineamenti di diritto privato*, Cedam, Padova, 2009, p. 309 s.

La sua figura è legata unicamente al rapporto giuridico che tale soggetto instaura con il creditore, il quale è il destinatario della prestazione che il debitore è tenuto ad adempiere e, nel caso in cui egli non adempia, può chiedere il risarcimento del danno o l'esecuzione coattiva.

La nozione di “*debitore civile*”, utilizzata dalla dottrina, presenta una tautologia al suo interno, in quanto la disciplina dei rapporti obbligatori tra debitore e creditore è regolata dal libro IV del Codice Civile, per cui il termine civile è insito in quello di debitore. Allo stesso tempo questa nozione non è, in effetti, rigorosa, perché la figura del debitore può essere legata a qualunque realtà economica.

Per quanto riguarda invece la nozione di “*debitore commerciale*”, elaborata dalla dottrina, essa si riferisce a tutti i debitori che svolgono un'attività commerciale e sono soggetti alla disciplina delle procedure concorsuali.

2.1. Il debitore civile e il debitore commerciale: la disciplina previgente nel codice civile e nel codice del commercio

La distinzione tra il *debitore civile*, non fallibile, e *debitore commerciale*, assoggettabile alle procedure concorsuali, trova le sue antiche radici nel *Code de Commerce* francese⁵⁴ del 1807, la cui disciplina è stata ripresa dallo Statuto Albertino e si è mantenuta in seguito all'Unità d'Italia, con la nascita del Codice civile (del 1865) e dei Codici di commercio (del 1865 e del 1882)⁵⁵.

Il *Code de Commerce* francese (del 1807) assoggettava, infatti, il debitore commerciale all'istituto della *faillite*, mentre già l'ordinanza regia del 1673

⁵⁴ G. BRESCIA, F. CALDIERO, S. DAMIANI, G. GIOIA, *La composizione della crisi da sovraindebitamento*, Maggioli, S. Marino, 2013, p.16 s.

⁵⁵ Tale scelta non coincideva, invece, con alcuni istituti presenti negli Stati dell'Italia preunitaria che permettevano, invece, al debitore, che non esercitasse attività commerciale, di fallire, secondo quanto emerge in D. CERINI, *Sovraindebitamento e consumer bankruptcy: tra punizione e perdono*, cit., p.397 ss.

associava quello civile all'istituto della *deconfiture*, simile alle nostre esecuzioni individuali⁵⁶.

2.2. Il codice civile del 1942, l'unificazione dei codici civile e commerciale e l'auspicio di una uniformità di disciplina

Prima dell'emanazione del codice civile del 1942, il codice civile del 1865 disciplinava tutti i rapporti, contrattuali e non, relativi alla vita di soggetti non dediti ad attività commerciale, mentre il codice del commercio disciplinava tutti quei rapporti, di scambio o anche di produzione, in cui anche una sola delle parti fosse un commerciante.

Il nuovo Codice Civile del 1942 incorporò nel Codice Civile riformato tutti i rapporti precedentemente disciplinati dal codice del commercio, sostituendo la figura dell'imprenditore a quella del commerciante.

Venne al contempo introdotta una legge speciale (legge fallimentare, R.D. 16 marzo 1942, n. 267) per disciplinare le procedure concorsuali, a cui poteva accedere solo il debitore commerciale, ovvero l'imprenditore *fallibile*.

Si mantenne quindi il differente trattamento riservato al *debitore civile* rispetto al *debitore commerciale* quanto all'esclusione dalle procedure concorsuali del *debitore civile*, il quale ha continuato ad essere soggetto esclusivamente alla disciplina delle obbligazioni, regolamentata all'interno del libro quarto del codice civile e alla normativa sulle esecuzioni individuali⁵⁷.

Una parte della dottrina dell'epoca rimase delusa dalla scelta del legislatore, in quanto auspicava, in coincidenza con l'unificazione operata con la

⁵⁶ E esso, infatti, si presentava come un sistema di liquidazione giudiziale, basato sul principio di parità di trattamento dei creditori, in cui venivano ripartiti i beni del debitore insolvente che non aveva un patrimonio sufficiente per soddisfare tutti i creditori: in tal senso E. PELLECCCHIA, *Dall'insolvenza al sovraindebitamento. Interesse del debitore alla liberazione e ristrutturazione dei debiti*, cit., p.2 s.

⁵⁷ I cui aspetti sostanziali sono disciplinati nel Codice Civile a partire dall'art. 2910 ss., mentre quelli processuali nel Codice di procedura civile a partire dall' art. 474 ss.

creazione del Codice Civile del '42, un'estensione al debitore civile della disciplina delle procedure concorsuali⁵⁸.

2.3. *L'insolvenza civile e commerciale negli interventi legislativi del '42*

Con la nascita del Codice Civile del 1942 e della Legge Fallimentare del 1942 è stato introdotto in entrambi testi legislativi il termine “*insolvenza*”.

Per quanto riguarda il riferimento all'insolvenza presente nel Codice Civile il legislatore ha previsto tale concetto in svariate disposizioni, relative ad istituti sempre diversi, con un significato non sempre univoco⁵⁹, dal che emerge che non esiste una sua precisa definizione, all'interno del nostro Codice Civile.

In particolare il termine “*insolvenza*” ricorre, principalmente, nell'art. 384 c.c. dov'è prevista la rimozione del tutore a causa della sua insolvenza, nell'art. 562 c.c. relativo all'insolvenza del donatario soggetto a riduzione, nell'art. 1186 c.c. come presupposto per la decadenza del beneficio del termine, nell'art. 1247 c.c. in materia di cessione del credito nell'art. 1274 c.c. che disciplina il caso d'insolvenza del delegato, nell'art. 1299 c.c. che prevede l'insolvenza di un condebitore in solido, nell'art. 1626 c.c. dove l'insolvenza dell'affittuario è causa di scioglimento del contratto, nell'art. 1833 c.c. che prevede l'insolvenza di una delle parti come causa di recesso dal contratto di conto corrente, nell'art. 1868 c.c. relativa al riscatto della rendita nel caso

⁵⁸ D. CERINI, *Sovraindebitamento e consumer bankruptcy: tra punizione e perdono*, cit., p.398 s., riporta il dibattito dell'epoca dal quale emerge che una parte autorevole della dottrina di allora, in vista dei lavori preparatori del Codice Civile, auspicava un cambiamento di prospettiva e con il nuovo Codice Civile si aspettava un'estensione al debitore civile della disciplina delle procedure concorsuali. In particolare, G. Brunetti affermava: <<E' preferibile a nostro avviso non distinguere, come sensatamente non distinguono qui le legislazioni del gruppo tedesco, ammettendo che il fallimento debba funzionare per tutti. L'economia creditizia non è vulnerata soltanto dalle insolvenze dei commercianti. I debitori civili, come i grandi proprietari terrieri, possono perturbarla non meno gravemente e legittimare in conseguenza l'intervento dello stato con l'attuazione del processo collettivo>>.

⁵⁹ R. FADDA, *La tutela preventiva del diritto di credito*, Jovene editore, Napoli, 2012, p. 88 s.

d'insolvenza del debitore, nell'art. 1943 c.c. relativo agli effetti dell'insolvenza nell'obbligazione di prestare la fideiussione, nell'art. 1954 c.c. relativo al regresso nei rapporti tra più fideiussori nel caso d'insolvenza di uno di essi, nell'art. 1959 c.c. rubricato "sopravvenuta insolvenza del mandante o del terzo", nell'art. 1947 e 1948 c.c. relativi ai rapporti tra creditore e fideiussore, nell'art. 1953 c.c. relativo al rilievo del fideiussore⁶⁰.

A nostro avviso, la ragione per cui il legislatore non ha previsto una definizione chiara di tale concetto nella disciplina del Codice Civile può indicarsi nel fatto che nella disciplina delle obbligazioni e delle esecuzioni individuali non rileva tanto, nel rapporto giuridico tra le parti, lo stato d'insolvenza del debitore, e quindi la sua condizione economica, bensì l'adempimento o l'inadempimento⁶¹ della sua obbligazione.

La disciplina delle obbligazioni è incentrata sui modi (art. 1176 c.c.), sui tempi dell'adempimento (art. 1183 c.c.) e sulle conseguenze dell'eventuale inadempimento, quindi prende in considerazione il singolo rapporto obbligatorio: il creditore, se l'obbligazione nei suoi confronti non è stata eseguita, può chiedere l'esecuzione coattiva dell'obbligazione (di cui gli artt. 2910-2929 c.c. e gli artt. 2930-2933 c.c.) o la risoluzione del contratto, se il debitore non intende più adempiere o se il creditore non ha più interesse all'adempimento (art. 1453 c.c.), salvo, comunque, il diritto al risarcimento del danno (art. 1218 c.c.).

Tuttavia, nelle varie situazioni in cui emerge tale concetto, pur in assenza di una definizione unitaria dettata dal legislatore, la giurisprudenza di

⁶⁰ In alcuni di tali articoli vengono disciplinate situazioni in cui nella disciplina sulle obbligazioni interviene un deterioramento nelle condizioni patrimoniali del debitore e se ne disciplinano le conseguenze. V. tra gli altri l'art. 1186 c.c., *Decadenza dal termine*, in base al quale <<Quantunque il termine sia stabilito a favore del debitore, il creditore può esigere immediatamente la sua prestazione se il debitore è divenuto insolvente>>. V. in proposito E. PELLECCCHIA, *Dall'insolvenza al sovraindebitamento. Interesse del debitore alla liberazione e ristrutturazione dei debiti*, cit., p.3 s.

⁶¹ Comunemente l'inadempimento è definito come la mancata esecuzione totale o parziale o la inesatta o non puntuale esecuzione di una obbligazione, per causa imputabile al debitore. Sul tema dell'inadempimento v. C.M. BIANCA, *L'inadempimento delle obbligazioni*, Zanichelli, Bologna, 1979.

legittimità⁶² ha messo in rilievo che il concetto di insolvenza rilevante in relazione al c.d. *debitore civile* è sicuramente differente da quello d'insolvenza che può condurre al fallimento dell'imprenditore e si limita all'accertamento di una situazione di "grave difficoltà economica", che può rilevare a diversi fini.

Diversamente, il tema dell'insolvenza è centrale nelle procedure concorsuali. La Legge Fallimentare all'art. 5 descrive come essa si manifesti. L'insolvenza è, solitamente⁶³, la condizione oggettiva necessaria⁶⁴ per accedere a tali procedure.

Tale concetto, presente all'art. 5 l. fall. viene descritto come la condizione del *debitore fallibile* che si manifesta: <<Con adempimenti o altri fatti esteriori, i quali dimostrino che il debitore non è più in grado di soddisfare regolarmente le proprie obbligazioni>>⁶⁵.

Il legislatore, pur non formulando una definizione d'insolvenza, sembra affermare che essa riguardi la situazione complessiva dell'imprenditore nel

⁶² V. Cass. 16 dicembre 2014 n. 26361, in www.italgiureweb.it: <<La sospensione dei pagamenti protrattasi per diversi mesi ed anche dopo la trasmissione del relativo contratto, da parte di un professionista, esposto nei confronti del sistema creditizio in termini ingiustificabili in rapporto ai costi gestionali ed ai rischi limitati della sua attività, che abbia beneficiato di un finanziamento, legittima la società erogatrice alla segnalazione alla Centrale Rischi, come "in sofferenza", del suo corrispondente credito, atteso che, ai fini di tale segnalazione, la nozione di insolvenza non si identifica con quella propria fallimentare, ma si concretizza in una valutazione negativa della situazione patrimoniale, apprezzabile come "deficitaria", ovvero come di "grave difficoltà economica", senza, quindi, alcun riferimento al concetto di incapienza o irrecuperabilità e senza che assuma rilievo la manifestazione di volontà di non adempiere, che sia giustificata da una seria contestazione sull'esistenza del credito>>.

⁶³ Nel procedimento del fallimento, infatti, condizione oggettiva necessaria per accedere è che l'imprenditore versi in *stato d'insolvenza*. Diversamente nel nuovo concordato preventivo (art. 160 l. fall.) e nel procedimento che disciplina gli accordi di ristrutturazione dei debiti (art. 182-bis l. fall.) la condizione oggettiva necessaria è quella dello *stato di crisi*. Tale concetto, matrice aziendalistica, è più ampio di quello dello stato d'insolvenza, e si relaziona con tale altro concetto in un rapporto di genere-specie.

All'interno del situazione di crisi, rientra anche quello dello stato d'insolvenza.

Lo stato di crisi si verifica quando, per disfunzioni radicatesi nel tempo o per eventi imprevisti e congiunturali, l'impresa si trova ad operare in condizioni economicamente inefficienti o versa in una situazione di diffuso disordine organizzativo e gestionale. Tale condizione può assumere caratteri di minore o maggiore gravità e può consentire interventi di recupero o risultare irrimediabile, comunque, laddove si evolva in senso peggiorativo finisce per travolgere tutti gli interessi coinvolti nell'attività dell'impresa. V. in proposito F. CANAZZA e E. GERMANO CORTESE, *Art. 5 stato d'insolvenza*, in LO CASCIO (a cura di), *Codice commentato del fallimento*, Giuffrè, Milano, 2015, p. 55 ss. e N. ABRIANI et al., *Diritto Fallimentare*, Giuffrè, Milano 2013, p. 5 s.

⁶⁴ F. CANAZZA, E. GERMANO CORTESE, in G. LO CASCIO (a cura di), *Codice commentato del fallimento*, cit., p. 54 ss.

⁶⁵ E.PELLECCHIA, *Dall'insolvenza al sovraindebitamento. Interesse del debitore alla liberazione e ristrutturazione dei debiti*, cit., p.3 s.

suo profilo dinamico, ossia prendendo in considerazione tutte le principali caratteristiche della sua attività.

La nozione dello stato d'insolvenza è stata poi, negli anni, elaborata e raffinata dalla giurisprudenza di legittimità, la quale di recente ha puntualizzato che lo stato d'insolvenza richiesto, ai fini della pronuncia dichiarativa del fallimento dell'imprenditore, non è escluso dalla circostanza che l'attivo superi il passivo e che non esistano conclamati inadempimenti esteriormente apprezzabili. In particolare, la Cassazione ha chiarito che il significato oggettivo dell'insolvenza, che è quello rilevante agli effetti dell'art. 5 legge fall., deriva da una valutazione circa le condizioni economiche necessarie (secondo un criterio di normalità) all'esercizio di attività economiche, si identifica con uno stato di impotenza funzionale non transitoria a soddisfare le obbligazioni inerenti all'impresa e si esprime, secondo una tipicità desumibile dai dati dell'esperienza economica, nell'incapacità di produrre beni con margine di redditività da destinare alla copertura delle esigenze d'impresa (prima fra tutte l'estinzione dei debiti), nonché nell'impossibilità di ricorrere al credito a condizioni normali, senza rovinose decurtazioni del patrimonio⁶⁶.

Tale scelta, di dar rilievo al profilo dinamico dell'insolvenza del debitore commerciale all'interno delle procedure concorsuali, deriva, quindi, dal fatto che il ricorso alle procedure fallimentari è necessario non tanto quando l'impresa è inadempiente, ossia non ha soddisfatto una o più obbligazioni (situazione perfettamente comune ed in linea con la realtà quotidiana di un'impresa commerciale, che può al massimo costituire un mero sintomo del dissesto).

Né è determinante, in sé, che l'impresa presenti uno sbilancio patrimoniale tra le passività e le attività⁶⁷ (anch'esso è un elemento abbastanza frequente

⁶⁶ V. Cass. n.7252 del 27 marzo 2014, in *www.italgiureweb.it*.

⁶⁷ R. FADDA, infatti, afferma che, secondo alcuni autori, è irrilevante il mero calcolo algebrico delle attività e passività, ai fini dell'accertamento dello stato d'insolvenza. In merito v. R. FADDA, *La tutela preventiva del diritto di credito*, cit., p. 94 s.

nella realtà dell'impresa che può essere risolto attraverso finanziamenti o dilazioni di pagamenti).

Bensì il profilo dell'insolvenza emerge da una serie di fattori sintomatici⁶⁸ che prescindono dalla mera considerazione patrimoniale dell'impresa (valutazione statica) e prendono in considerazione, sulla base di una valutazione prognostica, le capacità del debitore di riuscire ad adempiere tutte le obbligazioni con mezzi normali e regolari⁶⁹ in un congruo arco di tempo.

Tale capacità sarà valutata non solo sulla base del calcolo matematico delle attività e passività, derivanti dalla lettura del bilancio dell'impresa, ma tenendo conto della capacità di produrre reddito di cui dispone l'impresa.

Pertanto, da questa prima analisi emerge che al momento dell'introduzione del Codice Civile e della Legge Fallimentare la scelta del legislatore è stata quella di utilizzare due strade molto diverse per disciplinare la condizione del debitore civile, nell'accezione sopra indicata, e commerciale, e tra le ragioni di tale scelta si può individuare anche il fatto che a quel tempo il fenomeno del sovraindebitamento del consumatore non si era ancora diffuso.

⁶⁸ Infatti, dovranno essere analizzati una serie di documenti e di atti da cui possa emergere la situazione patrimoniale dell'impresa, quali: i bilanci dell'impresa, l'esistenza o meno di protesti, di eventuali commesse per appalti o forniture, la presenza di crediti esigibili, oppure ormai inesigibili, l'esposizione debitoria dell'impresa, la puntualità con cui essa operava i pagamenti degli altri debiti e in modo particolare di quelli a medio e lungo termine verso gli enti finanziatori, secondo quanto emerge in F. CANAZZA e E. GERMANO CORTESE, *Art. 5 stato d'insolvenza*, in G. LO CASCIO (a cura di), *Codice commentato del fallimento*, cit., p. 60 s.

⁶⁹ Per regolarità degli adempimenti s'intende, oltre che alla periodicità costante con cui tali adempimenti sono effettuati, anche la normalità dei mezzi di adempimento utilizzati. In un'impresa in crisi, infatti, i mezzi di pagamento sono solitamente anomali o irregolari. Un esempio di mezzo anomalo può essere la vendita di un cespite aziendale che può compromettere la continuità dell'impresa o il ricorso agli usurari, secondo quanto emerge in E. PELLECCIA, *Dall'insolvenza al sovraindebitamento. Interesse del debitore a liberazione e ristrutturazione dei debiti*, cit., p. 6 ss.

2.4. *La riforma della legge fallimentare: un'occasione mancata per la regolamentazione della disciplina sul sovraindebitamento*

In occasione della riforma della legge fallimentare, realizzata nel triennio 2005/2007 con una serie d'interventi legislativi⁷⁰, si auspicava che il legislatore ampliasse le categorie di soggetti che potevano avere accesso alle procedure concorsuali, ma fu un'occasione mancata e per questo duramente criticata⁷¹.

Le critiche s'indirizzarono su due principali punti.

La prima riguardava la scelta del legislatore di aver ampliato, all'art. 1 del nuovo testo di legge, le categorie di soggetti che non potevano accedere alle procedure concorsuali.

L'art. 1, co. 2 l. fall.⁷² nel testo attualmente in vigore, infatti, afferma che gli imprenditori sotto una certa soglia quantitativo-dimensionale non possono accedere alle procedure concorsuali⁷³.

⁷⁰ Tali interventi possono essere riassunti nel d.l. del 14 marzo 2005 n. 35 che ha riformato il concordato preventivo e introdotto l'istituto degli accordi di ristrutturazione dei debiti, nel d.lgs. del 9 gennaio 2006 n. 5 che ha rinnovato il fallimento e soppresso l'amministrazione controllata, nel d.lgs. del 12 settembre 2007 n. 169 che ha apportato correzioni alle precedenti riforme, nel d.l. 22 giugno 2012 n. 83 che ha ulteriormente modificato la disciplina del concordato preventivo e degli accordi di ristrutturazione dei debiti, secondo quanto emerge in G. F. CAMPOBASSO, *Diritto Commerciale*, M. CAMPOBASSO (a cura di), Utet, Milano 2014, p. 338 ss.

⁷¹ G. TERRANOVA, *La composizione della crisi da sovraindebitamento: uno sguardo d'insieme*, in F. DI MARZIO, F. MACARIO, G. TERRANOVA (a cura di), *Composizione della crisi da sovraindebitamento*, Giuffrè, Milano, 2012., p.7.

⁷² Tali imprenditori, come abbiamo accennato *supra* § 2. Cap. I, sono coloro che durante l'esercizio della propria attività commerciale avessero alternativamente: effettuato investimenti nell'azienda per un capitale di valore superiore ad euro 300.000 o realizzato ricavi lordi calcolati sulla media degli ultimi tre anni o dall'inizio dell'attività se di durata inferiore, per un ammontare complessivo annuo superiore ad euro 200.00.

⁷³ Tale esclusione, in passato, per via dell'immagine punitiva e afflittiva che assumeva il fallimento, aveva una finalità protettiva. Tuttavia, con la riforma della legge fallimentare, le procedure di fallimento non hanno più la veste di procedure penalizzanti, utilizzate solo ed esclusivamente per il soddisfacimento dei creditori, ma di procedure finalizzate al risanamento e alla ristrutturazione del complesso aziendale e, per tale motivo, con la riforma la scelta di mantenere tale esclusione e di estenderla ulteriormente non è stata considerata un trattamento favorevole, come in precedenza, ma penalizzante, secondo quanto emerge in F. CANAZZA, *Art.1 imprese soggette al fallimento e al concordato preventivo*, in G. LO CASCIO (a cura di), *Codice commentato del fallimento*, cit., p. 5 ss. ed in E. PELLECCIA, *Dall'insolvenza al sovraindebitamento. Interesse del debitore alla liberazione e ristrutturazione dei debiti*, cit., p. XX ss.

La seconda critica concerneva, invece, l'introduzione di un nuovo istituto, quale quello dell'esdebitazione⁷⁴ (art. 142 l. fall.) che estingueva, al termine della procedura concorsuale, i debiti del fallito rimasti insoddisfatti, cosa che non era possibile per il debitore civile, che diversamente continuava a rispondere con tutti i suoi beni, presenti e futuri (2740 c.c.)⁷⁵, finché non fossero stati adempiuti tutti i suoi debiti.

⁷⁴ In merito v. N. NISIVOCCIA, E. NORELLI, *Funzione e ratio*, G. LO CASCIO (a cura di), *Codice commentato del fallimento*, cit., p. 1668 ss. e V. L. GUGLIELMUCCI, *Diritto Fallimentare*, F. PADOVINI (a cura di), Giappichelli, Torino, 2014, 279 ss. che afferma che l'istituto dell'esdebitazione, introdotto con il d.lgs. del 9 gennaio 2006 n. 5, affonda le sue origini nell'esperienza statunitense e consiste nella liberazione del fallito da tutti i debiti rimasti insoddisfatti nel fallimento, favorendo il reinserimento dell'insolvente nell'attività produttiva senza il peso di debiti pregressi e senza dover ricorrere all'ausilio di prestanomi. Tale istituto rappresenta una deroga rispetto al principio presente nell'art. 120 co. 3 della l. fall., il quale afferma: <<I creditori riacquistano il libero esercizio delle azioni verso il debitore per la parte non soddisfatta dei loro crediti per capitale e interessi, salvo quanto previsto dagli articoli 142 e seguenti>>. La deroga può essere concessa se sono presenti certi presupposti, ed ha una funzione meramente premiale, volta alla liberazione del fallito dai vincoli obbligatori, così da permettergli un nuovo inizio o un "fresh start". Essa, pertanto può essere accordata se vi è in generale un comportamento collaborativo con gli organi della procedura (di cui l'art. 142, co. 1 n. 1,2,3, l. fall.). In particolare, le condizioni per accedere all'esdebitazione devono essere tutte concorrentemente presenti e sono: che il fallito non abbia ritardato o contribuito a ritardare lo svolgimento della procedura (art. 142 co.1 n. 2 l. fall.), che non abbia cagionato o aggravato il dissesto patrimoniale rendendo difficoltosa la ricostruzione del patrimonio (art. 142 co. 1 n. 5), che abbia consegnato tutta la sua corrispondenza al curatore (di cui all'articolo 48 l. fall.), che non abbia beneficiato di altra esdebitazione nei dieci anni precedenti (art 142 co. 1 n. 4 l. fall.) ed è subordinata ad alcune condizioni, quale quella che siano soddisfatti almeno in parte i debiti concorsuali (art. 142, co. 2 l. fall.) L'introduzione di tale istituto fu criticata da parte della dottrina, in quanto introduceva un'ulteriore differenza di trattamento tra l'imprenditore commerciale non piccolo e il debitore civile, permettendo all'imprenditore, a certe condizioni, di liberarsi dei crediti non soddisfatti.

⁷⁵ Tra l'altro tale differente disciplina fu persino oggetto di giudizio della Corte Costituzionale, presso la quale venne sollevata una questione di legittimità costituzionale da parte del Tribunale di Bolzano che, con l'ordinanza del 20 dicembre 2006 n. 426, denunciò la violazione dell'art. 3 della Costituzione in conseguenza della limitata introduzione dell'istituto dell'esdebitazione. La Corte Costituzionale, tuttavia, dichiarò manifestamente inammissibile la questione (con ordinanza n. 411 del 30 novembre 2007), in quanto contraddittoria. Infatti, il giudice *a quo* aveva denunciato davanti alla Corte Costituzionale l'illegittimità incostituzionale della disciplina dell'esdebitazione (di cui l'art. 142 l. fall.) in quanto tale, e poi aveva, in un secondo momento, affermato l'incostituzionalità dell'istituto sotto il profilo della violazione del principio di uguaglianza perché la sua applicabilità non era stata estesa anche ai debitori civili.

Si è criticato⁷⁶, inoltre, il mancato inserimento di una disciplina speciale, alternativa a quella fallimentare, che consentisse di gestire il sovraindebitamento del debitore civile.

Tuttavia, nonostante le citate critiche, la riforma della legge fallimentare, a nostro avviso, ha dato uno slancio di novità alla disciplina della crisi dell'impresa, e ha posto le basi per l'introduzione di una futura disciplina del sovraindebitamento.

Infatti, nella disciplina originaria (r.d. n. 247/1942), la crisi d'impresa viene presa in considerazione non tanto come fenomeno d'importanza sociale, ma come situazione di fronte alla quale è necessario un intervento esterno per meglio soddisfare gli interessi di una pluralità di creditori a fronte della insolvenza del debitore commerciale.

Pertanto, nel caso in cui l'imprenditore non fosse stato più in grado di soddisfare regolarmente i creditori, la strada principale era il fallimento che permetteva il soddisfacimento dei creditori attraverso la liquidazione del complesso aziendale⁷⁷.

Inoltre, inizialmente, il fenomeno della crisi dell'impresa è stato considerato un episodio patologico, causato dalla condotta fraudolenta dell'imprenditore che, pertanto, era sottoposto ad incapacità e limitazioni della libertà personale e non veniva collegato invece anche a situazioni di natura esterna quali la crisi economica, l'andamento del mercato o l'aumento degli oneri fiscali.

Con la diffusione della globalizzazione e dei mercati, tuttavia, l'impresa inizia ad essere vista come una *universitas* capace di produrre ricchezza per la collettività e come centro comune di interessi, non solo speciali, relativi al

⁷⁶ G. TERRANOVA, *La composizione della crisi da sovraindebitamento: uno sguardo d'insieme*, F. DI MARZIO, F. MACARIO, G. TERRANOVA (a cura di), *Composizione della crisi da sovraindebitamento*, cit., p.7 s.

⁷⁷ A. MAFFEI ALBERTI, G. GUERRIERI, *Procedure concorsuali*, Padova, Cedam, 2013; V. ALLEGRI et al. (a cura di), *Diritto Commerciale*, Monduzzi, Milano, 2010, p. 548 ss.

debitore e i creditori, ma anche generali come quelli dell'occupazione e dell'economia⁷⁸.

Vengono introdotti, nel corso del tempo, diversi interventi legislativi⁷⁹ volti a salvaguardare tipologie di imprese di rilevante peso sull'economia nazionale e sulla società, la cui cessazione potrebbe generare problemi occupazionali, effetti negativi per altre imprese e scompensi nell'economia locale e nazionale.

Tale scenario ha portato ad una maggiore sensibilizzazione sui problemi e sulle conseguenze che il fallimento di un'impresa poteva comportare.

Pertanto il legislatore, con la riforma della legge fallimentare, ha introdotto inevitabili misure correttive, volte a favorire nuove forme per la composizione della crisi dell'impresa, alternative al fallimento.

Tali soluzioni sono sostanzialmente rappresentate da un utilizzo maggiore di strumenti di autonomia privata⁸⁰, incentrati sull'accordo ed utilizzabili anche quando l'impresa non sia ancora in stato d'insolvenza.

Essi sono: gli accordi di ristrutturazione dei debiti, il nuovo concordato preventivo ed i piani di risanamento.

Tali procedimenti sono importanti, in particolare perché conducono ad esiti diversi⁸¹ rispetto alla cessazione dell'attività imprenditoriale e alla liquidazione dei beni.

Con la riforma della legge fallimentare, infatti, la liquidazione dell'impresa, conseguenza della procedura del fallimento, diventa l'estrema *ratio* a cui si fa ricorso, in quanto vista solo come un mezzo di distruzione di ricchezza e di lavoro.

⁷⁸ P. PAJARDI, A. PALUCHOWSKI, *Manuale di diritto fallimentare*, Giuffrè, Milano, 2008, p. 13 s.

⁷⁹ Quali per esempio la legge 3 maggio 1979 n. 95 riguardante l'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi (poi riformata con il d.lgs. 8 luglio 1999 n. 270) e il decreto legge 23 dicembre 2003 n. 347 riguardante la ristrutturazione industriale di grandi imprese in stato di insolvenza. Con entrambi gli interventi legislativi sono previste delle misure per la composizione della crisi, volte ad evitare il fallimento di grandi imprese, che avrebbe causato una falla nel sistema economico nazionale, secondo quanto emerge in G. F. CAMPOBASSO, *Diritto Commerciale, contratti, titoli di credito, procedure concorsuali*, M. CAMPOBASSO (a cura di), cit., 336 s.

⁸⁰ N. ABRIANI et al., *Diritto Fallimentare*, cit., p. XIX s.

⁸¹ L. GUGLIELMUCCI, *Diritto Fallimentare*, F. PADOVINI (a cura di), cit., p. 6 ss.

La liquidazione dell'impresa, infatti, comporta necessariamente lo smantellamento del complesso aziendale, che, tuttavia, in alcuni casi, può produrre ancora profitti⁸².

Pertanto, vengono favoriti nuovi esiti della regolazione della crisi d'impresa, quali la cessione dell'azienda e il risanamento dell'impresa.

La prima consiste nella vendita del complesso aziendale e comporta la conservazione dei posti di lavoro ed il mantenimento in vita dell'organismo produttivo dell'impresa.

La seconda consiste nella rinascita dell'impresa attraverso la ristrutturazione dei debiti, tramite accordi con i creditori, favorendo la progressiva uscita dell'impresa dalla situazione di crisi e il suo rientro nel mercato⁸³.

E' chiaro, quindi, che la riforma della legge fallimentare, pur non occupandosi anche della disciplina del sovraindebitamento, per la quale bisognerà attendere qualche anno, evidenzia un cambiamento di prospettiva da parte del legislatore.

La crisi dell'impresa, presa in considerazione in precedenza come un evento che coinvolgeva unicamente la sfera individuale dell'imprenditore, diventa, infatti, un problema d'importanza economica e sociale e, quindi, degno di considerazione e di tutela.

L'impresa, infatti, non è solamente una mera attività economica di un individuo, bensì un organismo produttivo, che genera ricchezza all'interno della società e, pertanto, nel momento in cui entra in crisi può determinare conseguenze a livello micro e macroeconomico.

⁸² Inoltre, non risulta essere un mezzo particolarmente efficiente per il soddisfacimento dei creditori, in quanto non sempre risulta semplice sia monetizzare con la liquidazione i valori immateriali dell'impresa, sia ottenere un giusto ricavato dalla vendita di beni materiali dell'impresa, secondo quanto emerge L. GUGLIELMUCCI, *Diritto Fallimentare*, F. PADOVINI (a cura di), cit., p. 6 ss.

⁸³ Tale esito, tuttavia, non è sempre praticabile, in quanto, talvolta, accade che l'imprenditore non denunci tempestivamente la crisi della sua impresa, così da peggiorare la situazione economica dell'impresa e da rendere pertanto non facilmente realizzabile il suo risanamento, secondo quanto emerge in L. GUGLIELMUCCI, *Diritto Fallimentare*, F. PADOVINI (a cura di), cit., p. 6 ss.

Il sovraindebitamento del consumatore o del debitore non fallibile, invece ancora era non visto come un fenomeno sociale, in quanto non si riteneva che coinvolgesse una vasta gamma di interessi, né che avesse un impatto considerevole sul mercato e sull'economia locale o nazionale.

Tuttavia è importante, a nostro avviso, il mutamento di prospettiva del legislatore della riforma fallimentare, che non considera più il fallimento dell'imprenditore come un fenomeno riguardante solo i rapporti obbligatori tra l'imprenditore.

Una delle ragioni, infatti, per le quali si è arrivati così in ritardo alla disciplina del sovraindebitamento del consumatore è proprio questa: il ritenere che l'indebitamento eccessivo del debitore fosse un problema che riguardasse solo il debitore e i creditori e che pertanto non fosse necessaria una disciplina diversa da quella delle procedure esecutive individuali.

Per far fronte a tale fenomeno, non essendo intervenuta in proposito la riforma fallimentare, si è prospettata la possibilità di utilizzare l'istituto della cessione dei beni ai creditori, tutt'ora in vigore, anche se poco utilizzato, presente nel Capo XXVI, Titolo III, Libro IV del Codice Civile, di cui gli artt. 1977-1986⁸⁴.

2.5. Il tentativo di utilizzare l'istituto della cessione dei beni per far fronte al fenomeno del sovraindebitamento

L'istituto della cessione dei beni ai creditori (artt. 1977-1986 c.c.) è un contratto tipico, bilaterale, con forma scritta a pena di nullità, con il quale <<il debitore incarica i suoi creditori o alcuni di essi di liquidare tutte o alcune sue attività e di ripartirne tra loro il ricavato in soddisfacimento dei loro crediti>> (art. 1977).

⁸⁴ D. CERINI, *Sovraindebitamento e consumer bankruptcy: tra punizione e perdono*, cit., p. 444 ss.

Si è ipotizzata la sua utilizzabilità, in alternativa alle procedure esecutive individuali o alle procedure concorsuali⁸⁵ (qualora il debitore sia un imprenditore fallibile che non sia incorso in bancarotta), in quanto presenta diversi vantaggi che vanno a favore sia dei creditori che del singolo debitore, rispetto alle altre due procedure.⁸⁶

Esso, infatti, permette una maggiore soddisfazione dei crediti: solitamente la liquidazione giudiziaria, che avviene con le procedure esecutive individuali, si presenta come *“lunga, fastidiosa e fonte di spese”*⁸⁷, il cui ammontare viene anticipato dai creditori e in più, solitamente, è costosa e questo tende a diminuire l'ammontare del patrimonio divisibile tra i creditori⁸⁸.

Inoltre, il contratto di cessione dei beni può risultare conveniente per i creditori anche per il fatto che, normalmente, con la liquidazione eseguita tramite il procedimento di esecuzione forzata si ottiene un ricavato dalla vendita dei beni inferiore rispetto al loro valore di mercato⁸⁹.

Nel caso in cui, invece, il contratto di cessione sia utilizzato in alternativa alle procedure concorsuali, esso può essere conveniente per l'imprenditore il quale evita di subire il fallimento⁹⁰.

⁸⁵ Solitamente l'istituto della cessione dei beni è utilizzato in alternativa alla procedura di fallimento quando il debitore vuole evitare di esporsi alle sanzioni penali che gli possono essere attribuite per reati compiuti prima o successivamente al fallimento, che hanno recato pregiudizio ai creditori. Tali reati sono: la bancarotta fraudolenta, la bancarotta semplice ed il ricorso abusivo del credito. Il primo reato (art. 216 l. fall.) è caratterizzato da un'azione dolosa del debitore, il quale ha occultato consapevolmente beni, distrutto o falsificato scritture contabili, eseguito pagamenti per favorire alcuni creditori, piuttosto che altri. La bancarotta semplice (art. 217 l. fall.), invece, è caratterizzata da una condotta colposa dell'imprenditore, che si può manifestare nell'aver effettuato spese personali eccessive rispetto a quelle che poteva effettivamente permettersi, o nell'aver omesso o tenuto irregolarmente le scritture contabili nei tre anni precedenti al fallimento. Il ricorso abusivo al credito (art. 218 l. fall.) è invece caratterizzato dal ricorrere continuamente al credito dissimulando il proprio dissesto. V. in proposito G.F. CAMPOBASSO, *Diritto Commerciale*, M. CAMPOBASSO (a cura di), cit., p. 368 ss.

⁸⁶ I soggetti debitori, infatti, possono essere sia persone fisiche, che giuridiche: v. D. CERINI, *Sovraindebitamento, e consumer bankruptcy: tra punizione e perdono*, cit., p.445 s

⁸⁷ G. BONILINI, *Contratti diretti alla composizione e prevenzione delle liti*, in M. BESSONE (a cura di), *Istituzioni di Diritto Privato*, Giappichelli, Torino, 2010, p. 865 s.

⁸⁸ D. CERINI, *Sovraindebitamento, e consumer bankruptcy: tra punizione e perdono*, cit., p.445 s.

⁸⁹ G. BONILINI, *Contratti diretti alla composizione e prevenzione delle liti*, in M. BESSONE (a cura di), *Istituzioni di Diritto Privato*, cit., p. 865 s.

⁹⁰ D. CERINI, *Sovraindebitamento, e consumer bankruptcy: tra punizione e perdono*, cit., p.445 s.

2.5.1. L'istituto della cessione dei beni

L'istituto è disciplinato dagli art. 1977-1986 c.c e si presenta come una negoziazione privata, stipulata in forma scritta *ad substantiam*, con i caratteri del contratto di mandato.

Da una parte, infatti, abbiamo il debitore-mandante che conferisce un mandato con rappresentanza ai creditori, consistente nel potere disporre di una parte o di tutti i suoi beni e di venderli così di soddisfarsi sul ricavato della vendita. (art 1977 c.c.)⁹¹.

Dall'altra parte abbiamo i creditori-mandatari, che hanno il potere e l'obbligo di amministrare i beni a loro ceduti e di venderli per soddisfare i loro crediti. (art 1979 c.c.)⁹².

Gli effetti della cessione dei beni sono di natura obbligatoria.

Dalla conclusione del contratto di cessione dei beni ai creditori, infatti, non deriva il trasferimento della proprietà dei beni dal debitore ai creditori, ma il trasferimento ai creditori del potere di amministrare i beni ceduti (1977 c.c.) e portare a termine la liquidazione degli stessi, così da liberare il debitore nei limiti di quanto i creditori hanno ricevuto (1984 c.c.), sempre usando la dovuta diligenza e correttezza del mandatario, pena la risoluzione unilaterale dell'accordo.

Per quanto riguarda il debitore⁹³ egli perde, invece, la disponibilità⁹⁴ dei propri beni per tutta la durata della cessione (art. 1980 co. 1 c.c.), tuttavia, mantiene il diritto di esercitare il controllo sull'operato dei creditori.

⁹¹ L'art. 1977 c.c., infatti, afferma: << La cessione dei beni ai creditori è il contratto col quale il debitore incarica i suoi creditori o alcuni di essi di liquidare tutte o alcune sue attività e di ripartirne tra loro il ricavato in soddisfacimento dei loro crediti >>.

⁹² L'art. 1979 c.c. afferma: <<L'amministrazione dei beni ceduti spetta ai creditori cessionari. Questi possono esercitare tutte le azioni di carattere patrimoniale relative ai beni medesimi >>.

⁹³ Vi è, infatti, un vincolo d'indisponibilità sui beni utilizzati dai creditori, secondo quanto afferma l' art 1980 co. 1 c.c. : <<Il debitore non può disporre dei beni ceduti >>.

⁹⁴ L'obbligo del debitore di non disporre dei beni mobili od immobili rispetto ai terzi si costituisce attraverso da un lato con lo spossamento (beni mobili non registrati) e dall'altro con lo strumento della trascrizione (beni immobili o mobili registrati), secondo quanto emerge in G. BONILINI, *Contratti diretti alla composizione e prevenzione delle liti*, in M. BESSONE (a cura di), *Istituzioni di Diritto Privato*, cit., p. 866 s.

Il contratto di cessione è una negoziazione meramente privata, in quanto non è presente un organo terzo che si occupi della liquidazione dei beni, essendo un compito dei creditori, a meno che le parti non decidano di nominare un liquidatore che si occupi personalmente della liquidazione⁹⁵.

Per quanto riguarda i creditori non aderenti al contratto, nei loro confronti il contratto di cessione non produce alcun effetto (secondo il principio generale per cui il contratto è vincolante solo per le parti, di cui l'art.1372 c.c.).

Essi quindi per soddisfarsi potranno far ricorso alle vie giudiziarie tradizionali⁹⁶.

Al termine della procedura, come abbiamo detto, il debitore è liberato verso i creditori nei limiti di quanto è stato liquidato (art. 1984 c.c.)⁹⁷ e gli stessi creditori aderenti alla cessione, una volta terminata la procedura di liquidazione, potranno procedere in via giudiziale, se non sono stati pienamente soddisfatti.

2.5.2. I motivi dell'inadeguatezza della cessione dei beni per far fronte al fenomeno del sovraindebitamento

Il contratto di cessione, pur presentando alcuni vantaggi, quali l'essere una contrattazione privata, più veloce, economica e snella delle procedure

⁹⁵ In caso di nomina di un liquidatore a cui affidare l'incarico della liquidazione dei beni, le spese di liquidazione sono però sopportate dai creditori: v. G. BONILINI, *Contratti diretti alla composizione e prevenzione delle liti*, in M. BESSONE (a cura di), *Istituzioni di Diritto Privato*, cit. p. 866 s.

⁹⁶ I creditori non aderenti potranno, inoltre, esercitare l'esecuzione anche sui beni ceduti, qualora i loro crediti siano sorti anteriormente alla stipulazione, mentre potranno chiedere l'esecuzione solo sui beni non ceduti, qualora i loro crediti siano sorti successivamente al contratto di cessione, secondo quanto emerge in G. BONILINI, *Contratti diretti alla composizione e prevenzione delle liti*, in M. BESSONE (a cura di), *Istituzioni di Diritto Privato*, cit., p. 866 s.

⁹⁷ L'art. 1984 c.c., infatti, afferma: <<Se non vi è patto contrario, il debitore è liberato verso i creditori solo dal giorno in cui essi ricevono la parte loro spettante sul ricavato della liquidazione, e nei limiti di quanto hanno ricevuto>>.

esecutive individuali e concorsuali, è un istituto non molto utilizzato e mostra elementi che lo fanno risultare inadeguato per far fronte al fenomeno del sovraindebitamento.

I motivi del suo scarso utilizzo sono principalmente legati al fatto che tale contratto non risulta in definitiva essere particolarmente conveniente né per i creditori né per il debitore.

Da un lato, infatti, i creditori sono tenuti a portare a buon fine il contratto, coordinandosi ed organizzandosi tra loro, senza l'aiuto di un organo terzo, per procedere alla liquidazione.

In realtà le parti possono decidere di nominare un liquidatore, tuttavia non è una scelta molto usuale poiché i costi dovrebbero essere anticipati dai creditori.

Vedremo, invece, che nella disciplina del sovraindebitamento, introdotta con la legge n. 3/2012, si prevede un organo terzo che si occupa degli snodi cruciali della procedura ed eventualmente anche della liquidazione dei beni del debitore, organo ritenuto essenziale per gestire efficacemente la procedura⁹⁸.

Inoltre, la cessione dei beni risulta essere anche poco conveniente per il debitore in quanto, essendo un contratto, ha effetto soltanto tra le parti (art. 1372 c.c.) e non vincola anche i creditori non aderenti, i quali possono autonomamente esercitare l'azione esecutiva individuale o le procedure concorsuali, facendo subire al debitore oltre alla liquidazione dei beni, tramite il contratto di cessione, anche azioni esecutive o fallimentari.

Come vedremo nella nuova disciplina del sovraindebitamento (sia della l. n. 3/2012 che del d.l. n. 179/2012), sarà previsto, invece, un mezzo di contrattazione tra i debitori e i creditori, a metà strada tra un contratto e una deliberazione, che obbligherà anche i creditori non aderenti all'accordo, creando un meccanismo di favore per il debitore che non dovrà quindi subire ulteriori procedimenti sul suo patrimonio.

⁹⁸ Esso è l'Organismo per la composizione della crisi, disciplinato dall'art. 15 della legge n. 3 del 2012, sul quale v. *Infra* § 2. Cap. II.

Per concludere, quindi, è chiaro che il contratto di cessione dei beni, pur essendo apparentemente uno strumento pratico e veloce, non si presta in realtà a risolvere una situazione in cui da un lato ci sono una pluralità di creditori che concorrono e che quindi difficilmente riescono ad organizzarsi autonomamente per la liquidazione dei beni, dall'altro vi è un debitore sovraindebitato, che ha come obiettivo quello di estinguere, nel limite delle sue possibilità economiche, tutti i suoi debiti in una volta all'interno di una unica procedura e di non subire ulteriori azioni esecutive o fallimentari.⁹⁹

2.6. I vantaggi del debitore civile nell'utilizzo delle procedure concorsuali rispetto alle procedure di esecuzione individuale

Come si è già accennato nei paragrafi precedenti¹⁰⁰, la dottrina¹⁰¹, a seguito delle riforme della legge fallimentare avvenute negli anni 2005-2007, è rimasta delusa per la scelta del legislatore di aver nuovamente escluso il consumatore, gli enti e gli imprenditori sotto una certa soglia (art. 1 l. fall.) dalla disciplina delle procedure concorsuali.

Prima di analizzare la disciplina del sovraindebitamento, pertanto, sembra opportuno chiedersi quali vantaggi avrebbe potuto ottenere il debitore civile sovraindebitato, se avesse potuto accedere alle procedure concorsuali, piuttosto che subire la disciplina delle esecuzioni individuali¹⁰².

⁹⁹ P. LICCARDO, *La moneta concorsuale*, in C. BRUNO et al. (a cura di), *Il processo esecutivo, liber amicorum Romano Vaccarella*, UTET, Milano, 2014 ed in G. TERRANOVA, *La composizione della crisi da sovraindebitamento: uno sguardo d'insieme*, F. DI MARZIO, F. MACARIO, G. TERRANOVA (a cura di), *Composizione della crisi da sovraindebitamento*, cit., p.7 s.

¹⁰⁰ V. *Supra*, § 2.3 Cap. I.

¹⁰¹ G. TERRANOVA, *La composizione della crisi da sovraindebitamento: uno sguardo d'insieme*, F. DI MARZIO, F. MACARIO, G. TERRANOVA (a cura di), *Composizione della crisi da sovraindebitamento*, cit., p. 7 ss.

¹⁰² A.CASTAGNOLA, *L'insolvenza del debitore civile nel sistema della responsabilità patrimoniale*, in *Analisi giuridica dell'economia*, Il Mulino, Bologna, vol. II, 2004, p. 243 s.

2.6.1. I vantaggi comuni a creditori e debitore

Un vantaggio comune sia ai creditori, che al debitore sta nel fatto che le procedure concorsuali sono considerate delle procedure *a porta chiusa*, in quanto possono accedervi solo i creditori sorti precedentemente all'apertura del procedimento, secondo quanto affermato dall'art 44 l. fall.

La struttura di procedimento a *porta chiusa* permette solo ai creditori anteriori di concorrere e non anche ai nuovi creditori, anche perché, ex art. 44 l. fall., gli atti e i pagamenti eseguiti dal fallito dopo la dichiarazione di fallimento sono inefficaci.

Inoltre, dà la possibilità al debitore di chiudere tutti i rapporti debitori una volta terminata la procedura concorsuale, senza riaprirla in seguito.

In precedenza, l'esecuzione individuale era invece un procedimento c.d. *a porta aperta*, in cui il creditore poteva intervenire¹⁰³ in qualsiasi momento, purché prima della distribuzione del ricavato.

Attualmente, la disciplina delle esecuzioni individuali prevede per i creditori chirografari¹⁰⁴ (ossia per i creditori non muniti di un diritto di prelazione¹⁰⁵)

¹⁰³ L'intervento, in base all'art. 499 c.p.c., si effettua con ricorso che deve essere depositato prima che si sia tenuta l'udienza per la vendita e l'assegnazione ed è redatto con l'assistenza di un difensore, munito di procura, e deve contenere una serie di documenti, quali l'indicazione del credito e del titolo di esso (per titolo non necessariamente s'intende titolo esecutivo, bensì in generale il diritto sostanziale del credito stesso), la domanda di partecipazione alla distribuzione della somma ricavata (che è l'atto con cui l'interveniente esercita il suo diritto di azione all'interno della procedura) e la dichiarazione di residenza o l'elezione di domicilio nel comune in cui ha sede il giudice competente per l'esecuzione. V. in proposito C. MANDRIOLI, *Diritto processuale civile. L'esecuzione forzata. I procedimenti sommari, cautelari e camerali*, A. CARRATTA (a cura di), vol. IV, Giappichelli, Torino, 2016, p. 96 s.

¹⁰⁴ In particolare, come sottolineano C. CARRATTA, possono intervenire tempestivamente sia i creditori chirografari muniti di titolo esecutivo, come emerge dall'art. 499 co. 1 c.p.c., sia i creditori non muniti di titolo esecutivo, i quali a norma dell'art. 499 c. 2 depositano assieme all'atto del ricorso, a pena di inammissibilità, l'estratto autotentico notarile da cui si attesta l'esistenza di tale credito, successivamente, secondo quanto previsto dall'art. 499 co. 3, che afferma: <<Il creditore privo di titolo esecutivo che interviene nell'esecuzione, deve notificare al debitore entro dieci giorni successivi al deposito copia del ricorso, nonché copia dell'estratto autentico notarile attestante il credito, se l'intervento nell'esecuzione ha luogo in forza di essa>>. Successivamente, all'udienza in cui viene disposta la vendita e l'assegnazione, il

come regola generale la necessità di intervenire tempestivamente entro un termine che in tutte le procedure coincide con la prima udienza¹⁰⁶ fissata per l'autorizzazione della vendita, o per l'assegnazione (art. 525, art. 561, artt. 565 c.p.c.¹⁰⁷). E', tuttavia, ancora ammissibile (dopo la riforma della procedure esecutive intervenuta nel 2005) l'intervento c.d. tardivo, da effettuarsi entro un termine che di norma coincide¹⁰⁸ con il provvedimento o l'udienza di distribuzione delle somme ricavate dalla vendita (artt. 528, artt. 565 c.p.c.).

L'intervento tempestivo dà la possibilità ai creditori chirografari di partecipare al procedimento di esecuzione e di soddisfarsi in ragione percentuale del proprio credito attraverso il ricavato della vendita dei beni del debitore, dopo i creditori muniti di diritto di prelazione e concorrendo con gli altri creditori chirografari tempestivi.

debitore deve dichiarare quali dei crediti per i quali hanno avuto luogo gli interventi egli intenda riconoscere in tutto o in parte, specificando la relativa misura. A quel punto i creditori, una volta riconosciuti, partecipano alla distribuzione della somma ricava per l'intero, ovvero limitatamente a quella parte di credito per cui vi sia stato il riconoscimento parziale. In merito v. C. MANDRIOLI, *Diritto processuale civile. L'esecuzione forzata. I procedimenti sommari, cautelari e camerali*, A. CARRATTA (a cura di), vol. IV, cit., p. 95 s.

¹⁰⁵ Questa distinzione tra interventori "tempestivi" o "tardivi" non è rilevante per i creditori privilegiati, i quali possono intervenire sia tempestivamente, che tardivamente ed hanno in ogni caso diritto alla soddisfazione prima dei chirografari, anche tempestivi. In merito v. F. LUISO, *Diritto processuale civile, processo esecutivo*, vol. III, Giuffrè, Milano, 2013, p. 131 s.

¹⁰⁶ L'art. 499 c.p.c., norma generale dell'espropriazione forzata (riformata dalla l. 28 dicembre 2005 n. 263) prevede, a differenza degli art. 525 c.p.c. (esecuzione mobiliare), 565-566 c.p.c. (esecuzione immobiliare), 551 c.p.c. (esecuzione presso terzi), che l'intervento tempestivo sia tale se effettuato *prima* dell'udienza fissata per la vendita o l'assegnazione. Secondo la dottrina maggioritaria tale disposizione non prevale, né abroga automaticamente le altre (anche perché, se così fosse, si dovrebbe escludere la possibilità di un intervento tardivo, non essendo nominato all'interno della norma-quadro costituita dall'art. 499 c.p.c.), ma deve essere interpretata in armonia con le altre norme. In merito v. A. M. SOLDI, *Manuale dell'esecuzione forzata*, Cedam, Padova, 2014, p. 404 s.

¹⁰⁷ In via interpretativa, alcuni autori, hanno ritenuto che l'intervento tempestivo nell'esecuzione immobiliare è in realtà più ampio, ossia è tempestivo fin quando non venga adottata l'ordinanza che dispone la vendita o l'assegnazione, che, solitamente, è sempre successiva alla prima udienza di comparizione delle parti. In merito v. A. M. SOLDI, *Manuale dell'esecuzione forzata*, cit., p. 404 s.

¹⁰⁸ In particolare, nell'espropriazione mobiliare (art. 528 cp.c.) tale intervento deve avvenire prima del provvedimento di distribuzione, invece, nell'espropriazione immobiliare (art. 565 c.p.c.) prima dell'udienza di cui l'art. 596 c.p.c., secondo quanto emerge in, C. MANDRIOLI, *Diritto processuale civile. L'esecuzione forzata. I procedimenti sommari, cautelari e camerali*, A. CARRATTA (a cura di), vol. IV, cit., p. 97 s.

L'intervento tardivo, invece, dà la possibilità ai creditori chirografari, che non sono riusciti ad intervenire tempestivamente, di inserirsi comunque nel procedimento di esecuzione, ma essi avranno diritto di soddisfarsi solo sul residuo che eventualmente avanza dalla vendita, concorrendo con gli altri creditori chirografari tardivi¹⁰⁹.

A nostro avviso, la distinzione tra l'intervento tempestivo e l'intervento tardivo (e quindi il mantenimento, benché limitato, della struttura "a porta aperta") all'interno delle procedure esecutive individuali crea un pregiudizio di poco conto nei confronti dei creditori.

Essa, infatti, ha conseguenze pregiudizievoli solo sui creditori chirografari tardivi e non sugli altri creditori, quali i creditori privilegiati e i creditori chirografari tempestivi i quali hanno diritto di soddisfarsi prima dei creditori chirografari tardivi.

Tuttavia può creare un aggravio ulteriore per il debitore, in quanto i creditori tardivi si soddisfano pur sempre sulle somme accantonate dall'esito della vendita dei beni del debitore e può creare un allungamento del procedimento e una possibilità ulteriore per i creditori di intervenire. Pertanto, soprattutto per il debitore può essere preferibile il meccanismo previsto nelle procedure concorsuali che comunque, per il suo rigido limite temporale, può limitare quantitativamente la massa creditoria.

Inoltre, la procedura di esecuzione individuale, aprendosi su iniziativa di un singolo creditore, una volta terminata, può essere seguita da ulteriori procedure individuali, intraprese da creditori diversi (o perfino dallo stesso, se non è stato completamente soddisfatto).

¹⁰⁹ Secondo quanto emerge in C. MANDRIOLI, *Diritto processuale civile. L'esecuzione forzata. I procedimenti sommari, cautelari e camerali*, A. CARRATTA (a cura di), vol. IV, cit., p. 97 s.

2.6.2. I vantaggi per i creditori

I vantaggi che potrebbero avere i creditori, se il debitore in condizione di sovraindebitamento potesse accedere alle procedure concorsuali, sarebbero molteplici.

In primo luogo essi sarebbero supportati e tutelati da un organo pubblico, che promuove le loro richieste, diversamente da quanto accade nelle procedure esecutive individuali, in cui spetta al creditore individuare il bene da sottoporre ad esecuzione, pena l'estinzione del procedimento.

Inoltre, se il sovraindebitato potesse accedere alle procedure concorsuali, i creditori avrebbero la possibilità di aggredire un patrimonio maggiore, rispetto a quello che risulterebbe aggredibile dai creditori individuali.

Infatti, i creditori fallimentari, a mezzo del curatore, possono attrarre a sé sin dall'inizio del procedimento, situazioni giuridiche attive che il creditore individuale invece non può pignorare, nelle procedure esecutive, come i diritti potestativi e i diritti alle prestazioni di *facere* o *dare*.

Nelle procedure concorsuali poi i creditori, nel caso in cui il debitore avesse diminuito il proprio patrimonio in loro pregiudizio, possono ricostruire il patrimonio del debitore con una misura efficace, ovvero a mezzo dello strumento dell'azione revocatoria fallimentare (disciplinato dagli artt. 64-69 l. fall.), mentre il creditore individuale ha a disposizione solo lo strumento dell'azione revocatoria ordinaria (art. 2901-2902 c.c.), richiamato per le procedure concorsuali dall'art. 66 l. fall..

Per quanto riguarda l'azione revocatoria ordinaria, utilizzabile rispettivamente prima di esercitare azioni esecutive o conservative (2902 c.c.) o durante la procedura fallimentare, essa permette di revocare atti di disposizione sia a titolo oneroso, che a titolo gratuito compiuti dal debitore.

In entrambi i procedimenti la parte attiva, sia essa il creditore individuale o il curatore fallimentare, ai fini di un esito vittorioso dell'azione revocatoria, è tenuta a dimostrare la sussistenza di tre presupposti, l'*eventus damni*, la

scientia damni e il *consilium fraudis* nel caso in cui il debitore abbia compiuto atti dispositivi recando un pregiudizio al diritto di soddisfarsi del creditore.

Il primo concerne la presenza di un reale pregiudizio subito dal creditore, a causa di uno o più atti di disposizione del debitore, i quali non solo devono aver depauperato il patrimonio del debitore, ma anche aver reso insufficiente o più difficoltoso per il creditore il soddisfacimento delle sue pretese¹¹⁰.

Il secondo consiste, invece, nel dimostrare la conoscenza in capo al debitore del pregiudizio che l'atto arreca alle ragioni del creditore.

Infine, l'ultimo riguarda la dimostrazione, nel caso in cui l'atto di disposizione sia a titolo oneroso, che il terzo, a cui è stato indirizzato l'atto di disposizione, fosse consapevole del pregiudizio arrecato al creditore.

Se la dimostrazione dei tre presupposti ha esito positivo, l'atto dispositivo perde efficacia rispettivamente nei confronti del singolo creditore o dell'intera massa creditoria rappresentata dal curatore e rientra nel patrimonio del debitore.

Diversamente, la revocatoria fallimentare disciplinata dall'art. 67 l. fall., presenta numerose differenze sintetizzabili in almeno tre punti, che la rendono un istituto senza dubbio più agevole e vantaggioso rispetto a quella ordinaria.

Il primo punto è che nella revocatoria fallimentare il curatore non è tenuto a dimostrare i rigorosi presupposti dell'*eventus damni*, *scientia damni* e *consilium fraudis* ai fini dell'esito positivo della revocatoria, bensì è necessario solo che siano dimostrati due presupposti: che il compimento dell'atto oggetto di revocatoria sia avvenuto nel periodo sospetto stabilito dall'art. 67 l. fall., che varia da un anno a sei mesi, e che ci sia stata conoscenza da parte del terzo dello stato di insolvenza del debitore.

¹¹⁰ La Cassazione ha puntualizzato che in tema di revocatoria ordinaria, non è richiesta, a fondamento dell'azione, la totale compromissione della consistenza del patrimonio del debitore, ma soltanto il compimento di un atto che renda più incerta o difficile la soddisfazione del credito : v. tra le altre Cass. n. 1902 del 3 febbraio 2015, in www.italgiure.giustizia.it.

A seconda delle ipotesi tassativamente elencate nell'art. 67 l. fall. il curatore sarà tenuto o solo a dimostrare la sussistenza del primo presupposto e si presume la conoscenza del terzo dello stato d'insolvenza del debitore, (ciò avviene nel caso di atti anomali, che se posti in essere rappresentano un sintomo della conoscenza, da parte del debitore stesso, del proprio stato di insolvenza, di cui difficilmente non potrà essere a conoscenza il terzo) o a dimostrare la presenza di entrambi i presupposti (nel caso di atti dispositivi normali).

Il secondo vantaggio che presenta la revocatoria fallimentare è che gli atti ad essa sottoponibili sono molto più numerosi, rispetto a quelli soggetti alla revocatoria ordinaria, che sono solo agli atti di disposizione del fallito.

Essi sono i pagamenti effettuati dal debitore¹¹¹ (anche di debiti scaduti, non soggetti a revocatoria ordinaria ex art. 2901 c.c.), gli atti dispositivi compiuti dal debitore, e gli atti dispositivi eseguiti da terzi (come l'ipoteca giudiziale, sottoposta a revocatoria fallimentare a norma dell'art. 67, 1 co. l. fall.), gli atti avente ad oggetto diritti potestativi e i diritti alle prestazioni di *facere* o di dare.

Ultimo punto di differenza è il regime probatorio, il quale nella revocatoria fallimentare è più favorevole, di quello presente nella disciplina dell'azione di revocatoria ordinaria¹¹².

Infatti, nella revocatoria fallimentare, i creditori non hanno l'onere di provare che gli atti compiuti dal debitore, nel periodo in cui lo stesso si trovava in stato d'insolvenza, fossero finalizzati a diminuire l'attivo patrimoniale e alterare la "*par condicio creditorum*", in quanto si presume che

¹¹¹ Tali pagamenti possono essere: i pagamenti che scadono nel giorno della dichiarazione di fallimento, o posteriormente se effettuati nei due anni anteriori alla dichiarazione di fallimento (art. 65 l. fall.), quelli effettuati con mezzi anomali nel biennio anteriore al fallimento o quelli effettuati con mezzi normali ma nell'anno anteriore al fallimento (art. 67 co. 2 l. fall.) : v. A. CASTAGNOLA, *L'insolvenza del debitore civile nel sistema di responsabilità patrimoniale*, in *Analisi giuridica dell'economia*, cit., p. 247 s.

¹¹² In realtà, l'istituto della revocatoria fallimentare, come vedremo in seguito, non sarà utilizzato nella l. n. 3/2012 sul sovraindebitamento del debitore civile, ma potrebbe essere recuperato in futuro, secondo quanto emerge in A.CASTAGNOLA, *L'insolvenza del debitore civile nel sistema della responsabilità patrimoniale*, in *Analisi giuridica dell'economia*, cit., p. 246 s.

tali azioni del debitore siano proprio finalizzate a ciò e pertanto ricade sul debitore l'onere di provare il contrario.

Diversamente, nella revocatoria ordinaria è il creditore che è tenuto a provare che il debitore e il terzo abbiano agito coscienti del pregiudizio che arrecavano al creditore o dolosamente (anche se è consentito il ricorso alle presunzioni).

Per concludere, quindi, si può ritenere che i creditori, qualora fosse previsto al debitore sovraindebitato di accedere alle procedure concorsuali, sarebbero notevolmente avvantaggiati, in quanto avrebbero a disposizione oltre allo strumento della azione revocatoria ordinaria, anche quello della revocatoria fallimentare che per la quantità di beni da sottoporre a revocatoria, il favorevole regime probatorio e la minor ampiezza di contenuto dei presupposti da dimostrare in capo al curatore, è notevolmente più efficiente. Vi è poi da ricordare che all'interno delle procedure concorsuali, finalizzato sempre a proteggere l'attivo patrimoniale, opera il congelamento della posizione debitoria del fallito: l'art. 44 fall. stabilisce infatti che sono inefficaci, dopo la dichiarazione di fallimento, gli atti compiuti dal fallito e i pagamenti ricevuti da esso.

Un istituto simile, in realtà, sarà ripreso dalla l. n. 3/2012 all'art. 19¹¹³, anche se nel caso del consumatore appare più difficile effettuare un controllo sulla

¹¹³ L. 27 gennaio 2012, n. 3, *Disposizioni in materia di usura e di estorsione, nonché di composizione delle crisi da sovraindebitamento*, cit., art 19: <<1. Salvo che il fatto costituisca più grave reato, è punito con la reclusione da sei mesi a due anni e con la multa da 1.000 a 50.000 euro il debitore che: a) al fine di ottenere l'accesso alla procedura di composizione della crisi di cui al presente capo, aumenta o diminuisce il passivo ovvero sottrae o dissimula una parte rilevante dell'attivo ovvero dolosamente simula attività inesistenti; b) al fine di ottenere l'accesso alla procedura di composizione della crisi di cui al presente capo, produce documentazione contraffatta o alterata, ovvero sottrae, occulta o distrugge, in tutto o in parte, la documentazione relativa alla propria situazione debitoria ovvero la propria documentazione contabile; c) nel corso della procedura, effettua pagamenti non previsti nel piano oggetto dell'accordo, fatto salvo il regolare pagamento dei creditori estranei; d) dopo il deposito della proposta di accordo di ristrutturazione dei debiti, e per tutta la durata della procedura, aggrava la sua posizione debitoria; e) intenzionalmente non rispetta i contenuti dell'accordo. 2. Il componente dell'organismo di composizione della crisi che rende false attestazioni in ordine all'esito della votazione dei creditori sulla proposta di accordo formulata dal debitore ovvero in ordine alla veridicità dei dati contenuti in tale proposta o nei documenti ad essa allegati ovvero in ordine alla fattibilità del piano di ristrutturazione dei debiti proposto dal debitore è punito con la reclusione da uno a tre anni e con la multa da 1.000 a 50.000 euro. 3. La stessa pena di cui al comma 2 si applica al componente dell'organismo di composizione della crisi che cagiona danno ai creditori omettendo o rifiutando senza giustificato motivo un atto del suo ufficio.>>

contabilità domestica, rispetto alla contabilità di un individuo che eserciti attività commerciale.

L'attività commerciale, infatti, deve essere riprodotta nei registri contabili, mentre le operazioni economiche della vita quotidiana non sono soggette all'obbligo di trascrizione, perciò non sono facilmente controllabili.

Tali istituti non trovano un corrispondente all'interno della disciplina delle esecuzioni individuali, in quanto, in tale procedimento, i creditori operano singolarmente e, quindi, non hanno alcun interesse a coordinarsi e condividere informazioni riguardo al patrimonio del debitore, e spesso infatti operano ciascuno con attività investigative nascoste agli altri¹¹⁴.

Inoltre, le procedure concorsuali potrebbero essere più pratiche nel caso in cui il debitore si trovasse a far fronte ad un numero elevato di debiti e di creditori, in quanto gli darebbero anche la possibilità di stipulare accordi con la massa di creditori, come il concordato fallimentare o le procedure concorsuali minori, allo scopo di ottenere riduzioni o dilazioni.¹¹⁵

Diversamente, il processo esecutivo individuale nasce come una procedura che trova impulso dal singolo creditore, a cui eventualmente si uniscono altri creditori con un'azione esecutiva accessoria¹¹⁶ creando una sorta di concorso.

2.6.3. I vantaggi per il debitore

Per quanto riguarda, invece, i benefici che potrebbe ottenere il debitore civile nell'accedere alle procedure concorsuali, il primo è quello dell'istituto

¹¹⁴In questo senso D. CERINI, *Sovraindebitamento e consumer bankruptcy: tra punizione e perdono*, cit., p. 410 s.

¹¹⁵A.CASTAGNOLA, *L'insolvenza del debitore civile nel sistema della responsabilità patrimoniale*, in *Analisi giuridica dell'economia*, cit., p. 248 s.

¹¹⁶A.M.SOLDI, *Manuale dell'esecuzione forzata*, cit., p. 13 ss.

premiata dell'esdebitazione¹¹⁷ (o "discharge"), previsto dall'art 142 l. fall e non presente nella disciplina delle esecuzioni individuali, che sarà ripreso dalla normativa del sovraindebitamento all' art 14-terdecies l. n. 3/2012¹¹⁸.

Tale istituto consiste nel risanamento della posizione debitoria dell'imprenditore attraverso la cancellazione dei debiti rimasti insoddisfatti.

Esso è finalizzato a permettere al debitore di ripartire da zero (*fresh start*) senza essere ulteriormente perseguito dai creditori rimanenti (art. 120 l. fall.)¹¹⁹, così di riassumere un ruolo economico attivo all'interno del mercato.

Tale istituto non è compatibile con la procedura di esecuzione individuale, in quanto la finalità delle esecuzioni è solo la soddisfazione del creditore, il quale lamenta di essere titolare di un credito insoddisfatto dal debitore che viene soddisfatto con tutti i beni presenti e futuri del debitore (2740 c.c.). Vedremo che tale istituto verrà ripreso¹²⁰ nella disciplina del sovraindebitamento, al termine di tutte e tre le procedure previste dalla legge n. 3/2012 attualmente in vigore.

2.7. La scelta del legislatore di prevedere una disciplina a parte per il sovraindebitamento

Si è proceduto ad illustrare l'istituto della cessione dei crediti, nonché le caratteristiche delle procedure concorsuali e delle esecuzioni individuali, per

¹¹⁷ E. PELLECCIA, *Dall'insolvenza al sovraindebitamento. Interesse del debitore alla liberazione e ristrutturazione dei debiti*, cit., p. 208 s.

¹¹⁸ V. *Infra* § 3, Cap. II.

¹¹⁹ Al termine delle procedure concorsuali, infatti, l'art. 120 l. fall afferma che i creditori riacquistano il libero esercizio delle azioni verso il debitore per la parte non soddisfatta dei loro crediti per capitale e interessi, salvo quanto non è possibile per il debitore accedere all'istituto dell'esdebitazione che gli permette di liberarsi da tutti i debiti e di cominciare una nuova vita, secondo quanto emerge in N. NISIVOCCIA, E. NORELLI, *Funzione e ratio*, G. LO CASCIO (a cura di), *Codice commentato del fallimento*, cit., p. 1668 ss.

¹²⁰ Per un approfondimento della disciplina dell' "esdebitazione" nei procedimenti di sovraindebitamento v. *Infra* § 1.7.4. , 3 Cap. II.

evidenziare che il nostro ordinamento aveva a disposizione numerosi istituti, benché creati per finalità diverse, che avrebbero potuto essere adattati dal legislatore, con un'eventuale riforma, per disciplinare il nuovo fenomeno del sovraindebitamento dei soggetti deboli, quali, per esempio, il piccolo imprenditore e il consumatore.

Nel 2005 il legislatore riformò la legge fallimentare con numerosi decreti legislativi che si susseguirono fino al 2007 e che modificarono in larga misura la precedente legge, r.d. n. 267/1942.¹²¹

Con tali interventi il legislatore si preoccupò di affrontare la disciplina della crisi dell'impresa, che non era più adeguatamente affrontata dalla vecchia legge, anche a fronte della crisi economica che si stava verificando in quegli anni.

Infatti, nella precedente disciplina veniva dato molto spazio alla procedura del fallimento, finalizzata al soddisfacimento dei creditori e non al risanamento dei debiti e alla ristrutturazione del complesso aziendale.

Tuttavia, il legislatore si rese conto che introdurre procedure concorsuali nuove o riformare quelle già esistenti, così da favorire il risanamento dell'impresa e del complesso aziendale, poteva generare numerosi benefici all'economia locale e nazionale .

Da un lato, infatti, si poteva evitare la perdita di numerosi posti di lavoro.

Dall'altro, si salvava un'impresa che ancora poteva generare ricchezza nel panorama economico italiano.

Quindi il legislatore introdusse una serie di istituti stragiudiziali e giudiziali.

Da un lato elaborò alcuni istituti di negoziazione stragiudiziale, alternativi alla procedura fallimentare, quali l'accordo per la ristrutturazione dei debiti

¹²¹ Le recenti riforme susseguitesi nel triennio 2005-2007 furono infatti: d.l. n. 35/2005 conv. in l. n.80/2005 che ha riformato il concordato preventivo ed istituito l'accordo per la ristrutturazione dei debiti, il d.l. n. 5/2006 che ha riformato la disciplina del fallimento e ha abrogato l'istituto dell'amministrazione controllata, il d.lgs. n. 169/2007 che ha apportato correzioni alle precedenti riforme, il d.l. n. 83/2012 conv. in l. n. 134/2012 che ha ulteriormente modificato il concordato preventivo e l'accordo per la ristrutturazione dei debiti, secondo quanto emerge in G.F. CAMPOBASSO, *Dritto Commerciale, contratti, titoli di credito, procedure concorsuali*, vol. III, M. CAMPOBASSO (a cura di), cit., p. 338 ss.

(art. 182-bis l. fall.) e il piano di risanamento attestato (art. 67 l. fall.)¹²² con cui al debitore veniva data la possibilità di raggiungere un accordo con i creditori per il soddisfacimento dei crediti, senza subire il fallimento e la perdita del complesso aziendale.

Dall'altro riformò gli istituti di concordato giudiziale¹²³, quali l'amministrazione controllata (che venne abrogata) e il nuovo concordato preventivo¹²⁴ (art. 160 e ss.), che in passato non aveva avuto grande successo in quanto si prestava ad essere solo una mera "anticamera" del fallimento¹²⁵.

Inoltre, come abbiamo precedentemente accennato, la nuova legge fallimentare, oltre ad inserire procedure concorsuali alternative, introdusse anche l'istituto dell'esdebitazione (art. 142 l. fall.) che permetteva all'imprenditore, al termine di una delle procedure concorsuali predette, di

¹²² E' interessante rilevare che tali procedimenti, pur essendo stati inseriti nella nuova l. fall., secondo la dottrina maggioritaria, tuttavia, non sono annoverati tra le procedure concorsuali, ma piuttosto sono qualificati come dei veri e propri accordi contrattuali, secondo quanto emerge in G. BRESCIA, F. CALDIERO S. DAMIANI, G. GIOIA, *La composizione della crisi da sovraindebitamento*, cit., in p. 20 s.

¹²³ Tali istituti avevano come principale elemento l'accordo che veniva sancito tra il debitore ed i creditori. Tuttavia, alcuni lo raggiungevano tramite la stipulazione di un contratto, come nell'accordo di ristrutturazione dei debiti di cui l'art 182-bis l. fall., altri attraverso una deliberazione, come nel concordato preventivo di cui l'art 160 l. fall., secondo quanto emerge in E. PELLECCCHIA, *Dall'insolvenza al sovraindebitamento. Interesse del debitore alla liberazione e ristrutturazione dei debiti*, cit., p. 166 s.

¹²⁴ Attualmente, il nuovo concordato preventivo si presenta come un istituto a metà strada tra quello stragiudiziale, in quanto vi è la presenza di un concordato raggiunto tra i creditori e il debitore, e giudiziale, in quanto la procedura di concordato viene amministrata da un organismo di mediazione della crisi che si occupa di portare a compimento il concordato, secondo quanto emerge in F. SASSANO, *Manuale pratico dell'esecuzione mobiliare ed immobiliare*, Maggioli, S. Marino, 2012, p. 39 s.

¹²⁵ Infatti, il concordato preventivo precedente alla riforma si presentava come un procedimento a cui poteva far ricorso l'imprenditore insolvente il quale presentava un piano finanziario in cui si obbligava a pagare almeno il 40% dei debiti e tale piano veniva approvato con una delibera dai creditori e omologato dal tribunale, qualora risultasse conveniente per i creditori. Esso, tuttavia, aveva come finalità il soddisfacimento dei creditori e non la salvezza dell'impresa e quindi spesso si risolveva in una liquidazione del patrimonio dell'imprenditore e nel caso in cui il debitore non fosse in grado di rispettare il piano (cosa che accadeva spesso, dal momento che poteva accedere alla procedura solamente qualora versasse in stato di profonda insolvenza) si convertiva in fallimento., secondo quanto emerge in G.F. CAMPOBASSO, *Dritto Commerciale, contratti, titoli di credito, procedure concorsuali*, vol. III, M. CAMPOBASSO (a cura di), cit., p. 338 s.

liberarsi di tutti i suoi debiti non soddisfatti, segnando un'ulteriore distanza con la disciplina che era presente in quel momento per il debitore civile¹²⁶.

Oltre a questi interventi legislativi, necessari per aggiornare la disciplina anche alla luce della grave crisi economica in atto¹²⁷, la dottrina¹²⁸ auspicava che il legislatore sanasse il vuoto normativo presente per la tutela dei debitori civili sovraindebitati.

Tale lacuna normativa avrebbe potuto essere colmata o attraverso l'inclusione del debitore civile nella disciplina delle procedure concorsuali¹²⁹, oppure attraverso l'elaborazione di una disciplina parallela ad esse.

La scelta del legislatore, in quel momento, non si orientò verso nessuna delle due ipotesi¹³⁰.

Il legislatore, infatti, decise di estendere il numero di soggetti che non potevano accedere alle procedure concorsuali (art. 1 l. fall.) senza elaborare, in contemporanea alla riforma della crisi d'impresa, una disciplina parallela a quella delle procedure concorsuali per il debitore civile¹³¹.

Di lì a pochi anni, però, il legislatore intervenne per colmare questa lacuna normativa, iniziando dal 2009 il lungo iter legislativo che ha portato alla nascita della disciplina sul sovraindebitamento.

¹²⁶ F. PADOVINI, *Indebitamento e sovraindebitamento*, in *Benessere e regole dei rapporti civili. Lo sviluppo oltre la crisi. Atti del 9° convegno nazionale in ricordo di Giovanni Gabrielli*, cit., p. 417 s.

¹²⁷ Secondo quanto abbiamo visto *Supra*, § 2.5. Cap. I. e secondo quanto affermano sia G. TERRANOVA, sia R. RORDORF in F. DI MARZIO, F. MACARIO, G. TERRANOVA, *La composizione della crisi da sovraindebitamento*, cit., p. 7 s. e in F. PARENTE, L. RUGGERI, *Attività di liquidazioni e tutela dei creditori*, E.S.I., Napoli, 2014, p. 156 s.

¹²⁸ V. in questo senso sia G. TERRANOVA, *La composizione della crisi da sovraindebitamento: uno sguardo d'insieme*, in F. DI MARZIO, F. MACARIO, G. TERRANOVA (a cura di), *Composizione della crisi da sovraindebitamento*, cit., p. 7 s. e R. RORDORF, *La liquidazione nella crisi da sovraindebitamento*, in F. PARENTE, L. RUGGERI (a cura di), *Attività di liquidazioni e tutela dei creditori*, cit., p. 156 s.

¹²⁹ Tale scelta sembrava essere la più naturale, in quanto numerosi istituti presenti nella disciplina delle procedure concorsuali si prestavano ad essere compatibili con la disciplina del debitore civile sovraindebitato, secondo quanto emerge in A. CASTAGNOLA, *L'insolvenza del debitore civile nel sistema di responsabilità patrimoniale*, cit., p. 243 ss.

¹³⁰ G. TERRANOVA, *La composizione della crisi da sovraindebitamento: uno sguardo d'insieme*, in F. DI MARZIO, F. MACARIO, G. TERRANOVA (a cura di), *Composizione della crisi da sovraindebitamento*, cit., p. 7 s.

¹³¹ Per un approfondimento sugli ulteriori criteri quantitativo-dimensionali, stabiliti dal nuovo art. 1 l. fall. v. *supra* § 2.4. Cap. I. ed E. PELLECCCHIA, *Dall'insolvenza al sovraindebitamento. Interesse del debitore alla liberazione e ristrutturazione dei debiti*, cit., p. XX s.

3. La disciplina del sovraindebitamento del debitore civile

All'inizio del 2012, poco dopo la riforma della legge fallimentare e nel corso della crisi economico-finanziaria iniziata nel 2007 che ha coinvolto anche l'Italia portandola ad una situazione di recessione economica e desolazione dalla quale solo ora si comincia ad uscire, dopo un percorso parlamentare durato alcuni anni¹³² è stata approvata la disciplina del sovraindebitamento del *debitore civile* (l. n. 3/2012) e successivamente è stato previsto un apposito procedimento per il consumatore (d.l. di riforma n. 179/2012).

Il primo intervento legislativo riguardante il sovraindebitamento del debitore civile è dunque la legge 27 gennaio 2012, n.3, che si applicava a tutti i soggetti che non potevano accedere alle procedure concorsuali.

Il secondo intervento legislativo riguardante il sovraindebitamento del consumatore è il decreto legge 18 ottobre 2012 n. 179 (convertito in legge 17 dicembre 2012, n. 221), che ha apportato significative modifiche al primo testo di legge introducendo, in particolare, una disciplina specifica riservata al consumatore.

3.1. L'iter legislativo precedente alla nascita della l. 3/2012 e del d.l. 179/2012

Il lungo iter legislativo che ha condotto all'approvazione della legge n. 3 del 2012 e poi del suo d.l. di modifica n. 179/2012 è iniziato in Senato, nel settembre 2008, con la proposta di legge elaborata dal Senatore Centaro (Stampato n. 307 B) intitolata “*Disposizioni in materia di usura e di estorsione, nonché di composizione delle crisi da sovraindebitamento*” .

¹³² Del quale si darà conto più dettagliatamente nel paragrafo successivo.

Tale proposta fu esaminata dalla Commissione Giustizia e approvata in Senato il 1 aprile 2009. Successivamente è passata alla Camera, dove la II Commissione permanente (Giustizia), dopo un lungo esame, l'ha approvata, con qualche modifica, il 26 ottobre 2011, mandando ulteriormente la proposta in Senato (Stampato in Camera n. 2364)¹³³.

Contemporaneamente a tale iter, il Governo Monti emanò il 22 dicembre 2011 il decreto legge n. 212, intitolato "*Disposizioni urgenti in materia di composizione delle crisi da sovraindebitamento e disciplina del processo civile*" all'interno del quale venivano riprodotte sostanzialmente le disposizioni già approvate in Parlamento¹³⁴.

Il Parlamento, pertanto, consapevole dello stato ormai avanzato dell'iter relativo all'approvazione della legge Centaro e dei contenuti simili presenti in entrambi i provvedimenti normativi, raggiunse un accordo con il Governo¹³⁵, secondo il quale la legge n. 3/2012 avrebbe sostituito il d.l. 212/2011, fatta eccezione per la disciplina riguardante il sovraindebitamento del consumatore che sarebbe stata disciplinata dalla legge di conversione del predetto decreto.

Tuttavia, tale progetto non venne portato a termine, in quanto il Parlamento decise di convertire il 17 febbraio 2012 il d.l. n. 212/2011, nella legge n. 10/2012, intitolata "*Disposizioni urgenti per l'efficienza della giustizia civile*", dalla quale vennero stralciati tutti gli articoli sul sovraindebitamento¹³⁶.

¹³³ E. PELLECCIA, *Dall'insolvenza al sovraindebitamento. Interesse del debitore alla liberazione e ristrutturazione dei debiti*, cit., p. 155 s.

¹³⁴ Secondo quanto emerge in A. CARRATTA, *La "semplificazione" dei riti e le nuove modifiche del processo civile*, Giappichelli, Torino, 2012, p. 170 s.

¹³⁵ G. BRESCIA, F. CALDIERO, S. DAMIANI, G. GIOIA, *La composizione della crisi da sovraindebitamento*, cit., p. 18 s.

¹³⁶ Rimasero in vigore, infatti, solo 5 articoli del decreto-legge (quali gli artt.13-17). Il testo approvato interviene solo su alcuni ambiti specifici, quali: l'innalzamento del valore soglia, portato da 516,46 a 1.100 euro, entro cui le parti possono stare in giudizio personalmente nelle cause davanti al giudice di pace; la fissazione nelle cause davanti al giudice di pace di un limite per le spese di giudizio, pari al valore della domanda; la disciplina dell'inventario nel procedimento di apertura delle successioni; l'abrogazione della disposizione recata dalla legge di stabilità per il 2012, relativa alle misure straordinarie per la riduzione del contenzioso civile pendente davanti alla Corte di cassazione e alle corti di appello; la proroga al 31 dicembre 2012 di alcuni termini relativi agli incarichi della magistratura onoraria; modifiche alla disciplina dei collegi sindacali nelle società di capitali: v. in

Successivamente poi il Parlamento approvò il disegno di legge Centaro, che divenne la l. n. 3 /2012, entrata in vigore il 29 febbraio 2012.

Tale scelta fu fatta anche perché il Parlamento giudicò inopportuna¹³⁷ l'iniziativa del Governo di disciplinare con una decretazione d'urgenza (d.l. n. 212/2011) una materia che già si stava elaborando in Parlamento.

Per cui il Parlamento decise di approvare definitivamente in un primo momento il procedimento generale previsto dalla l. n. 3/2012 dedicato a tutti i debitori civili¹³⁸ e di riservare ad un diverso atto avente valore di legge l'inserimento della disciplina per il consumatore.

L'elaborazione di un testo legislativo che introducesse una disciplina specifica per il consumatore non tardò ad arrivare e infatti il 18 ottobre 2012 venne approvato il d.l. n. 179/2012 che poi fu convertito il 17 dicembre 2012 nella l. n. 221/2012.

Tale d.l. n. 179/2012, intitolato “*Ulteriori misure urgenti per la crescita del Paese*” con l'articolo 18 modificò il Capo II della legge n. 3/2012, riformando la disciplina sulla composizione delle crisi da sovraindebitamento con l'introduzione di un procedimento a parte per il sovraindebitamento del consumatore.

Una volta descritto l'iter legislativo che ha portato all'esame e poi alla definitiva approvazione dei vari provvedimenti aventi forza e valore di legge in materia di sovraindebitamento, si passerà ad indicare sinteticamente i contenuti e le differenze dei tre testi di legge originariamente presentati in Parlamento¹³⁹.

proposito L. MODICA, *Profili giuridici del sovraindebitamento*, cit., p. 307 s. e L. PANZANI, *La composizione della crisi da sovraindebitamento dopo il d.l. 179/2012*, in www.treccani.it, 2013, p. 2 ss., nonché F. SASSANO, *Manuale pratico sull'esecuzione mobiliare ed immobiliare*, cit., p. 38 ss.
¹³⁷ In questo senso F. SASSANO, *Manuale pratico sull'esecuzione mobiliare ed immobiliare*, cit., p. 38 ss. e L. PANZANI, *La composizione della crisi da sovraindebitamento dopo il d.l. 179/2012*, cit., p. 3 ss.

¹³⁸ All'art. 1 della legge era indicata la sua finalità “*porre rimedio alle situazioni di sovraindebitamento non soggette, né assoggettabili alle vigenti procedure concorsuali*”: v. S. BONFATTI, G. FALCONE, *Soluzioni negoziali ed istituti “preconcorsuali” nella gestione della crisi*, Giuffrè, Milano, 2013, p. 353 s.

¹³⁹ Nel capitolo successivo si esamineranno invece analiticamente i tre procedimenti di composizione della crisi da sovraindebitamento del debitore civile sulla base dell'assetto normativo vigente.

Si può premettere all'analisi sintetica dei testi normativi che i nuovi procedimenti introdotti per far fronte alla crisi del debitore civile hanno in comune di essere procedimenti a carattere concorsuale dotati della medesima particolarità di fornire apposite forme di soluzione-liberazione del soggetto indebitato che prescindono dal consenso unanime di tutti i creditori¹⁴⁰.

3.2. *Il procedimento previsto dal decreto legge n. 212/2011*

Il d.l. n. 212/2011¹⁴¹, intitolato “*Disposizioni urgenti in materia di composizione delle crisi da sovraindebitamento e disciplina del processo civile*”, presentava da un lato, nei primi due capi, una disciplina per il sovraindebitamento delle persone fisiche (ed in particolare del consumatore) e degli enti collettivi, dall'altro, negli altri capi, disposizioni riguardanti la giustizia civile¹⁴².

Esso fu il primo atto legislativo che si occupava della crisi del debitore civile¹⁴³, all'interno di una nozione che vi ricomprendeva sia il consumatore, sia l'imprenditore che non era sottoponibile alle procedure concorsuali per ragioni dimensionali.

¹⁴⁰ M. RISPOLI FARINA, *I rimedi alle crisi da sovraindebitamento: un assesto definitivo alla crisi del consumatore?*, in S. BONFATTI, G. FALCONE (a cura di), *Le procedure di composizione negoziale della crisi e del sovraindebitamento*, Giuffrè, Milano, 2014, p. 274 s. e L. MODICA, *Profili giuridici del sovraindebitamento*, cit., p. 11 s.

¹⁴¹ Come si è ricordato nel paragrafo precedente, dal d.l. n. 212 del 2011 è stata eliminata, in sede di conversione, tutta la disciplina del sovraindebitamento.

¹⁴² In particolare, conteneva disposizioni riguardanti la mediazione, presentava un ampliamento delle ipotesi in cui era possibile stare in giudizio davanti al g.d.p. senza l'assistenza dell'avvocato, introduceva disposizioni sulle impugnazioni civili, presentava una proroga dei magistrati onorari e interventi riguardanti la disciplina della revisione dei conti nelle società di capitali.

¹⁴³ Anche se in realtà già un primo passo verso questa direzione era stato mosso, un po' timidamente, con il d.l. 6 luglio 2011, n. 98 che aveva esteso agli imprenditori agricoli il procedimento di cui all'art. 182 bis l.fall. (accordi di ristrutturazione), secondo quanto emerge in M. FABIANI, *La gestione del sovraindebitamento del debitore “Non fallibile”* (D.L. 212/2011), in *www.ilcaso.it*, p. 2 s.

Le finalità che si volevano perseguire mediante l'introduzione di tale decreto erano principalmente due.

La prima era quella di deflazionare il contenzioso civile, per quanto riguardava in particolare i procedimenti di recupero forzoso dei crediti, introducendo quindi dei procedimenti alternativi.

La seconda era quella di fronteggiare la situazione di crisi economica che si riversava sulle piccole imprese e sulle famiglie, introducendo una procedura che permettesse l'esdebitazione dei debiti insoddisfatti¹⁴⁴.

Il procedimento ivi descritto si articolava in due procedure alternative. La prima consisteva in un piano di ristrutturazione ispirato al modello dell'accordo di ristrutturazione dei debiti, introdotto dalla riforma fallimentare (art. 182-bis l. fall.), la seconda in una liquidazione dei beni del debitore, ispirata al procedimento di liquidazione presente nel fallimento.

Tutte e due le procedure, qualora il consumatore fosse stato ritenuto meritevole, potevano concludersi con l'esdebitazione di quest'ultimo, sul modello dell'esdebitazione introdotta dalla riforma fallimentare nella disciplina delle procedure concorsuali all'art. 142 ss. l. fall.

Per quanto riguarda la procedura di accordo per la ristrutturazione dei debiti, essa iniziava con una proposta formulata dal debitore, con l'ausilio degli organismi di composizione della crisi, ai creditori in cui venivano indicate le scadenze e le modalità di pagamento dei creditori.

Tale proposta era depositata in tribunale¹⁴⁵, insieme all'attestazione di fattibilità del piano, resa dall'organismo di composizione della crisi.

¹⁴⁴ Secondo quanto emerge in A. CARRATTA, *La "semplificazione" dei riti e le nuove modifiche del processo civile*, cit., p. 170 s. e D. CERINI, *Sovraindebitamento e consumer bankruptcy: tra punizione e perdono*, cit., p. 458 s.

¹⁴⁵ Insieme al piano dovevano essere depositati: l'elenco di tutti i creditori e l'indicazione analitica delle somme loro dovute, l'elenco dei beni del debitore, le dichiarazioni dei redditi, l'indicazione del nucleo familiare con l'elenco delle spese occorrenti al suo sostentamento. Per il testo del decreto legge n. 212 del 2011 v. www.gazzettaufficiale.it/gunewsletter/dettaglio.jsp?service=1&datagu=2011-12-22&task=dettaglio&numgu=297&reda=011G0255&tmsp=1325582228682.

Successivamente, il giudice fissava l'udienza convocando tutti i creditori che deliberavano per l'approvazione dell'accordo¹⁴⁶.

La deliberazione poteva avere quorum diversi, a seconda che il debitore fosse un consumatore o meno. A differenza di quanto sarà stabilito nella l. n. 3/2012, infatti, se il debitore aveva la qualifica di consumatore, era necessario per l'approvazione della proposta solo il raggiungimento del 50% di adesioni, mentre, diversamente, se il proponente era un piccolo imprenditore, era necessaria l'approvazione da parte del 70% dei creditori. Inoltre, nel d.l. n. 212/2011 la deliberazione non pregiudicava i diritti dei creditori estranei all'accordo, i quali non venivano vincolati dall'esito della deliberazione¹⁴⁷.

Una volta raggiunto, l'accordo era depositato presso il tribunale, che lo omologava.

Oltre a questo procedimento il d.l. n. 212/2011 prevedeva anche una procedura alternativa di liquidazione, a cui poteva accedere il consumatore che versasse in una situazione di sovraindebitamento e avesse già fatto ricorso nei cinque anni precedenti alla procedura di composizione della crisi da sovraindebitamento.

Al termine dei due procedimenti descritti il consumatore poteva liberarsi dai debiti residui nei confronti dei creditori con l'istituto dell'esdebitazione che gli consentiva il "fresh start", ossia il suo reinserimento nella società come soggetto attivo, senza dipendere più dai creditori¹⁴⁸.

¹⁴⁶ In merito v. www.gazzettaufficiale.it/gunewsletter/dettaglio.jsp?service=1&datagu=2011-12-22&task=dettaglio&numgu=297&redaz=011G0255&tmstp=1325582228682.

¹⁴⁷ M. RISPOLI FARINA, *I rimedi alle crisi da sovraindebitamento: un assetto definitivo alla crisi del consumatore?*, in S. BONFATTI, G. FALCONE (a cura di), *Le procedure di composizione negoziale della crisi e del sovraindebitamento*, cit., p. 273 s.

¹⁴⁸ M. RISPOLI FARINA, *I rimedi alle crisi da sovraindebitamento*, in S. BONFATTI, G. FALCONE (a cura di), *Le procedure di composizione negoziale della crisi e del sovraindebitamento*, cit., p. 274 s.

3.3. Il procedimento previsto dalla legge n. 3/2012

La legge n. 3 del 2012, intitolata “Disposizioni in materia di usura e di estorsione, nonché di composizione delle crisi da sovraindebitamento”, aveva un contenuto composito: essa comprendeva da un lato, la modifica della disciplina vigente per l’usura e l’estorsione, (legge 7 marzo 1996 n. 108 e legge 23 febbraio 1999 n. 44), dall’altro due procedimenti di composizione delle crisi da sovraindebitamento, a cui potevano accedere tutti coloro che rientrassero nella categoria di “debitori civili”¹⁴⁹ e versassero nella condizione di sovraindebitamento.

Tali procedimenti erano: l’accordo di composizione della crisi, che consisteva in una proposta fatta dal debitore ai creditori con cui il debitore s’impegnava a pagare una parte dei debiti¹⁵⁰ e la procedura di liquidazione dei beni del debitore, ispirata alla procedura di liquidazione presente nella disciplina fallimentare.

Entrambi i procedimenti avevano come presupposto soggettivo (art 6 co. 1 e 7 della legge) la qualità di debitore non fallibile, ossia di individuo che non poteva accedere alle procedure concorsuali, di cui all’art. 1 l. fall.; e come presupposto oggettivo (art. 6, co. 2), lo stato di sovraindebitamento, che consisteva nella situazione di perdurante squilibrio tra le obbligazioni ed il patrimonio del debitore e l’incapacità del debitore di adempiere regolarmente le proprie obbligazioni¹⁵¹.

¹⁴⁹ Per un approfondimento del concetto di “debitore civile” v. *Supra* § 2 Cap. I.

¹⁵⁰ I due procedimenti presentano degli elementi in comune con la disciplina del fallimento. Da un lato, l’accordo per la composizione della crisi riprende, mutuandolo, sia il modello degli accordi di ristrutturazione dei debiti, di cui l’art 182 l. fall., sia la disciplina del concordato preventivo (di cui art. 160 l. fall.), prevedendo una disciplina intermedia tra i due procedimenti, dall’altro il procedimento della liquidazione riprende quello del fallimento. V. in proposito L. MODICA, *Profili giuridici del sovraindebitamento*, cit., p. 331 s.

¹⁵¹ La nozione di sovraindebitamento scelta dal legislatore nella l. 3/2012 è data dall’unione del concetto d’insolvenza presente nell’art 5 co.2 l. fall. di natura dinamica “*Lo stato d’insolvenza si manifesta con inadempimenti od altri fatti esteriori, i quali dimostrano che il debitore non è più in grado di soddisfare regolarmente le proprie obbligazioni.*” e da quello presente per l’insolvenza civile nell’art 1186 c.c. di natura invece statica, ossia quella situazione di dissesto patrimoniale ed economico che altera le garanzie patrimoniali. Tale scelta è stata probabilmente collegata al fatto di aver previsto un’unica procedura per il

Il primo procedimento si articolava, in sintesi, in una serie di passaggi¹⁵².

Il debitore elaborava una proposta finanziaria (art. 8, co.1), su ausilio e con il controllo dell'organismo di composizione della crisi che ne attestava la fattibilità, e la depositava al tribunale competente, il quale, se erano presenti tutti i requisiti di accesso, fissava la data dell'udienza¹⁵³.

Nel piano veniva assicurato il regolare pagamento sia dei creditori "estranei"¹⁵⁴, che dei creditori privilegiati (salvo che non avessero preventivamente rinunciato ai loro privilegi, anche parzialmente).

Una volta sottoposto ai creditori, il piano veniva sottoposto a votazione e se approvato, con il voto favorevole pari almeno al 70% dei crediti, produceva effetti rilevanti anche su coloro che restavano estranei all'accordo.

Terminata la procedura deliberativa, se il piano aveva avuto successo, l'organismo per la composizione della crisi lo presentava con una relazione a tutti i creditori che potevano presentare contestazioni¹⁵⁵.

sovraindebitamento di quegli imprenditori che non sono soggetti alle procedure concorsuali (la cui situazione di sovraindebitamento dovrebbe quindi rientrare nella concezione dinamica) e per il sovraindebitamento del consumatore (la cui situazione dovrebbe rientrare nella definizione più statica). La dottrina tuttavia ha affermato che nella nozione di sovraindebitamento del consumatore non è presente solo una componente statica ma anche una dinamica, essendo ormai il sovraindebitamento del consumatore collegato al diffondersi della stipulazione di contratti di credito al consumo: v. S. BONFATTI, G. FALCONE, *Soluzioni negoziali ed istituti "preconcorsuali" nella gestione della crisi*, cit., p. 356 s.

¹⁵² A. CARRATTA li suddivide in tre fasi, a cui può eventualmente aggiungersene una quarta:

la *prima fase* inizia con l'apertura della procedura, attraverso la predisposizione e il deposito della proposta di accordo presso il tribunale competente e la valutazione dei presupposti di ammissibilità elaborata dal giudice e continua con la comunicazione della proposta ai creditori e la relativa deliberazione che porta al raggiungimento dell'accordo.

La *seconda fase* è quella in cui avviene l'omologazione dell'accordo da parte del giudice.

La *terza* è quella dell'esecuzione dell'accordo.

Quarta ed ultima fase che può eventualmente verificarsi, è quella dell'azione di annullamento e di risoluzione dell'accordo omologato. In merito v. A. CARRATTA, *La "semplificazione" dei riti e le nuove modifiche del processo civile*, cit., p. 174 s.

¹⁵³ I requisiti di accesso erano: la presenza dei presupposti soggettivi ed oggettivi e dei presupposti di ammissibilità disciplinati dall'art. 7 della l. n. 3/2012: v. S. BONFATTI, G. FALCONE, *Soluzioni negoziali ed istituti "preconcorsuali" nella gestione della crisi*, cit., p. 359 s.

¹⁵⁴ Per creditori estranei s'intendevano sia coloro i quali non avevano partecipato alla procedura deliberativa con cui, se raggiunti i quorum fissati, si creava un accordo tra il debitore e i creditori, sia quelli che in sede di deliberazione avevano dato un voto non favorevole al raggiungimento dell'accordo di composizione della crisi: v. in proposito M. CORDOPATRI, *Presupposti di ammissibilità*, in F. DI MARZIO, F. MACARIO, G. TERRANOVA (a cura di), *Composizione della crisi da sovraindebitamento*, cit., p. 27 ss.

Successivamente, l'organismo lo trasmetteva al giudice, allegando anche un'attestazione sulla fattibilità del piano.

A quel punto si apriva il giudizio di omologazione, davanti al tribunale in composizione monocratica, che si svolgeva nelle forme del rito camerale¹⁵⁶ "in quanto compatibili", di cui gli artt. 737 ss. c.p.c.

In tale giudizio il giudice verificava il raggiungimento dell'accordo (e quindi se era stato raggiunto almeno il quorum del 70% di crediti favorevoli) e la fattibilità ed idoneità del piano ad assicurare il pagamento dei creditori estranei all'accordo e risolveva le eventuali contestazioni¹⁵⁷.

Terminata la valutazione, se riteneva che il piano fosse idoneo, omologava l'accordo che iniziava a produrre i suoi effetti dalla data di omologazione per un periodo non superiore ad un anno¹⁵⁸.

¹⁵⁵ Le contestazioni potevano riguardare: le percentuali di consensi raggiunte con l'accordo o il contenuto dell'accordo, secondo quanto emerge in A. CARON, *Omologazione dell'accordo*, in F. DI MARZIO, F. MACARIO, G. TERRANOVA (a cura di), *Composizione della crisi da sovraindebitamento*, cit., p.64 s.

¹⁵⁶ A tale proposito A. CARRATTA sottolinea che, tuttavia, tale giudizio non ha totalmente le stesse caratteristiche che hanno di solito i casi che vengono affrontati con le forme del rito camerale. Esso, infatti, è di natura contenziosa, in quanto è possibile muovere contestazioni e inoltre è prevista, nel corso del giudizio di omologazione, una moratoria per l'esercizio o l'esecuzione di azioni esecutive individuali, per l'esercizio di azioni cautelari dirette ad ottenere sequestri conservativi e per l'acquisto di diritti di prelazione. Tuttavia, A. CARRATTA aggiunge che, evidentemente, il legislatore, consapevole del fatto che solitamente i procedimenti svolti in camera di consiglio non riguardano la risoluzione di controversie tra due o più parti, bensì concernono l'accertamento di un diritto o di uno status, ha specificato che vengono usate le norme previste per il rito camerale, ma solo in quanto compatibili. V. A. CARRATTA, *La "semplificazione" dei riti e le nuove modifiche del processo civile*, cit., p. 179.

¹⁵⁷ Secondo A. CARRATTA il giudice in tale fase (dato che non c'era alcuna disposizione che escludesse tale possibilità) poteva procedere anche d'ufficio al riesame dei presupposti di ammissibilità, quali i presupposti soggettivi ed oggettivi. In merito v. A. CARRATTA, *La "semplificazione" dei riti e le nuove modifiche del processo civile*, cit., p. 179 s.

¹⁵⁸ E. PELLECCIA, *Dall'insolvenza al sovraindebitamento. Interesse del debito alla liberazione e ristrutturazione dei debiti*, cit., p.159 ss.

3.4. Critiche della dottrina relative alla legge n. 3/2012

Confrontando il testo della legge n.3/2012 con il precedente d.l. n. 212/2011, i cui contenuti sono stati sopra brevemente illustrati, emergono facilmente le più salienti differenze.

Il d.l. n. 212/2011 conteneva una disciplina premiale per il consumatore, sia per quanto riguarda il quorum richiesto per l'approvazione della proposta di accordo presentata dallo stesso (del 50% contro il quorum del 70% previsto in generale per tutti i *debitori civili* dalla l. n. 3/2012), sia per quanto riguardava la possibilità di far ricorso all'istituto dell'esdebitazione (non previsto nella l. n. 3/2012), a cui poteva accedere il consumatore ritenuto meritevole, permettendogli di liberarsi definitivamente dai propri debiti e di iniziare una nuova vita.

Proprio il mancato recepimento di questi due aspetti nella legge n. 3/2012 è stato immediato oggetto di critiche in dottrina.

La prima critica che è stata mossa dalla dottrina¹⁵⁹ alla l. n. 3/2012 riguarda proprio la scelta del legislatore di introdurre una disciplina unica per soggetti differenti, discostandosi dall'intento del d.l. n. 212/2011, che aveva, invece, previsto una disciplina apposita per il consumatore.

La predetta dottrina, infatti, riteneva che la figura del consumatore sovraindebitato, pur rientrando nella generale categoria di debitori *non fallibili*, e pur non essendo legata ad un determinato *status* giuridico in quanto il ruolo di consumatore poteva essere assunto anche da un imprenditore o un professionista, si differenziasse da tutti i soggetti *fallibili* e *non fallibili* per gli scopi per cui agiva, scopi estranei all'attività professionale o imprenditoriale eventualmente svolta, legati unicamente a spese di natura personale o familiare¹⁶⁰ e, pertanto, necessitava di una differente disciplina.

¹⁵⁹ G. TERRANOVA, *Presentazione*, in F. DI MARZIO, F. MACARIO, G. TERRANOVA, *La "nuova" composizione della crisi da sovraindebitamento*, cit., p. 7 ss.

¹⁶⁰ Secondo quanto emerge anche dalla lettura dell'art. 3 del codice del consumo

Si è osservato¹⁶¹ che le motivazioni relative alla mancanza di una differente disciplina, prevista per il consumatore, da affiancarsi a quella generale per il *debitore civile*, siano duplici.

Si è detto che il legislatore ha preferito introdurre una disciplina generale per il *debitore civile*, senza enuclearne una a parte per il consumatore, per evitare di dover elaborare una definizione chiara e precisa di consumatore, che risultava essere molto difficoltosa, tanto che non era stata elaborata nemmeno in precedenza col d.l. 212/2011¹⁶².

Si è anche osservato che il legislatore ha scelto di prevedere un'unica disciplina per soggetti differenti, per la difficoltà che poteva esserci nel disciplinare in una stessa legge due procedimenti così diversi tra loro.

A questo proposito si può osservare che, pur essendo i soggetti che potevano accedere alla procedura di sovraindebitamento totalmente differenti, essi avevano in comune il fatto di trovarsi in situazioni di sovraindebitamento relativamente modeste e non ingenti, rispetto a quelle che poteva presentare un'impresa commerciale in stato di insolvenza e soggetta a fallimento.

Pertanto, il procedimento unico poteva essere considerato, dal punto di vista quantitativo, adeguato.

La seconda critica mossa dalla dottrina¹⁶³ alla legge n. 3/2012 riguardava la mancata previsione, all'interno della legge, di una disciplina che prevenisse il sovraindebitamento e che in particolare regolasse in maniera più incisiva le modalità con cui erano erogati i finanziamenti al consumatore dagli istituti

¹⁶¹ V. E. PELLECCIA, *Dall'insolvenza al sovraindebitamento. Interesse del debitore alla liberazione e ristrutturazione dei debiti*, cit., p. 157 s. e S. BONFATTI, G. FALCONE, *Soluzioni negoziali ed istituti "preconcorsuali" nella gestione della crisi*, cit., p. 360 ss.

¹⁶² Nemmeno il d.l. n. 212/2011, infatti, riusciva a dare una definizione di consumatore, e semplificava il problema affermando semplicemente: che i debiti erano "del consumatore" (e non invece specificando: i debiti erano contratti in qualità di consumatore). Per cercare di superare tale impasse affermò che il sovraindebitamento veniva considerato "del consumatore" quando riguardava *prevalentemente* l'inadempimento di obbligazioni contratte dal consumatore (e anche in questo caso però non dando alcuna definizione precisa sulle qualità di quest'ultimo), secondo quanto emerge in S. BONFATTI, G. FALCONE, *Soluzioni negoziali ed istituti "preconcorsuali" nella gestione della crisi*, cit., p. 361 s.

¹⁶³ I. ARCURI, P. BOSTICCO, *Il piano di risanamento attestato e il nuovo sovraindebitamento*, cit., p. 133 s.

di credito, senza alcun controllo sul merito creditizio o un supporto informativo adeguato.

Tale critica della dottrina nasceva dal fatto che nella disciplina del sovraindebitamento, in particolare, nel piano del consumatore, come vedremo nel Capitolo II, fosse presente un controllo del giudice da cui dipendeva l'accesso a tale procedura, consistente in una valutazione sulla meritevolezza¹⁶⁴ del consumatore a usufruire della procedura del piano del consumatore.

Tale giudizio concerneva il comportamento che aveva tenuto il consumatore nell'assumersi le proprie obbligazioni, che doveva essere stato diligente e ragionevole.

Il controllo previsto, al di là delle critiche che, come vedremo, ha avuto, era finalizzato ad evitare il diffondersi di un atteggiamento di *irresponsible borrowing* tra i consumatori nell'assumersi le proprie obbligazioni.

Tuttavia, la dottrina ha ritenuto che la disciplina del sovraindebitamento avrebbe anche dovuto prevedere, simmetricamente, una serie di regole di condotta da seguire da parte del finanziatore all'atto dell'erogazione del credito, dal momento che una spregiudicata sollecitazione verso un sempre maggiore ricorso al credito è stata indicata come una delle principali cause del sovraindebitamento¹⁶⁵.

La disciplina preventiva avrebbe, infatti, potuto eliminare o per lo meno attenuare l'asimmetria informativa che poteva presentarsi nella stipulazione di questi tipi di contratti, così da permettere un'erogazione di tali finanziamenti più consapevole e di conseguenza più responsabile, per il consumatore.

Inoltre si riteneva che questa disciplina avrebbe potuto contribuire ad interrompere il circolo vizioso che si era ormai creato tra l'erogazione incessante di credito al consumo e il sovraindebitamento del consumatore.

¹⁶⁴ Per un approfondito esame del giudizio di meritevolezza v. *Infra* § 1.7.1. Cap. II.

¹⁶⁵ Per un'analisi approfondita sul ruolo della responsabilità del finanziatore nel fenomeno del sovraindebitamento v. *Infra* § 2.2. Cap. III.

Infatti, la dottrina¹⁶⁶ riteneva che spesso il sovraindebitamento valutato dal giudice come colpevole perché dovuto ad un *irresponsible borrowing*, fosse in realtà causato da un *irresponsible lending* ossia da una erogazione del credito senza la dovuta consulenza precontrattuale che ci si sarebbe aspettata per questi tipi di contratti.

La previsione della necessità di una tutela preventiva, pur non essendo presente nella disciplina della l. n. 3/2012 è stata in parte recepita a seguito della attuazione della Direttiva Europea 28 aprile 2008 n. 48¹⁶⁷.

Con tale Direttiva, elaborata dopo un lungo studio della Commissione Europea, iniziato dal 2002 sul fenomeno degli *household overindebtedness* il legislatore europeo ha attribuito un ruolo più incisivo al finanziatore all'interno dei contratti di credito ai consumatori, tale da garantire un *responsible lending*.

In questi contratti, infatti, il finanziatore è tenuto, prima di erogare il credito, ad una valutazione individuale del *merito creditizio* del cliente, ad una elaborazione di un'analisi prognostica sul suo rischio di sovraindebitamento ed a fornire una consulenza precontrattuale adeguata al consumatore.

La Direttiva è stata recepita dal legislatore italiano col d.lgs. 13 agosto 2010 n. 141¹⁶⁸, il quale, tuttavia, ha preferito non prendere posizione in merito al ruolo della responsabilità degli istituti finanziari nella conclusione di tali contratti e si è limitato a riformare il Titolo VI del Testo Unico Bancario (d.lgs. 1 settembre 1993 n. 385), riproducendo il contenuto dell'art. 8 della Direttiva nell'art. 124-bis T.U.B. (che riguarda la valutazione del merito creditizio) ed introducendo una serie di norme più incisive sulla trasparenza¹⁶⁹.

Nonostante le delusioni conseguenti al recepimento alquanto maldestro nel nostro ordinamento della direttiva europea, che avremo modo di analizzare

¹⁶⁶ I. ARCURI, P. BOSTICCO, *Il piano di risanamento attestato e il nuovo sovraindebitamento*, cit., p. 133 s.

¹⁶⁷ Sulla Direttiva europea 2008/48/CE in particolare v. *Infra* § 2. Cap. III.

¹⁶⁸ Sulla legge di recepimento italiana v. *Infra* § 3 Cap. III.

¹⁶⁹ G. FALCONE, *Il trattamento normativo del sovraindebitamento del consumatore*, in A. BENOCCI et al. (a cura di), *Studi per Franco Belli*, Pacini, Pisa, 2014, p. 633 ss.

più approfonditamente nel Capitolo III, la scelta del legislatore di non inserire in questa sede una disciplina volta alla tutela preventiva del sovraindebitamento poteva essere dovuta al convincimento che la situazione di sovraindebitamento del consumatore trovasse la sua causa immediata, più che in un comportamento irresponsabile degli istituti bancari, in un atteggiamento fraudolento, incosciente ed irresponsabile del consumatore.

La terza ed ultima critica mossa da molti esponenti della dottrina¹⁷⁰ all'intervento normativo, era relativa alla mancata previsione all'interno della legge dell'istituto dell'esdebitazione per il consumatore (presente invece nel d.l. n. 212/2011), presente nella disciplina delle procedure concorsuali all'art. 142 l. fall.¹⁷¹.

Si è dedotto che il legislatore ritenesse che l'introduzione di tale istituto avrebbe incentivato solo il consumismo e l'indebitamento del consumatore¹⁷².

Inoltre, tale istituto non era stato giudicato positivamente nemmeno dagli istituti bancari, i quali preferivano tenere tali situazioni di sovraindebitamento in sospeso, usufruendo degli interessi di mora che nel tempo continuavano ad accumularsi (ed indicando il proprio credito come posta attiva del bilancio).

Tuttavia iniziava a risultare evidente che, se la situazione del consumatore sovraindebitato non fosse stata definitivamente risolta, essa non avrebbe potuto portare alcun vantaggio: né nei confronti della banca, che difficilmente poteva in futuro essere pienamente rimborsata, né nei confronti del consumatore, che non sarebbe mai riuscito a rifarsi una nuova e dignitosa vita.

¹⁷⁰ E. PELLECCIA, *Primi provvedimenti sulle procedure di composizione della crisi da sovraindebitamento: in particolare, il piano del consumatore*, cit., p. 543 ss., che pone in rilievo una sorta di presunzione del legislatore in merito alla condotta "colposa o dolosa" del consumatore sovraindebitato.

¹⁷¹ In merito v. *supra* § 2.4. Cap. I.

¹⁷² E.PELLECCIA, *ult. op. cit.*

Tutte queste critiche hanno trovato conferma anche attraverso un'analisi comparatistica della disciplina del sovraindebitamento del consumatore presente negli altri paesi, europei ed extraeuropei¹⁷³, basata su una procedura concorsuale con effetti esdebitatori, diversa da quella inizialmente introdotta nel nostro ordinamento che invece è basata su una procedura negoziale di tipo transattivo¹⁷⁴.

3.5. Il procedimento previsto dal d.l. n. 179/2012

Le numerose critiche che hanno fatto seguito all'introduzione della l. n. 3/2012 hanno portato all'approvazione, in un breve arco di tempo, del d.l. n. 179/2012, intitolato “*Ulteriori misure urgenti per la crescita del Paese*”, convertito successivamente in l. n. 221/2012.

Tale decreto con l'art 18 introduce il Capo II nella l. n. 3/2012 con cui da un lato sono state apportate modifiche al procedimento di accordo per la composizione della crisi, avvicinandolo maggiormente alla disciplina del concordato preventivo¹⁷⁵, dall'altro è stato introdotto un apposito procedimento per il consumatore¹⁷⁶, denominato “*piano del consumatore*”.

¹⁷³ Si veda a tale proposito la *Bankruptcy Law* presente negli Stati Uniti, la quale fin dal 1841 ha permesso anche al *consumer* di accedere alle procedure concorsuali e all'esdebitazione dei debiti rimasti da lui insoddisfatti. Per un approfondimento v. *Infra* § 5 Cap. III.

¹⁷⁴ Nella maggior parte dei paesi europei si seguono i modelli del *payment plans*, secondo quanto emerge in E. PELLECCIA, *Dall'insolvenza al sovraindebitamento. Interesse del debitore alla liberazione e ristrutturazione dei debiti*, cit., p. XIV ss.

Negli Stati Uniti invece si privilegiano il modello della *discharge of indebtedness* in cui l'esdebitazione viene vista sotto un'ottica premiale (anche se fino al *Bankruptcy Abuse Prevention and Consumer Protection Act* del 2005 viene prevista una esdebitazione di tipo automatico), come un istituto che porta alla deterrenza di situazioni fraudolente o incoscienti del consumatore. Tuttavia, essa viene utilizzata solo in certi casi e solo per alcuni beni al fine di evitare condotte opportuniste da parte i debitori.

¹⁷⁵Secondo quanto emerge in F. FORCELLINI, *Sovraindebitamento e statuto dell'obbligazione pecuniaria*, cit., p. 109 ss. ed in L. PANZANI, *La composizione della crisi da sovraindebitamento dopo l. 179/2012*, cit., p.3 s.

¹⁷⁶ I. LOMBARDINI, *I nuovi procedimenti di composizione della crisi da sovraindebitamento e liquidazione del patrimonio*, in B. CAPPONI et al. (a cura di), *Il processo esecutivo, liber amicorum Romano Vaccarella*, cit., p. 1145 s.

Inoltre, è stata confermata la possibilità di utilizzare una procedura di liquidazione alternativa all'accordo di ristrutturazione dei debiti o al piano del consumatore, in cui vengono liquidati tutti i beni del debitore e si è permesso al debitore *persona fisica*, di ottenere l'esdebitazione per i crediti non soddisfatti, automatica o subordinata ad una valutazione dell'autorità giudiziaria a seconda del procedimento prescelto.

Per quanto concerne le modifiche riguardanti l'accordo di composizione della crisi, le principali sono: la riduzione del quorum necessario per l'approvazione dell'accordo, ridotto al 60% dei crediti (rispetto al quorum del 70% richiesto nel vecchio testo della l. n. 3/2012); l'introduzione della regola del silenzio-assenso all'interno della procedura deliberativa; e l'abrogazione dell'obbligo di soddisfare integralmente¹⁷⁷ i creditori prelatori.

Per quanto riguarda, invece, il nuovo procedimento del piano del consumatore¹⁷⁸, esso consiste in una procedura a cui può accedere solo il

¹⁷⁷ L'importante, però, è che ne sia assicurato il pagamento in misura non inferiore a quello realizzabile con la procedura di liquidazione dei beni, secondo quanto emerge in L. PANZANI, *La composizione della crisi da sovraindebitamento dopo il d.l. 179/2012*, cit., p. 4 s.

¹⁷⁸ La definizione di consumatore è contenuta nell'art. 3, comma 1 del decreto legislativo 6 settembre 2005 n° 206 (codice del consumo) che definisce il consumatore come la persona fisica che agisce per scopi estranei all'attività imprenditoriale, commerciale, artigianale o professionale eventualmente svolta. Sulla nozione di consumatore recepita dal codice del consumo v. Cass. 12 marzo 2014 n. 5705, in www.italgiure.giustizia.it : <<La qualifica di consumatore di cui all'art 3 del d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206 - rilevante ai fini della identificazione del soggetto legittimato ad avvalersi della tutela di cui all'art. 33 del citato d.lgs. - spetta alle sole persone fisiche allorché concludano un contratto per la soddisfazione di esigenze della vita quotidiana estranee all'attività imprenditoriale o professionale eventualmente esercitata, dovendosi, invece, considerare professionista il soggetto che stipuli il contratto nell'esercizio di una siffatta attività o per uno scopo a questa connesso. Ne consegue che non rileva in modo decisivo, al fine di escludere la sussistenza di un rapporto di consumo, la sola circostanza che la parte, nel concludere il contratto con il professionista, si sia qualificata come "avvocato">>. Per un approfondimento v. L. MEZZASOMA, *Il consumatore e il professionista*, in G. RECINTO, L. MEZZASOMA, S. CHERTI, (a cura di), *Diritti e tutele dei consumatori*, E.S.I., Napoli, 2014, p.13 ss.

Tuttavia, sulla nozione di consumatore, come soggetto abilitato ad accedere al piano del consumatore è già intervenuta la giurisprudenza di legittimità con la sentenza Cass. 1 febbraio 2016 n. 1869, in www.italgiure.giustizia.it, che dà questa diversa e più ampia nozione: <<La nozione di "consumatore abilitato al piano", quale modalità di ristrutturazione del passivo e per l'esercizio delle altre prerogative previste dalla l. n. 3 del 2012, pur non escludendo il professionista o l'imprenditore - attività non incompatibili purché non residuino o, comunque, non siano più attuali obbligazioni sorte da esse e confluite nell'insolvenza -, comprende solo il debitore, persona fisica, che abbia contratto obbligazioni, non soddisfatte al momento della proposta di piano, per far fronte ad esigenze personali, familiari ovvero attinenti agli impegni derivanti dall'estrinsecazione della propria personalità

consumatore, che elabora un piano finanziario, con l'ausilio degli organismi di composizione della crisi, e lo deposita al giudice del tribunale competente, senza alcuna deliberazione dei creditori sul contenuto di tale piano.

Il giudice, una volta accertata la meritevolezza della condotta del debitore (basata su un giudizio di ragionevolezza della prospettiva di adempimento delle obbligazioni e sulla sua assenza di colpa nella determinazione del suo stato di sovraindebitamento), procede all'omologazione del piano¹⁷⁹.

Prima di analizzare i rispettivi procedimenti occorre precisare che la previsione del procedimento del piano del consumatore non esclude per il consumatore l'accesso al procedimento parallelo dell'accordo di composizione della crisi, bensì è un'ulteriore procedura che il consumatore può utilizzare.

Egli, solitamente, farà ricorso all'accordo qualora non possa accedere al procedimento del piano, perché non dotato dei presupposti stabiliti rispettivamente dagli artt. 6 e 7 l. n. 3/2012.

Per quanto riguarda invece tutti gli altri soggetti *non fallibili*, essi potranno utilizzare solamente il procedimento di accordo della composizione della crisi, nel caso in cui si siano sovraindebitati nell'esercizio della propria attività professionale o imprenditoriale.

Qualora invece abbiamo contratto obbligazioni unicamente per far fronte ai bisogni quotidiani o personali, propri o della propria famiglia, potranno accedere in qualità di consumatori al procedimento denominato “piano del consumatore”.

sociale e, dunque, anche a favore di terzi, ma senza riflessi diretti in un'attività d'impresa o professionale propria, salvi solo gli eventuali debiti di cui all'art. 7, comma 1, terzo periodo (tributi costituenti risorse proprie dell'Unione europea, imposta sul valore aggiunto e ritenute operate e non versate) che vanno pagati in quanto tali, sulla base della verifica di effettività solutoria commessa al giudice nella sede di cui all'art. 12 bis, comma 3, della l. n. 3 del 2012>>>. Sulla sentenza n. 1869/2016 v. *Infra* § 1.3.3.Cap. II.

¹⁷⁹ Tuttavia, in caso ci siano state contestazioni da parte dei creditori, il giudice procederà all'omologazione soltanto qualora riterrà che il credito del creditore contestante possa essere meglio soddisfatto dal piano rispetto a quanto non accadrebbe in caso si procedesse alla liquidazione del patrimonio del debitore.

Come abbiamo evidenziato in precedenza, all'interno del § 2 di questo capitolo, la nozione di consumatore presa in considerazione in particolare dalla legge sul sovraindebitamento non individua infatti una categoria giuridica, come il professionista o l'imprenditore, ma include tutte quelle persone fisiche che contraggono obbligazioni per scopi estranei all'attività professionale o imprenditoriale eventualmente svolta.

www.osservatorio.oci.org

Capitolo II

Le tre modalità di soluzione della crisi del sovraindebitamento del consumatore: analisi degli istituti

SOMMARIO: 1. I tre procedimenti disponibili per il consumatore. - 1.1. Il piano del consumatore: la struttura del procedimento. - 1.2. L'accordo di composizione della crisi : la struttura del procedimento. - 1.3. I presupposti soggettivi e oggettivi per l'accesso al procedimento. - 1.3.1. Il presupposto oggettivo: lo stato di sovraindebitamento. - 1.3.2. Il presupposto soggettivo: la qualifica di consumatore. Il testo normativo e le prime interpretazioni. - 1.3.3. Il presupposto soggettivo: il consumatore nella prima pronuncia di legittimità. - 1.4. Il piano del consumatore: natura giuridica. - 1.4.1. Il piano come proposta. - 1.4.2. Il piano come concordato coattivo. - 1.5. L'accordo di composizione della crisi: natura giuridica. - 1.5.1. Accordo come elemento essenziale del contratto, accordo maggioritario o deliberazione maggioritaria? - 1.5.2. Accordo come deliberazione maggioritaria: elementi in comune con il concordato preventivo e fallimentare. - 1.6. Piano e Accordo: i contenuti. - 1.7. La procedura di omologazione del piano e dell'accordo. - 1.7.1. L'omologazione del piano: il giudizio di meritevolezza. - 1.7.2. L'omologazione dell'accordo. - 1.7.3. Gli effetti del piano e dell'accordo. - 1.7.4. L'esecuzione del piano e dell'accordo. - 1.8. Le azioni di annullamento e risoluzione dell'accordo. - 1.8.1 L'azione di annullamento dell'accordo. - 1.8.2. L'azione di risoluzione dell'accordo. - 1.9. La revoca del piano e dell'accordo omologato. - 2. La procedura di liquidazione del patrimonio. - 3. Il procedimento di esdebitazione.

1. I tre procedimenti disponibili per il consumatore previsti dal decreto legge n. 179/2012 e la ratio delle tre discipline

Com'è stato chiarito nel primo capitolo, con il d.l. n. 179/2012 è stata elaborata ed introdotta una nuova procedura per il sovraindebitamento, denominata il *piano del consumatore*.

Tale procedura è stata introdotta appositamente per tutelare il consumatore sovraindebitato, che versi in una situazione di profonda crisi.

Essa, assieme all'accordo di composizione della crisi e al procedimento di liquidazione dei beni, è disposta in quello che la dottrina ha definito *uno schema ad epsilon* alla fine del quale è stata collocata la procedura di esdebitazione¹⁸⁰.

Le prime due procedure (artt. 6-14-bis), ovvero quelle del piano del consumatore e dell'accordo di composizione della crisi, corrono su due binari paralleli.

Esse, infatti, si presentano entrambe come strumenti di composizione della crisi, alternativi tra loro, volti al risanamento e alla ristrutturazione dei debiti (art.6).

Tuttavia, tali procedimenti sono molto diversi.

Il primo (il piano del consumatore) è un procedimento di natura indubbiamente *premiale*, a cui può accedere esclusivamente il consumatore¹⁸¹.

Tale tutela *premiale* si esprime attraverso l'accesso ad una procedura più veloce e priva di una partecipazione deliberativa dei creditori, parte attiva del rapporto obbligatorio.

¹⁸⁰ E. PELLECCIA, *Primi provvedimenti sulle procedure di composizione delle crisi da sovraindebitamento: in particolare, il piano del consumatore*, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 2014, fasc. 5, p. 543 ss.

¹⁸¹ Sulla nozione di consumatore recepita dalla legge sul sovraindebitamento, v. *Infra* § 1.3.2. e 1.3.3 Cap. II.

Ratio di tale procedimento è offrire una particolare tutela ad un *soggetto debole* che si è sovraindebitato non per sua colpa, ma o per cause esterne e quindi al di fuori dal suo controllo, o per atti fraudolenti dei creditori.

Esso si caratterizza anche per un più penetrante controllo del giudice in fase di omologazione, che passa attraverso il giudizio di meritevolezza del debitore¹⁸².

Il secondo procedimento (l'accordo per la composizione della crisi) è una procedura a cui possono accedere tutti i debitori *non fallibili*¹⁸³.

Essa è caratterizzata, a differenza del primo procedimento, da una deliberazione dei creditori sulla proposta di composizione della crisi predisposta dal debitore¹⁸⁴ e si conclude con l'omologazione del giudice di tale deliberazione, che ne fa produrre gli effetti.

Il terzo procedimento, invece, è a carattere liquidatorio (artt. 14-*ter* ss.), e ad esso il consumatore può decidere di far ricorso alternativamente o successivamente ad uno dei due precedenti procedimenti.

La dottrina¹⁸⁵ ha espresso le sue prime riserve sulla disciplina dei tre procedimenti, indicandone le ambiguità, non essendo chiara e facilmente individuabile la loro natura giuridica.

Essi, infatti, mostrano da un lato caratteristiche simili a quelle già presenti nelle procedure concorsuali¹⁸⁶ e addirittura il legislatore all'art. 7¹⁸⁷ le ha

¹⁸² Sul giudizio di meritevolezza v. *Infra* §.1.7.1. Cap. II.

¹⁸³ V. *Infra* § 1.2.Cap. II.

¹⁸⁴ Tra gli elementi in comune, presenti all'interno del procedimento del piano del consumatore ed in quello per l'accordo di composizione della crisi (detto anche di ristrutturazione dei debiti), come avremo modo di analizzare in questo capitolo, possiamo individuare, in particolare, il fatto che entrambi gli istituti sono vincolati dall'integrale pagamento dei debiti impignorabili (art. 545 c.p.c.) e dal pagamento parziale degli altri crediti. Inoltre, in entrambi i procedimenti l'omologazione dell'accordo o del piano vincola tutti i crediti anteriori all'atto di omologazione (anche quelli estranei), mentre i crediti posteriori all'omologazione non possono essere soddisfatti tramite l'azione esecutiva sui beni oggetto dell'accordo/piano, secondo quanto emerge in G. RECINTO, L. MEZZASOMA, S. CHERTI, *Diritti e tutele dei consumatori*, E.S.I., Napoli, 2014, p. 323 ss.

¹⁸⁵ R. RORDORF, *La liquidazione nelle crisi da sovraindebitamento*, in F. PARENTE, L. RUGGERI (a cura di), *Attività di liquidazione e tutela dei creditori*, E.S.I., Napoli, 2014, p. 158 s.

¹⁸⁶ Troviamo nel testo di legge n. 3/2012 tra l'altro alcune disposizioni che sembrano indicare la natura concorsuale di tali procedimenti. Infatti, l'art. 7 co. 2, lett. a) della l. n. 3/2012 come aggiornata dal d.l. n. 179/2012, afferma: <<La proposta non è ammissibile

espressamente qualificate come procedure concorsuali parallele a quelle presenti nella legge fallimentare.

Dall'altro, richiamano istituti ripresi dall'ambito del diritto privato, come quelli dell' "accordo" o della "proposta".

Nel corso dell'analisi che segue si cercherà di analizzare la natura giuridica dei procedimenti.

E' invece chiara la *policy* perseguita dal d.l. n. 179/2012.

Tutte le procedure sono state, infatti, create dal legislatore per permettere, al consumatore o a qualunque *debitore non fallibile* sovraindebitato, di sanare la propria posizione debitoria, e di poter anche ottenere l'*esdebitazione*, qualora ne sussistano i presupposti, al termine della liquidazione dei beni.

Prima del d.l. n. 179/2012, l'istituto dell'*esdebitazione*, come abbiamo visto nel Capitolo I, era stato introdotto solamente nella disciplina delle procedure concorsuali e ne poteva fruire di conseguenza soltanto l'imprenditore commerciale, mentre il debitore civile non si poteva sottrarre alla regola generale per cui ciascuno risponde dei propri debiti con tutti i suoi beni, presenti e futuri (art. 2740 c.c.).

quando il debitore, anche consumatore: a) e' soggetto a procedure concorsuali diverse da quelle regolate dal presente capo>>.

Tale assimilazione alle procedure concorsuali, presenti nella legge fallimentare, può avere un'importanza oltre che teorico-giuridica, anche pratica. Infatti, nel momento in cui fossero presenti delle lacune all'interno della disciplina del sovraindebitamento, queste potrebbero essere colmate per via analogica, attraverso la disciplina delle procedure concorsuali presenti nella legge fallimentare. A questo proposito si osservino anche le riflessioni presenti in R. RORDORF, *La liquidazione nelle crisi da sovraindebitamento*, in . PARENTE, L. RUGGERI (a cura di), *Attività di liquidazione e tutela dei creditori*, cit., p. 158 s.

¹⁸⁷ L'art. 7 afferma: <<La proposta non e' ammissibile quando il debitore, anche consumatore:

- a) e' soggetto a procedure concorsuali diverse da quelle regolate dal presente capo;
- b) ha fatto ricorso, nei precedenti cinque anni, ai procedimenti di cui al presente capo;
- c) ha subito, per cause a lui imputabili, uno dei provvedimenti di cui agli articoli 14 e 14-bis;
- d) ha fornito documentazione che non consente di ricostruire compiutamente la sua situazione economica e patrimoniale>>.

1.1. *Il piano del consumatore: la struttura del procedimento*

Si ritiene di esaminare per primo il piano del consumatore perché, come si è detto, è il procedimento riservato al consumatore ed il più peculiare.

Il procedimento del piano del consumatore può essere avviato su proposta del consumatore, qualificato dall'art. 6, co. 2, lett. b)¹⁸⁸ come il debitore “*persona fisica*” che abbia assunto obbligazioni “*esclusivamente*” per scopi estranei all'attività lavorativa svolta.

Tale procedimento si attiva su iniziativa esclusiva del consumatore (art. 7, co. 1-*bis*¹⁸⁹) il quale, per potervi accedere, oltre a dover avere la qualifica di consumatore, non deve essere soggetto alle procedure fallimentari (art. 7, Co. 2)¹⁹⁰, né aver fatto ricorso, nei precedenti cinque anni al piano del

¹⁸⁸ L'art. 6 co. 2, lett. b) della l. n. 3/2012 qualifica come consumatore: <<Il debitore persona fisica che ha assunto obbligazioni esclusivamente per scopi estranei all'attività imprenditoriale o professionale eventualmente svolta>>.

¹⁸⁹ La legge n. 3/2012 considera, infatti, il consumatore-debitore come l'unico soggetto legittimato ad iniziare il procedimento del piano del consumatore (o in alternativa dell'accordo di composizione della crisi o di liquidazione, di cui gli artt. 7, co. 1 e 14-*ter* l. cit.). La dottrina, in merito a tale scelta del legislatore, si è mostrata dubbiosa. Infatti, essa ha ritenuto che questo potrebbe comportare una limitazione dell'utilizzo di tali procedimenti, in quanto normalmente il debitore fatica a riconoscere la gravità della propria posizione debitoria e si mostra pertanto restio ad adottare tali soluzioni. Inoltre, tali procedimenti coinvolgono piccoli imprenditori (art. 2083 c.c.), consumatori, imprenditori agricoli (art.2135 c.c.), soggetti quindi che per motivi diversi non sono particolarmente propensi a dare una definizione della loro condizione debitoria in cui sono andati a finire, secondo quanto emerge in M. QUARANTA, *L'accordo e il piano del consumatore*, in S. DE MATTEIS, N. GRAZIANO (a cura di), *Crisi da sovraindebitamento. Ovvero il fallimento del consumatore*, Maggioli, Rimini, 2015, p. 19 s.

¹⁹⁰ L'art. 7 co. 2, infatti, afferma che la proposta non è ammissibile quando il debitore “*anche consumatore*” è soggetto a procedure concorsuali *diverse* da quelle regolate dalla legge n. 3/2012. Questa precisazione può risultare discordante con la nozione di consumatore, il quale è semplicemente un individuo che acquista beni di uso personale o familiare e che quindi non potrebbe, proprio in ragione delle finalità private dell'attività che porta al sovraindebitamento, rientrare in una procedura concorsuale diversa da quella prevista dalla legge citata. Tuttavia, il motivo di tale precisazione risiede nel fatto che la legge non esclude in assoluto che il consumatore, ai fini dell'applicabilità della normativa ivi contenuta, eserciti una qualunque attività economica o professionale, come quella dell'imprenditore agricolo, o del professionista. Ciò che differenzia il consumatore, ai fini della legge n. 3 del 2012 dal debitore *non fallibile* sono gli scopi per cui agisce, che a differenza di quelli dell'imprenditore agricolo o dell'imprenditore commerciale sotto soglia (di cui l'art. 1 l. fall.) o del piccolo imprenditore o del professionista devono essere, ai fini della presente legge, esclusivamente scopi estranei alla attività imprenditoriale o professionale eventualmente svolta. V. M. QUARANTA, *L'accordo e il piano del consumatore*,

consumatore¹⁹¹, all'accordo di ristrutturazione o alla procedura di liquidazione, o aver subito uno dei provvedimenti di cui agli articoli 14 e 14-*bis* della l. n. 3/2012 per cause a lui imputabili, o infine aver fornito documentazione che non consente di ricostruire compiutamente la sua situazione economica e patrimoniale (art. 7 co.2).

La procedura si articola in un piano finanziario, definito dal legislatore “*proposta*”, elaborato dal consumatore con l'ausilio degli organismi di composizione della crisi¹⁹², in piena autonomia.

in S. DE MATTEIS, N. GRAZIANO (a cura di), *Crisi da sovraindebitamento. Ovvero il fallimento del consumatore*, cit., p. 20 s.

¹⁹¹ Tali condizioni di ammissibilità sono state introdotte per il fatto che le procedure in esame sono di carattere meramente premiale, per cui si esclude che un soggetto che abbia fatto ricorso ad esse negli ultimi cinque anni sia considerato meritevole di accedervi nuovamente. Il termine “*fare ricorso*” è molto generico, tuttavia, è categorico, asserisce che il consumatore anche se avesse avuto un esito positivo dalla procedura precedente, ovvero anche se avesse solo depositato il ricorso per l'avvio alla procedura che poi fosse stato dichiarato inammissibile, non potrà accedere nuovamente ad uno dei procedimenti disciplinati dalla l. n. 3/2012, secondo quanto emerge in F. VERDE, *Il sovraindebitamento*, Cacucci editore, Bari, 2014, p. 42 s.

¹⁹² Gli organismi per la composizione della crisi sono dei “gestori di crisi” introdotti con la l. n. 3/2012 e disciplinati dall'art. 15 a cui il legislatore affida un ruolo centrale all'interno delle procedure di sovraindebitamento. Possono far parte degli organismi di composizione della crisi professionisti con elevata professionalità e specifica formazione, iscritti in un apposito Registro, tenuto presso il Ministero della Giustizia, che godano di specifici requisiti di professionalità, indipendenza ed imparzialità. Essi svolgono il ruolo d'intermediari tra il debitore e i creditori e tra le parti e il giudice all'interno di tutti e tre i procedimenti disciplinati dalla legge citata. Nel corso del loro operato dovranno mantenere la giusta distanza tra tali soggetti in vista del raggiungimento di un obiettivo superiore, quale quello di riuscire a portare a buon fine la procedura di sovraindebitamento e quindi a migliorare la posizione economico-finanziaria del debitore.

Essi hanno numerosi compiti e funzioni: hanno, innanzitutto, funzioni consultive e finanziarie, in quanto supportano il debitore nella predisposizione del piano finanziario e aiutano anche in seguito nella predisposizione del contenuto dell'accordo raggiunto tra le parti. Inoltre, essi hanno funzioni propulsive, in quanto raccolgono le adesioni dei creditori all'accordo, controllano gli astenuti alla delibera contandoli come aderenti, comunicano alle parti, con una relazione, se l'accordo è stato raggiunto o meno e raccolgono le eventuali contestazioni che possono sorgere al termine della delibera. Inoltre, hanno funzioni di garanzia e tutela dei terzi, in quanto svolgono un ruolo di intermediari tra le parti e il giudice, o tra il debitore e il giudice depositando insieme ai vari documenti che deve depositare il debitore o le parti, una relazione particolareggiata sulla fattibilità e convenienza del piano in modo da supportare il giudice nel controllo e nell'analisi degli atti depositati presso di lui. Inoltre, nel procedimento di composizione della crisi, consegnano al giudice anche una relazione riguardante l'avvenuta deliberazione e le eventuali contestazioni. Possono, poi, essere delegati anche alla liquidazione dei beni.

Questa vastità di poteri ha portato alcuni autori a ritenere che per tale organismo possano porsi seri problemi di conflitto d'interessi, in quanto è al tempo stesso consulente del debitore, attestatore della veridicità dei dati e della fattibilità del piano, organo pubblico che procede all'accertamento dell'esito della votazione e ne riferisce al giudice nei cui confronti

All'interno della proposta il consumatore predisporre un programma con cui s'impegna a realizzare la ristrutturazione dei debiti ed il soddisfacimento dei crediti. (art 8 1 co. cit. l.)¹⁹³.

Assieme al piano¹⁹⁴ il consumatore deve predisporre numerosi documenti, ossia un'attestazione sulla fattibilità del piano, (art. 9, co. 2), l'elenco di tutti i creditori, con l'indicazione delle somme dovute, l'elenco di tutti i beni del debitore, l'elenco degli atti di disposizione compiuti dal debitore negli ultimi cinque anni, la dichiarazione dei redditi degli ultimi cinque anni, l'elenco delle spese correnti e necessarie al sostentamento del debitore e della propria famiglia, l'indicazione del proprio nucleo familiare e infine l'allegazione del proprio stato di famiglia¹⁹⁵.

opera come ausiliario ed controllore dell'adempimento degli interessi dei creditori, e perciò la sua imparzialità è controversa. In merito v. L. GUGLIELMUCCI, *Diritto fallimentare*, F. PADOVINI (a cura di), Giappichelli, Torino, 2014, p. 400 s. e F. VERDE, *Il sovraindebitamento*, cit., p. 201 s.

Tuttavia, secondo alcuni autori, l'imparzialità è garantita dal fatto che i vari compiti dell'O.C.C. sono finalizzati al raggiungimento di un fine superiore e pubblico, quale quello della riuscita del procedimento. Tale conclusione è confermata anche dal fatto che questi organi hanno anche dei poteri di carattere autoritativo, che giustificerebbero le loro finalità di carattere pubblicistico. Tali poteri autoritativi emergono per esempio nell'art.15 co. 5 che afferma che <<L'organismo di composizione della crisi, oltre a quanto previsto dalle sezioni prima e seconda del presente capo, assume ogni iniziativa funzionale alla predisposizione del piano di ristrutturazione e all'esecuzione dello stesso>>. Pertanto, alcuni autori ritengono che tali organi abbiano sia una connotazione sia di tipo privatistico, sia una di tipo pubblicistico: v. M. D'AQUINO, A. PARINI, *Gli organismi di composizione della crisi*, in F. DI MARZIO, F. MACARIO, G. TERRANOVA (a cura di), *La "nuova" composizione della crisi da sovraindebitamento*, Milano, Giuffrè, 2013, cit., p. 94 ss.

Con D.M. 24 settembre 2014 n. 202 è stato emanato il regolamento prevedente i requisiti per l'iscrizione al Registro degli Organismi di composizione delle controversie. Nel regolamento è precisato quali enti possono iscriversi o sono iscritti di diritto nel registro, le qualifiche professionali per farne parte, i compensi, è prevista un'assicurazione obbligatoria.

Il Consiglio Nazionale dei ragionieri commercialisti ha impugnato la previsione regolamentare nella parte in cui esclude che possano esservi iscritti gli appartenenti alla categoria e il T.A.R. del Lazio con sentenza n. 12457 del 4.11.2015 ha accolto il ricorso, a testimonianza del fatto che, sebbene il ricorso alle procedure di sovraindebitamento non sia ancora diffuso, è, tuttavia, un settore in espansione e di interesse sia per i possibili fruitori, che per i professionisti.

¹⁹³ L'art. 8, riguardante il contenuto dell'accordo, infatti, afferma al co. 1: <<La proposta di accordo [...] prevede la ristrutturazione dei debiti e la soddisfazione dei crediti attraverso qualsiasi forma, anche mediante cessione dei crediti futuri>>.

¹⁹⁴ I cui contenuti e la cui natura giuridica verranno approfonditamente analizzati nei prossimi paragrafi.

¹⁹⁵ In particolare, quest'ultima documentazione fa emergere una priorità presente nella l. n. 3/2012, che è quella di tutelare la famiglia sovraindebitata, piuttosto che il credito inadempito, se ovviamente il consumatore sia giudicato dal giudice incolpevole, secondo

Inoltre, contemporaneamente, l'organismo di composizione della crisi elabora una relazione particolareggiata (art. 9 co. 3-bis)¹⁹⁶, contenente una verifica sull'attendibilità della documentazione depositata dal debitore, sull'idoneità del piano al pagamento dei creditori e sulla meritevolezza del debitore di accedere a tale procedura.

Tutti i documenti sono depositati¹⁹⁷ (art. 9, co. 1) dal consumatore in tribunale e, non oltre tre giorni, vengono presentati dagli organismi di composizione della crisi agli uffici fiscali territorialmente competenti, i quali controllano la ricostruzione fiscale depositata dal debitore¹⁹⁸.

Successivamente al deposito, il giudice può concedere un termine perentorio, non superiore a quindici giorni, entro il quale il consumatore può integrare la proposta e depositare nuovi documenti.

quanto emerge in G. BOZZELLI, *Credito responsabile e dati personali nel sistema creditizio*. Informazioni, merito e crisi, in S. DE MATTEIS, S. GRAZIANO (a cura di), *Crisi da sovraindebitamento. Ovvero il fallimento del consumatore*, cit., p. 154 ss.

¹⁹⁶ Tale relazione è prevista solo per il procedimento del piano del consumatore e non per il procedimento dell'accordo di composizione della crisi. Il motivo di prevedere un documento in più in questo procedimento è dato dal peculiare controllo che il giudice effettuerà per decidere se omologare o no il piano del consumatore, dovendosi fondare, come vedremo, su un giudizio di meritevolezza, secondo quanto emerge in F. VERDE, *Il sovraindebitamento*, cit., 136 s.

Tale relazione concerne: le cause dell'indebitamento, la diligenza del consumatore nell'assumere le obbligazioni, le ragioni della sua incapacità ad adempierle, il resoconto sulla solvibilità del consumatore negli ultimi cinque anni, l'indicazione eventuale di atti del debitore impugnati dai creditori, il giudizio sulla completezza e attendibilità della documentazione data dal consumatore e sulla probabile convenienza del piano rispetto all'alternativa della liquidazione, secondo quanto emerge in E. PELLECCCHIA, *Primi provvedimenti sulle procedure di composizione delle crisi da sovraindebitamento in particolare: il piano del consumatore*, cit., p. 543 ss.

¹⁹⁷ Ci si è chiesti se il deposito della proposta presso il tribunale abbia natura di domanda giudiziale. La risposta è risultata affermativa per diverse ragioni. In primo luogo, l'atto depositato sarà quello con cui si dà impulso per l'instaurazione di un procedimento che, come vedremo in seguito, sarà trattato nelle forme del rito camerale e inoltre s'istaura un rapporto processuale tra debitore e giudice e, successivamente, all'esito della deliberazione, s'istaurerà un rapporto tra debitore e creditori. Inoltre, il deposito mediante il quale si apre la procedura di sovraindebitamento viene fatto dalla parte "attrice", ovvero il consumatore, secondo quanto emerge in L. PELLICCIA, *Procedura di liquidazione del patrimonio del debitore*, in S. DE MATTEIS, N. GRAZIANO (a cura di), *Crisi da sovraindebitamento. Ovvero il fallimento del consumatore*, cit., p. 71 ss., ed in F. VERDE, *Il sovraindebitamento*, cit., p. 72 ss.

¹⁹⁸ L'ufficio fiscale territorialmente competente è quello dell'ultimo domicilio fiscale del consumatore. Il deposito di questi atti presso tali uffici è finalizzato ad assicurarsi che la posizione fiscale dichiarata dal debitore sia conforme alla realtà. Inoltre il debitore è tenuto ad indicare anche eventuali contenziosi pendenti, secondo quanto emerge in P.

QUARTICELLI, *Il deposito della proposta*, in F. DI MARZIO, F. MACARIO, G. TERRANOVA (a cura di), *La "nuova" composizione della crisi da sovraindebitamento*, cit., p. 31 s.

Tale deposito, inoltre, produce un importante effetto di diritto sostanziale: sospende il corso degli interessi legali o convenzionali (salvo che i crediti non siano garantiti da ipoteca, pegno o privilegio e che non si applichino gli artt. 2749, 2788, 2855 c.c.).

Una volta ricevuto il piano, il giudice svolge un controllo preliminare in merito alla presenza dei presupposti di ammissibilità (art. 7)¹⁹⁹, alla conformità del piano a quanto stabilito da gli artt. 8 e 9 co. 2²⁰⁰, alla regolarità del deposito, all'esistenza di fatti impeditivi, come l'avvenuto compimento di atti in frode ai creditori²⁰¹ e, se tale controllo ha esito positivo, fissa immediatamente l'udienza che dovrà essere comunicata dall'organismo di composizione della crisi a tutti i creditori entro trenta giorni e avrà luogo in un termine non superiore a sessanta giorni dal deposito della proposta.

Con il decreto di fissazione dell'udienza il giudice, inoltre, può decidere di sospendere le azioni esecutive in corso, qualora possano pregiudicare la fattibilità del piano²⁰².

¹⁹⁹ L'art 7, co. 2 infatti elenca in negativo i casi in cui la proposta non è ammissibile: <<La proposta non è ammissibile quando il debitore, anche consumatore: a) è soggetto a procedure concorsuali diverse da quelle regolate dal presente capo; b) ha fatto ricorso, nei precedenti cinque anni, ai procedimenti di cui al presente capo; c) ha subito, per cause a lui imputabili, uno dei provvedimenti di cui agli articoli 14 e 14-bis; d) ha fornito documentazione che non consente di ricostruire compiutamente la sua situazione economica e patrimoniale>>.

²⁰⁰ L'art 9, co.2 afferma che la proposta dovrà contenere: <<l'elenco di tutti i creditori, con l'indicazione delle somme dovute, di tutti i beni del debitore e degli eventuali atti di disposizione compiuti negli ultimi cinque anni, corredati delle dichiarazioni dei redditi degli ultimi tre anni e dell'attestazione sulla fattibilità del piano, nonché l'elenco delle spese correnti necessarie al sostentamento suo e della sua famiglia, previa indicazione della composizione del nucleo familiare corredata del certificato dello stato di famiglia>>.

²⁰¹ Non è chiaro, tuttavia, su quali elementi informativi il giudice possa stabilire se ci siano stati, o meno atti in frode ai creditori. Si ritiene che il giudice possa ricavare tali informazioni attraverso l'ausilio dell'organismo di composizione della crisi, secondo quanto emerge in M. QUARANTA, *L'accordo e il piano del consumatore*, in S. DE MATTEIS, N. GRAZIANO (a cura di), *Crisi da sovraindebitamento. Ovvero il fallimento del consumatore*, cit. p. 49 s.

²⁰² La sospensione vige finché il provvedimento di omologazione non diviene definitivo e cessa nel caso in cui il piano non venga omologato. Tali sospensioni possono riguardare tutte le azioni esecutive in corso o alcune specifiche procedure che possono nuocere alla fattibilità del piano. Diversamente, nel procedimento di accordo di ristrutturazione del debito, la sospensione delle azioni esecutive con il decreto di fissazione dell'udienza è automatica e non condizionata da una scelta discrezionale del giudice. Tale differenza di disciplina, si ritiene che sia dovuta ad una maggiore snellezza del procedimento del piano

L'udienza è finalizzata a permettere ai creditori di esprimere una valutazione sul piano, dal momento che, all'interno di tale procedura, i creditori non sono chiamati a deliberare sulle sue caratteristiche, sulla sua fattibilità o convenienza, come invece accade nella procedura di accordo di composizione della crisi.

Terminata l'udienza, si apre, con rito camerale²⁰³, la fase di omologazione vera e propria, di competenza del tribunale in composizione monocratica²⁰⁴.

In tale procedimento il giudice valuta le contestazioni dei creditori sull'effettivo ammontare dei crediti, la fattibilità ed idoneità del piano ad assicurare il soddisfacimento integrale dei crediti impignorabili²⁰⁵ e la meritevolezza del consumatore²⁰⁶.

del consumatore, oltre che dalla mancanza di esigenze di conservazione dell'unità produttiva, secondo quanto emerge in F. VERDE, *Il sovraindebitamento*, cit. p. 137 ss.

²⁰³ Il rito camerale è un procedimento a giurisdizione volontaria che si svolge in camera di consiglio, solitamente in assenza delle parti e in presenza dei rispettivi rappresentanti legali. Esso si applica a procedimenti o che hanno ad oggetto materie diverse da diritti o *status*, o che, pur incidendo sui diritti e sugli *status*, non risolvono posizioni di contrasto, né assolvono ad esigenze di tutela, e, pertanto, possono tollerare per la maggior speditezza del procedimento, l'attenuazione di una serie di garanzie, tipiche, invece, del procedimento ordinario di cognizione, quali quelle relative al diritto del contraddittorio (la cui attenuazione è sottoposta alla discrezionalità del giudice) e al diritto alle prove e soprattutto alla stabilità del giudicato. In merito v. C. MANDRIOLI, *Diritto processuale civile. L'esecuzione forzata. I procedimenti sommari, cautelari e camerali*, A. CARRATTA (a cura di), cit., p. 412 s.

²⁰⁴ Da una verifica effettuata presso i principali tribunali, risulta che i procedimenti in materia di sovraindebitamento siano stati iscritti nei registri della volontaria giurisdizione, ed assegnati in genere, nei tribunali articolati in più sezioni, alla sezione fallimentare.

²⁰⁵ I crediti impignorabili sono quelli non assoggettabili al pignoramento, perché di natura strettamente personale, secondo quanto afferma l'art. 545 c.p.c.: «Non possono essere pignorati i crediti alimentari, tranne che per cause di alimenti, e sempre con l'autorizzazione del presidente del tribunale o di un giudice da lui delegato e per la parte dal medesimo determinata mediante decreto. Non possono essere pignorati crediti aventi per oggetto sussidi di grazia o di sostentamento a persone comprese nell'elenco dei poveri, oppure sussidi dovuti per maternità, malattie o funerali da casse di assicurazione, da enti di assistenza o da istituti di beneficenza. Le somme dovute dai privati a titolo di stipendio, di salario o di altre indennità relative al rapporto di lavoro o di impiego comprese quelle dovute a causa di licenziamento, possono essere pignorate per crediti alimentari nella misura autorizzata dal presidente del tribunale o da un giudice da lui delegato. Tali somme possono essere pignorate nella misura di un quinto per i tributi dovuti allo Stato, alle province e ai comuni, ed in eguale misura per ogni altro credito. Il pignoramento per il simultaneo concorso delle cause indicate precedentemente non può estendersi oltre la metà dell'ammontare delle somme predette. Restano in ogni caso ferme le altre limitazioni contenute in speciali disposizioni di legge. Le somme da chiunque dovute a titolo di pensione, di indennità che tengono luogo di pensione o di altri assegni di quiescenza, non possono essere pignorate per un ammontare corrispondente alla misura massima mensile dell'assegno sociale, aumentato della metà. La parte eccedente tale ammontare è pignorabile nei limiti previsti dal terzo, quarto e quinto comma nonché dalle speciali disposizioni di legge.

Con il giudizio di meritevolezza, come meglio vedremo in seguito²⁰⁷, il giudice valuterà se il consumatore abbia assunto o meno le obbligazioni senza una ragionevole prospettiva di poterle adempiere.

Al termine di tale valutazione, il giudice, se ritiene che il consumatore sia meritevole di ottenere l'omologazione del piano e che il piano sia fattibile, omologa con decreto il piano, ordinando una forma idonea di pubblicazione.

Il giudice può procedere all'omologazione anche se nella fase precedente sono state mosse contestazioni dai creditori rimaste non superate. Tale meccanismo si chiama *cram down* ed implica che il giudice reputi che, nonostante le contestazioni dei creditori, il ricavato ottenuto dall'attuazione

Le somme dovute a titolo di stipendio, salario, altre indennità relative al rapporto di lavoro o di impiego, comprese quelle dovute a causa di licenziamento, nonché a titolo di pensione, di indennità che tengono luogo di pensione, o di assegni di quiescenza, nel caso di accredito su conto bancario o postale intestato al debitore, possono essere pignorate, per l'importo eccedente il triplo dell'assegno sociale, quando l'accredito ha luogo in data anteriore al pignoramento; quando l'accredito ha luogo alla data del pignoramento o successivamente, le predette somme possono essere pignorate nei limiti previsti dal terzo, quarto, quinto e settimo comma, nonché dalle speciali disposizioni di legge>>.

Mentre il debitore si deve impegnare all'integrale pagamento dei crediti impignorabili, non altrettanto vale per i crediti muniti di diritto di prelazione, per i quali l'art. 7, primo comma, della legge, prevede che possono non essere soddisfatti integralmente, purché ne sia assicurato il pagamento in misura non inferiore a quella realizzabile, in ragione della collocazione preferenziale sul ricavato in caso di liquidazione, avuto riguardo al valore di mercato attribuibile ai beni o ai diritti sui quali insiste la causa di prelazione, come attestato dagli organismi di composizione della crisi.

Per quanto riguarda, invece, i debiti tributari, il piano non deve assicurarne l'integrale pagamento: l'art. 7 prevede soltanto per i tributi costituenti risorse proprie dell'Unione europea, l'imposta sul valore aggiunto e le ritenute operate e non versate, che il piano possa prevedere esclusivamente la dilazione del pagamento.

²⁰⁶ Il giudizio di meritevolezza del consumatore ha ad oggetto una valutazione discrezionale del giudice riguardo a se il consumatore meriti di accedere alla procedura premiale del piano del consumatore o meno. E' il giudizio-filtro a cui il giudice giunge attraverso la valutazione se il comportamento del consumatore che lo ha condotto a sovraindebitarsi sia stato colpevole o meno.

Se il consumatore ha assunto le obbligazioni in maniera diligente e con una ragionevole prospettiva di poterle adempiere, viene considerato meritevole.

Diversamente, se il consumatore si è sovraindebitato in maniera né ragionevole né diligente, in quanto ha assunto un numero eccessivo di obbligazioni sproporzionate alla propria capacità di rimborso e alle proprie possibilità economiche, viene considerato non meritevole, in quanto si è sovraindebitato con colpa. V. in proposito A. FABBRI, *Sovraindebitamento, Consumer Bankruptcy, discrezionalità del giudice*, in B. CAPPONI et al. (a cura di), *Il processo esecutivo, liber amicorum Romano Vaccarella*, UTET, Milano, 2014, p. 1089 e 1094 s.

²⁰⁷ Per un approfondimento sul giudizio di meritevolezza v. *infra*, § 2.7.1.Cap. II.

del piano sarebbe in ogni caso più conveniente, rispetto a quello ottenuto con la procedura di liquidazione.

A seguito e per effetto della omologazione, tutti i creditori con causa o titolo anteriore alla pubblicità del piano omologato, sono vincolati dal piano e non potranno iniziare o proseguire azioni esecutive individuali per il recupero del proprio credito, né intraprendere azioni cautelari o acquisire diritti di prelazione sul patrimonio del debitore.

I creditori posteriori, invece, una volta omologato il piano, non possono procedere esecutivamente sui beni oggetto del piano, i quali con l'omologazione subiscono una sorta di vincolo di destinazione funzionale al raggiungimento degli obiettivi del piano²⁰⁸ (art. 12-ter co. 1 e 2.).

Diversamente, se il giudice nega l'omologazione, lo dichiara con ordinanza, che potrà essere impugnata con reclamo presso il tribunale in composizione collegiale; del collegio non potrà far parte il giudice che ha rigettato l'istanza di omologazione del piano.

1.2. *L'accordo di composizione della crisi: la struttura del procedimento*

Il procedimento denominato “*accordo di composizione della crisi*” è il secondo procedimento disciplinato dalla l. n. 3/2012 e dal successivo d.l. n. 179/2012, a cui possono accedere sia il consumatore sovraindebitato sia (art. 7 co. 1 bis) tutti i debitori *non fallibili*²⁰⁹.

Esso, infatti, come si è accennato in precedenza, nasce in origine come procedimento di carattere generale per porre rimedio alla condizione di

²⁰⁸ L'art. 12-ter denominato “*Effetti dell'omologazione del piano del consumatore*” ai primi due commi afferma: <<1. Dalla data dell'omologazione del piano i creditori con causa o titolo anteriore non possono iniziare o proseguire azioni esecutive individuali. Ad iniziativa dei medesimi creditori non possono essere iniziate o proseguite azioni cautelari né acquistati diritti di prelazione sul patrimonio del debitore che ha presentato la proposta di piano. 2. Il piano omologato è obbligatorio per tutti i creditori anteriori al momento in cui è stata eseguita la pubblicità di cui all'articolo 12-bis, comma 3. I creditori con causa o titolo posteriore non possono procedere esecutivamente sui beni oggetto del piano>>.

²⁰⁹ Come abbiamo specificato *supra* § 3.5. Cap. I.

sovraindebitamento di tutti i debitori che non possono accedere alle procedure concorsuali²¹⁰.

Tale procedimento, come quello del piano del consumatore, si attiva su iniziativa esclusiva del debitore²¹¹, il quale non deve rientrare in uno dei casi d'inammissibilità previsti per l'accesso a tali procedimenti e tassativamente elencati all'art. 7²¹².

Tale procedimento si articola in *cinque fasi*.

La *prima fase* è caratterizzata dalla redazione della proposta²¹³ (art 7 co. 1, art 8, art 9 co.2, 3.), elaborata dal debitore con l'ausilio degli organismi di composizione della crisi ed indirizzata ai creditori.

Tale proposta deve contenere un piano finanziario, volto alla ristrutturazione dei debiti e al soddisfacimento dei crediti²¹⁴.

²¹⁰ Tali debitori, come abbiamo avuto modo di specificare nel § 2 Cap. I, sono:

gli enti pubblici, di cui l'art. 1 l. fall.;

gli imprenditori commerciali sotto una determinata soglia dimensionale di cui l'art. 1 l. fall.;

gli imprenditori commerciali non più fallibili per il decorso del termine annuale di cui all'art. 10 l. fall.;

gli enti e le imprese non commerciali;

i piccoli imprenditori, elencati nell'art. 2083 c.c.;

le persone fisiche (tra cui vi è il consumatore);

le società ed enti che non esercitano attività d'impresa;

le start-up innovative;

i professionisti la cui attività non rientri in quella aziendale;

tutti coloro che svolgono un'attività economica comunque non assoggettabile alle procedure concorsuali attualmente previste, primi fra questi i soci e gli amministratori di società di capitali che pur considerandosi imprenditori sotto il profilo economico, non lo sono nella veste tecnico formale; i soci illimitatamente responsabili di società in nome collettivo o in accomandita semplice fallibili, secondo quanto emerge in F. VERDE, *Il sovraindebitamento*, cit., p. 38 s.

²¹¹ Nel vecchio testo della l. n. 3/2012 era prevista solo questa procedura di sovraindebitamento, accessibile a tutti i "*debitori civili*", ossia i soggetti "*non fallibili*", ossia che non potevano accedere alle procedure concorsuali previste dalla legge fallimentare (in merito v. *Supra* § 2 Cap. I). V. G. GIANNELLI, *Il procedimento di composizione della crisi da sovraindebitamento (La tutela dei creditori dell'insolvente civile tra regole di concorso e meritevolezza degli interessi)*, in F. PARENTE, L. RUGGERI (a cura di), *Attività di liquidazione e tutela dei creditori*, cit., p. 195 s.

²¹² V. *supra* § 1.1. Cap. II.

²¹³ Vedremo poi nei paragrafi successivi la natura giuridica di tale atto.

²¹⁴ Il concetto di ristrutturazione non si riferisce solo alla mera riduzione dell'ammontare dei debiti, ma può riguardare anche altri elementi del rapporto obbligatorio, come un cambiamento della posizione del soggetto passivo, del soggetto attivo o una modifica del tempo dell'adempimento, secondo quanto emerge in G. BRESCIA, F. CALDIERO, S. DAMIANI, G. GIOIA, *La composizione della crisi da sovraindebitamento*, Maggioli, S. Marino, 2013, p. 87 s.

Nell'elaborare il contenuto della proposta, come nella predisposizione del piano del consumatore, il debitore gode di piena autonomia nel predisporre i tempi e le modalità di adempimento, attraverso i quali mira a ristrutturare e risanare la sua posizione debitoria, secondo scadenze e modalità di pagamento dei debiti che potrà liberamente decidere egli stesso²¹⁵.

Egli è tenuto inoltre a rilasciare una sua dichiarazione, precisando se abbia fatto uso di mezzi elettronici di pagamento, abbia sottoscritto strumenti creditizi o finanziari, abbia subito limitazioni di accesso al mercato del credito al consumo (art. 8 co. 3)²¹⁶, per consentire una visione più fedele possibile della sua effettiva situazione patrimoniale²¹⁷.

La proposta, una volta elaborata, viene depositata presso il tribunale del luogo della sede principale della piccola impresa o della residenza del debitore e, unitamente ad essa, vengono depositati gli elenchi dei creditori, delle somme dovute, dei beni del debitore, delle spese correnti necessarie al sostentamento suo e della sua famiglia e degli atti di disposizione compiuti negli ultimi cinque anni (art 9 co. 2)²¹⁸. Devono essere depositate anche le scritture contabili degli ultimi tre esercizi insieme ad una dichiarazione che ne attesti la conformità all'originale (art 9 co. 3)²¹⁹.

Inoltre, insieme alla proposta e ai documenti indicati devono essere allegate due relazioni, elaborate dagli organismi di composizione della crisi, una sulla

²¹⁵ Il mezzo di soddisfacimento può essere, infatti, di qualsiasi forma, non necessariamente danaro, secondo quanto emerge in M. CORDOPATRI, *Presupposti di ammissibilità*, in F. DI MARZIO, F. MACARIO, G. TERRANOVA (a cura di), *La "nuova" composizione della crisi da sovraindebitamento*, cit., p. 25 s.

²¹⁶ L'art. 8 co. 3 afferma: <<Nella proposta di accordo sono indicate eventuali limitazioni all'accesso al mercato del credito al consumo, all'utilizzo degli strumenti di pagamento elettronico a credito e alla sottoscrizione di strumenti creditizi e finanziari>>.

²¹⁷ G. BRESCIA F. CALDIERO, S. DAMIANI, G. GIOIA, *La composizione della crisi da sovraindebitamento*, cit. p. 89 s.

²¹⁸ L'art. 9 co. 2 elenca: <<Unitamente alla proposta devono essere depositati l'elenco di tutti i creditori, con l'indicazione delle somme dovute, di tutti i beni del debitore e degli eventuali atti di disposizione compiuti negli ultimi cinque anni, corredati delle dichiarazioni dei redditi degli ultimi tre anni e dell'attestazione sulla fattibilità del piano, nonché l'elenco delle spese correnti necessarie al sostentamento suo e della sua famiglia, previa indicazione della composizione del nucleo familiare corredata del certificato dello stato di famiglia>>.

²¹⁹ L'art. 9 co. 3 afferma: <<Il debitore che svolge attività d'impresa deposita altresì le scritture contabili degli ultimi tre esercizi, unitamente a dichiarazione che ne attesta la conformità all'originale>>.

fattibilità del piano e un'altra che ricostruisce quanto risulta dalla documentazione fornita dal debitore²²⁰.

Una volta depositata tutta la documentazione, si sospendono automaticamente, ai soli effetti del concorso, il corso degli interessi convenzionali e legali.

La documentazione depositata viene consegnata, entro tre giorni, dagli organismi di composizione all'agente di riscossione e agli uffici competenti (art 9 co. 1)²²¹ che controllano le dichiarazioni di natura fiscale rese dal consumatore.

Successivamente al deposito, il giudice, anche in questo caso, può concedere un termine perentorio di quindici giorni per produrre nuovi documenti o apportare modifiche alla proposta.

Entro sessanta giorni dal deposito della proposta, si apre la *seconda fase* del procedimento con l'*immediata* fissazione dell'udienza con decreto²²², emanato dal giudice competente, qualora i requisiti di ammissibilità (art 7, 8, 9) necessari per accedere alla procedura siano stati valutati positivamente dallo stesso²²³ (in caso contrario il giudice dichiarerà, con decreto, l'inammissibilità del procedimento)²²⁴.

²²⁰ V. *supra* § 2.1. Cap. II.

²²¹ L'art 9 co. 1, infatti, recita: <<La proposta di accordo è depositata presso il tribunale del luogo di residenza o sede principale del debitore>>.

²²² Il termine "*immediata*" è stato utilizzato dal legislatore per dare un impulso di rapidità al giudice. La dottrina ritiene che il legislatore avrebbe dovuto utilizzarlo in riferimento al controllo degli atti e dei tempi di deposito e dei requisiti di ammissibilità (artt.7, 8, 9) che viene svolto prima del decreto e porta alla sua fissazione o meno, secondo quanto emerge in F. VERDE, *Il sovraindebitamento*, cit., p. 91 s.

²²³ La valutazione di tali requisiti avviene in assenza di contraddittorio, perciò, paradossalmente, potrebbe capitare che se il giudice dichiara inammissibile la procedura e non fissa con decreto l'udienza, i creditori ignoreranno persino che il ricorso sia stato depositato: così F. VERDE, *Il sovraindebitamento*, cit., p. 77 s.

²²⁴ In questa prima fase il controllo del giudice è di tipo sommario. Esso si può concludere o con l'ammissibilità della proposta e l'accesso alla seconda fase svolta in contraddittorio con i creditori, oppure, diversamente può concludersi con una declaratoria di inammissibilità. L'inammissibilità della proposta non determina una preclusione nel riproporre tale procedimento. Tuttavia, il procedimento può essere riproposto solamente nel caso in cui la declaratoria di inammissibilità sia dovuta alla carenza o incompletezza della documentazione (art. 9). Diversamente, se l'inammissibilità è dovuta alla mancanza di alcuni dei requisiti tassativamente elencati all' art. 7, la proposta non potrà essere depositata nuovamente. Avverso la pronuncia di inammissibilità dovrebbe sussistere la possibilità di proporre reclamo presso il Tribunale (in quanto la l. n. 3/2012 afferma che vanno applicati

Il decreto di fissazione dell'udienza, a differenza di quanto previsto dal procedimento sul piano del consumatore, vieta automaticamente, a pena di nullità, la prosecuzione di azioni esecutive individuali, sequestri conservativi e l'acquisto di diritti di prelazione sul patrimonio del debitore (art. 10, co. 2, lett. c)²²⁵.

Tale divieto opera fin quando il decreto di omologazione non diventi definitivo, o, al contrario, l'istanza di omologazione non venga rigettata.

La data dell'udienza (art 10 co. 1)²²⁶ è comunicata a tutti i creditori, almeno trenta giorni prima della scadenza del termine a loro disposizione per comunicare il loro consenso alla proposta, che è di almeno dieci giorni prima dell'udienza, (art. 11 co. 1)²²⁷.

La comunicazione del consenso da parte dei creditori può avvenire a mezzo di telegramma, lettera raccomandata con avviso di ricevimento, telefax o posta elettronica certificata sottoscritta dal creditore, ed è indirizzata all'organismo di composizione della crisi, il quale ha il compito di raccogliere i consensi e calcolare il peso delle assenze²²⁸.

in quanto compatibili gli artt. 737 ss. c.p.c.), mentre il ricorso in cassazione è permesso solo nel caso in cui l'inammissibilità sia dovuta alla mancanza di uno dei requisiti dell'art. 7. Una volta dichiarato ammissibile il procedimento, la legge stabilisce che l'ammissibilità possa anche essere revocata in sede di udienza, nel momento in cui il giudice rilevi che il debitore ha compiuto atti in frode ai creditori : in tal senso F. VERDE, *Il sovraindebitamento*, cit., p. 81 ss.

²²⁵ L'istituto della sospensione di alcune azioni cautelari è previsto pure nei procedimenti disciplinati dalla legge fallimentare : in quel caso però riguarda genericamente tutte le azioni cautelare, e non solo i sequestri conservativi, secondo quanto emerge in F. VERDE, *Il sovraindebitamento*, cit., p. 85 s.

²²⁶ L'art 10 co.1 dice infatti: <<Il giudice, se la proposta soddisfa i requisiti previsti dagli articoli 7, 8 e 9, fissa immediatamente con decreto l'udienza, disponendo la comunicazione almeno trenta giorni prima del termine di cui all'articolo 11, comma 1, ai creditori presso la residenza o la sede legale, anche per telegramma o per lettera raccomandata con avviso di ricevimento o per telefax o per posta elettronica certificata, della proposta e del decreto. Tra il giorno del deposito della documentazione di cui all'articolo 9 e l'udienza non devono decorrere più di sessanta giorni.>>

²²⁷ L'art 11 co. 1 recita: <<I creditori fanno pervenire, anche per telegramma o per lettera raccomandata con avviso di ricevimento o per telefax o per posta elettronica certificata, all'organismo di composizione della crisi, dichiarazione sottoscritta del proprio consenso alla proposta, come eventualmente modificata almeno dieci giorni prima dell'udienza di cui all'articolo 10, comma 1>>.

²²⁸ La formazione dell'accordo, pertanto, non avviene attraverso una deliberazione pubblica, in cui ogni creditore esprime un voto favorevole o contrario, quanto attraverso l'adesione o meno alla proposta del debitore. Tuttavia, ha lo stesso valore di una deliberazione, in quanto è necessario per la sua approvazione il raggiungimento di un quorum (60% dei crediti) e, qualora l'accordo sia omologato, esso avrà effetto anche sui

La mancanza di una dichiarazione da parte di uno dei creditori equivale ad accettazione della proposta: è stato quindi utilizzato l'istituto del silenzio-assenso.

Una volta comunicate le adesioni, l'accordo è concluso qualora si raggiunga un quorum di consensi favorevoli almeno pari al 60% dei crediti²²⁹, esclusi il coniuge del debitore, i suoi parenti e affini entro al quarto grado, i cessionari o aggiudicatari dei loro crediti da meno di un anno prima della proposta ed i creditori prelatizi, salvo nel caso in cui rinuncino al loro diritto di prelazione²³⁰.

In tale fase gli organismi di composizione della crisi verificano se siano state raggiunte le maggioranze richieste e se ci sono stati casi di silenzio-assenso, provvedono alla formazione del passivo e, se l'accordo è stato raggiunto, trasmettono a tutti i creditori una relazione²³¹ riepilogativa sui consensi espressi e sul raggiungimento del quorum richiesto (art.12 co. 1)²³².

I creditori entro dieci giorni dalla ricezione della relazione possono sollevare eventuali contestazioni²³³.

creditori che hanno dato un voto contrario. V. in proposito F. VERDE, *Il sovraindebitamento*, cit., p. 97 ss.

²²⁹ Nella disciplina precedente il quorum richiesto ai fini dell'approvazione era del 70% dei crediti e, inoltre, era previsto che i creditori estranei alla votazione (e quelli dissidenti) dovessero essere soddisfatti integralmente. Questo rendeva quindi difficile, o di fatto impossibile, il raggiungimento del quorum richiesto. Pertanto, con il d.l. di riforma n. 179/2012 tale quorum è stato abbassato al 60% dei crediti ed è stato previsto un sistema di silenzio-assenso per tutti i creditori che non avessero partecipato alla votazione o non avessero prestato il proprio voto entro in termine fissato, secondo quanto emerge in L. PANZANI, *La composizione della crisi da sovraindebitamento dopo il d.l. 179/2012*, cit., p. 10 ss.

²³⁰ Per un approfondimento in merito alla procedura deliberativa presente nel procedimento di accordo per la composizione della crisi v. *infra* § 1.5.2. Cap. II.

²³¹ La legge non dice nulla riguardo a se l'organismo debba elaborare tale relazione anche nel caso in cui il quorum non sia raggiunto. Tuttavia, sarebbe impensabile che l'organismo non comunicasse né ai creditori, né al giudice l'esito della votazione, così da permettere al giudice di pronunciare il rigetto dell'istanza di omologazione: in tal senso v. F. VERDE, *Il sovraindebitamento*, cit. p. 100 s.

²³² L'art 12 co. 1 dice: <<Se l'accordo è raggiunto, l'organismo di composizione della crisi trasmette a tutti i creditori una relazione sui consensi espressi e sul raggiungimento della percentuale di cui all'articolo 11, comma 2, allegando il testo dell'accordo stesso>>.

²³³ Le contestazioni possono riguardare la fattibilità del piano, il computo dei consensi e della maggioranza, la capacità del debitore ad adempiere; v. in proposito F. VERDE, *Il sovraindebitamento*, cit., p. 101 s.

Scaduto tale termine, l'organismo trasmette al giudice la relazione già inviata ai creditori, le contestazioni fatte e l'attestazione *definitiva* sulla fattibilità del piano.

Scaduti i termini, si tiene l'udienza in cui il giudice, per valutare se omologare o meno l'accordo, è tenuto ad accertare in *primis* se siano stati compiuti atti in frode ai creditori e se siano state raggiunte le maggioranze richieste in sede di deliberazione, analizzando la relazione depositata dall'organismo.

Inoltre, è tenuto a valutare la relazione definitiva dell'organismo riguardante la fattibilità e l'idoneità della proposta, in particolare ai fini di assicurare il pagamento integrale dei crediti impignorabili, nonché dei tributi presi in considerazione dalla legge²³⁴.

Da ultimo ha l'obbligo di risolvere tutte le contestazioni²³⁵, ma in mancanza di risoluzione, può comunque omologare l'accordo se ritiene che il credito possa essere comunque soddisfatto in misura non inferiore all'alternativa liquidatoria²³⁶.

²³⁴ V. *supra*, nota 195.

²³⁵ Ci si chiede, in assenza di un silenzio del legislatore, se le contestazioni possano essere fatte solo entro l'ultimo termine dei 10 giorni dal ricevimento della relazione dell'organismo di composizione della crisi o se possano essere fatte anche in sede di udienza. Il dubbio sorge per il fatto che i termini previsti dal legislatore non sembrano coincidere perfettamente. Il legislatore, infatti, prevede che le dichiarazioni di voto debbano pervenire all'organismo di composizione della crisi almeno 10 giorni prima dell'udienza (art. 11, co. 1), tuttavia, prevede anche che l'organismo debba inviare ai creditori la relazione sui consensi espressi e, una volta ricevuta, essi possono, entro 10 giorni, effettuare eventuali contestazioni all'organismo (art. 12 co. 1). Ne deriva che in alcuni casi le contestazioni non possono pervenire prima dell'udienza. PANZANI, tuttavia, esclude che il legislatore abbia previsto che ci sia un contraddittorio durante l'udienza e che quindi le parti possano comparire ed effettuare ulteriori contestazioni. In merito v. L. PANZANI, *La composizione della crisi da sovraindebitamento dopo il D.L. 179/2012*, cit., p. 11 s.

Diversamente, F. VERDE sostiene che il termine fissato per la comunicazione delle contestazioni agli organismi non sia decadenziale, e, pertanto, non ritiene che non sia permesso al creditore o a qualunque altro interessato di formulare contestazioni anche in udienza, secondo quanto emerge in F. VERDE, *Il sovraindebitamento*, cit., p. 103 ss.

²³⁶ Tale meccanismo, presente anche nel procedimento del piano del consumatore, si chiama "cram down", secondo quanto emerge in L. PANZANI, *La composizione della crisi da sovraindebitamento dopo il D.L. 179/2012*, cit., p. 11 s.

Terminato questo controllo si apre la *quarta fase*, che consiste nell'emissione del decreto di omologazione²³⁷ dell'accordo (art. 12 co. 2)²³⁸ che deve avvenire nel termine di sei mesi dalla presentazione della proposta e può essere sottoposto a reclamo, nelle forme previste dal rito camerale, davanti al tribunale in composizione collegiale; anche in questo caso, del collegio non può far parte il giudice che ha emesso o rigettato l'omologazione.

Il provvedimento che decide sul reclamo è ricorribile in Cassazione²³⁹.

Il giudice può disporre la pubblicità che ritiene idonea per il decreto di omologazione (art. 10 co. 2), e, nel caso in cui il debitore svolga attività d'impresa, deve procedersi all'annotazione di esso nel registro delle imprese a cura degli organismi di composizione della crisi (art. 15, co. 7).

Una volta omologato, l'accordo diventa obbligatorio per tutti i creditori (siano stati essi dissenzienti o favorevoli) precedenti alla pubblicazione della proposta e del provvedimento del giudice di fissazione dell'udienza.

I creditori con causa o titolo posteriore, invece, nel momento in cui è omologato l'accordo non possono più procedere esecutivamente sui beni oggetto del piano.

Successivamente all'omologazione, si apre l'*ultima fase* del procedimento, ossia la fase di esecuzione dell'omologazione che sarà vigilata e supportata dall'organismo di composizione della crisi. (art. 13 co. 3)²⁴⁰.

²³⁷ Per la dottrina, infatti, il termine è ordinatorio, in quanto non sembra giusto che avvenga la cessazione *ex lege* della procedura a causa di ritardi o inefficienze dell'ufficio giudiziario, secondo quanto emerge in F. VERDE, *Il sovraindebitamento*, cit., p. 109 s.

²³⁸ L'art. 12 co. 2 afferma: <<Il giudice omologa l'accordo e ne dispone l'immediata pubblicazione utilizzando tutte le forme di cui all'articolo 10, comma 2, quando, risolta ogni altra contestazione, ha verificato il raggiungimento della percentuale di cui all'articolo 11, comma 2, e l'idoneità del piano ad assicurare il pagamento integrale dei crediti impignorabili, nonché dei crediti di cui 7, comma 1, terzo periodo>>.

²³⁹ Tuttavia, si ritiene che mentre il provvedimento di omologazione sia reclamabile in Cassazione, in quanto è un atto di natura decisoria che coinvolge sia i creditori dissenzienti che non, diversamente il provvedimento di rigetto non è un atto di natura decisoria e quindi non è reclamabile in Cassazione. Per PANZANI, tuttavia, non può essere proposto ricorso in Cassazione solo nel caso in cui l'omologazione sia stata rigettata perché non è stata raggiunta la maggioranza richiesta in sede di deliberazione, secondo quanto emerge in L. PANZANI, *La composizione della crisi da sovraindebitamento dopo il d.l. 179/2012*, cit., p. 12 s.

²⁴⁰ L'art. 13 co. 2 primo periodo, infatti, recita: <<L'organismo di composizione della crisi risolve le eventuali difficoltà insorte nell'esecuzione dell'accordo e vigila sull'esatto adempimento dello stesso, comunicando ai creditori ogni eventuale irregolarità>>.

In tale fase si procederà alla liquidazione dei beni del debitore da parte del debitore stesso, ovvero dell'O.C.C. o di un liquidatore appositamente nominato dal giudice su richiesta dell'organismo stesso (art. 13 co. 2)²⁴¹.

Dalla descrizione dei due principali procedimenti previsti per por rimedio alle situazioni di sovraindebitamento, ne emerge evidente la complessità. Per evitare che i piccoli debitori in crisi si scoraggino ed evitino il ricorso a tali procedure, i tribunali più attrezzati hanno predisposto, nel sito internet dell'ufficio, una scheda descrittiva dell'istituto e perfino un vademecum delle procedure di sovraindebitamento, atto a facilitarne la comprensione e l'accesso al debitore²⁴².

1.3. I presupposti oggettivi e soggettivi per l'accesso al procedimento

L'art. 6 della l. 3/2012, come modificata dal d.l. 179/2012, elenca al comma II, lettere a) e b), rispettivamente, i presupposti oggettivi e soggettivi necessari per l'accesso a tali procedimenti.

Tali presupposti sono da un lato lo stato di sovraindebitamento in cui il debitore deve versare, dall'altro la qualità di consumatore, che permette a tale soggetto di accedere a tutte e tre le procedure.

Com'è stato accennato anche nel § 1 del Cap. II, infatti, mentre solo il consumatore può accedere al più favorevole procedimento di composizione

²⁴¹La nomina del liquidatore diventa necessaria se all'interno del piano è prevista l'utilizzazione di beni pignorati. L'art. 13 co. 1 prevede infatti: <<Se per la soddisfazione dei crediti sono utilizzati beni sottoposti a pignoramento ovvero se previsto dall'accordo o dal piano del consumatore, il giudice, su proposta dell'organismo di composizione della crisi, nomina un liquidatore che dispone in via esclusiva degli stessi e delle somme incassate>>.

²⁴² E' quanto ha fatto il Tribunale di Torino : v. www.tribunale.torino.giustizia.it/it/Content/Index/26760.

della crisi denominato “*piano del consumatore*”, alla procedura degli accordi di composizione della crisi e di liquidazione possono accedere, oltre al consumatore, tutti i debitori *non fallibili*: quali l'imprenditore commerciale non *fallibile* perché sotto le soglie dimensionali elencate dall'art. 1 l. fall.²⁴³, il professionista, il lavoratore autonomo, l'ente collettivo²⁴⁴, l'imprenditore non commerciale (come quello agricolo), le start-up innovative, i soci o gli amministratori che abbiano garantito con fidejussioni debiti della società fallita, i soci illimitatamente responsabili di società fallibile, i soci presenti in società in concordato preventivo, i piccoli imprenditori.

Come si vedrà meglio più avanti, peraltro, la giurisprudenza di legittimità, nella prima interpretazione della nozione di consumatore ai fini dell'accesso al piano del consumatore previsto dalla legge n. 3/2012, ha privilegiato una accezione estensiva²⁴⁵.

1.3.1. *Il presupposto oggettivo: lo stato di sovraindebitamento*

Lo stato di sovraindebitamento è definito nella nuova l. n. 3/2012 all'art. 6, co.2, lett. a) come <<*La situazione di perdurante squilibrio tra le obbligazioni assunte e il patrimonio prontamente liquidabile per farvi fronte, che determina la rilevante*

²⁴³ V. *supra* § 2 Cap. I. La giurisprudenza di merito, nei primi casi sottoposti al suo esame, ha chiarito che la proposta di ammissione alle varie procedure di composizione della crisi da sovraindebitamento è ammissibile solo ove venga accertata, al momento del deposito della proposta, l'impossibilità di avviare una procedura concorsuale diversa: il Tribunale di Milano, con il provvedimento in data 13 ottobre 2015, in *www.deiure.it*, ha dichiarato inammissibile l'istanza del debitore in un caso in cui il ricorrente era ancora assoggettabile al fallimento, non ricorrendo le soglie quantitative di cui all'art. 1, comma 2, legge fall., e non era ancora decorso l'anno dalla sua cancellazione dal registro delle imprese ex art. 10 l. fall.

²⁴⁴ Uno dei primi provvedimenti di merito in materia di sovraindebitamento ha previsto che le IPAB (Istituzioni Pubbliche di Assistenza e Beneficenza), in quanto enti dotati di personalità giuridica di diritto pubblico avente caratteristiche di ente pubblico non economico, e, pertanto, non assoggettabili alle procedure concorsuali, sono legittimate in presenza degli altri requisiti previsti dalla legge a presentare un piano di risanamento, che può coincidere con una delle procedure di sovraindebitamento, tra cui l'accordo di ristrutturazione previsto dall'art. 7 della legge n. 3 del 2012: in questo senso Trib. Treviso, ordinanza del 20 maggio 2015, in *www.deiure.it*.

²⁴⁵ V. Corte di cassazione, 1 febbraio 2016 n. 1869, in *www.italgiure.giustizia.it*, su cui *infra* § 1.3.2., Cap. II.

difficoltà di adempiere le proprie obbligazioni, ovvero la definitiva incapacità di adempierle regolarmente>>.

In realtà, come rilevato dai primi commentatori, non è agevole l'accertamento in concreto della sussistenza dello stato di sovraindebitamento, perché gli elementi che lo compongono rientrano in una “*geometria variabile*”²⁴⁶ e, pertanto, non sono facilmente riscontrabili empiricamente dal giudice, il quale qualora debba vietare al consumatore l'accesso al predetto procedimento per l'assenza dell'elemento oggettivo dovrebbe argomentare nel senso che sussista la capacità del debitore di riequilibrare autonomamente la propria esposizione debitoria.

Il primo elemento costitutivo e descrittivo dello stato di sovraindebitamento è quello della sussistenza di un “*perdurante squilibrio*”²⁴⁷, concetto volto a sottolineare che per prima cosa il sovraindebitamento è una situazione di incapacità duratura e persistente di adempiere regolarmente i propri debiti, con esclusione quindi dei casi in cui l'indebitamento sia dovuto ad una temporanea o episodica situazione debitoria all'interno di un nucleo familiare²⁴⁸.

Tale squilibrio persistente si pone tra le “*obbligazioni assunte*” e il “*patrimonio prontamente liquidabile*”. Si tratta di concetti apparentemente chiari, anche se non è stato specificato dal legislatore in che rapporto si trovino tra loro; non è chiaro cioè se si trovino in un rapporto di alternatività o di causalità: il legislatore all'interno della disposizione le ha soltanto collegate con la congiunzione copulativa positiva “*e*”.

²⁴⁶ L'espressione è utilizzata da L. MODICA, *Profili giuridici del sovraindebitamento*, cit., p. 347 s.

²⁴⁷ Il carattere di non transitorietà, tra l'altro, è un elemento che è presente anche nella situazione d'insolvenza presente nell'art. 5 l. fall. V.. I. LOMBARDINI, *I nuovi procedimenti di composizione della crisi da sovraindebitamento e liquidazione del patrimonio*, in B. CAPPONI et al. (a cura di), *Il processo esecutivo liber amicorum: Romano Vaccarella*, cit., p. 1146 s.

²⁴⁸ Secondo quanto emerge in L. MODICA, *Profili giuridici del sovraindebitamento*, Jovene, Napoli, 2012, p. 351 ss. e M. QUARANTA, *L'accordo e il piano del consumatore*, in S. DE MATTEIS, N. GRAZIANO (a cura di), *Crisi da sovraindebitamento. Ovvero il fallimento del consumatore*, cit., p. 16 s.

Secondo gran parte della dottrina²⁴⁹ tale congiunzione tende ad esprimere che queste due differenti situazioni debbano essere presenti cumulativamente²⁵⁰ all'interno della posizione economica del debitore, anche perché altrimenti non si riscontrerebbe una differenza vera e propria tra la condizione di sovraindebitamento e quella di mero indebitamento che porta all'inadempimento del debitore.

Il primo elemento, che fa riferimento alle *obbligazioni assunte* dal debitore è di carattere statico in quanto risulta essere obiettivamente riscontrabile dal giudice attraverso l'analisi delle passività e attività del debitore.

Il secondo elemento, ovvero il *patrimonio prontamente liquidabile* invece è di carattere dinamico, in quanto la sua valutazione riguarderà i tipi di crediti o beni di cui dispone il debitore e la loro pronta liquidabilità, volta risanare in tempi brevi la propria posizione debitoria e pertanto si baserà sia su elementi obiettivamente riscontrabili, sia su un giudizio di tipo prognostico.

La mancanza di pronta liquidità solitamente corrisponde al caso in cui il debitore non è in grado di far fronte ai debiti scaduti in quanto, pur disponendo di un patrimonio in astratto di valore superiore, esso non è

²⁴⁹ In dottrina, affermano che i due concetti siano in rapporto di causalità G.BRESCIA et al., *Composizione delle crisi da sovraindebitamento*, cit., p.34 e ss.

²⁵⁰ Non tutti gli studiosi sono d'accordo sulla presenza cumulativa di tali elementi. Alcuni autori ritengono che tali situazioni non debbano presentarsi necessariamente insieme. Tali autori infatti ritengono che il legislatore abbia voluto prevedere una nozione volutamente generica di sovraindebitamento che si adattasse alle situazioni economiche di due soggetti molti diversi, quali i consumatori e tutti gli altri debitori *non fallibili*, tra cui normalmente vi sono soggetti che esercitano attività economiche.

Secondo tali autori la situazione di sovraindebitamento quando avrà come protagonista un consumatore si presenterà come una situazione di squilibrio patrimoniale che porterà una difficoltà di adempiere del consumatore, diversamente se la situazione di sovraindebitamento ricadrà su un debitore *non fallibile* si potrebbe manifestare attraverso uno squilibrio finanziario dato dalla mancanza di pronta liquidità. Per pronta liquidità si intende sia la commerciabilità dei beni che compongono il patrimonio del debitore, sia il loro status giuridico di negoziazione, secondo quanto emerge in G. GIANNELLI, *Il procedimento di composizione della crisi da sovraindebitamento, (La tutela dei creditori dell'insolvente civile tra regole di concorso e meritevolezza d'interessi)*, in F. PARENTE, L. RUGGERI (a cura di), M. QUARANTA, *L'accordo e il piano del consumatore*, S. DE MATTEIS, N. GRAZIANO (a cura di), *Crisi da sovraindebitamento. Ovvero il fallimento del consumatore*, cit., p. 16 s.

liquidabile in tempi brevi (perché ad esempio il debitore non dispone di contanti ma solo di beni immobili) né è possibile ottenere crediti da terzi concedendo garanzie sul patrimonio illiquido.

Nel valutare tale squilibrio non potrà farsi riferimento ai crediti futuri, in quanto per far fronte a tale situazione è necessario che il patrimonio sia monetizzabile in tempi brevi²⁵¹.

Inoltre non potranno essere considerati prontamente liquidabili i beni indivisi e le *res litigiosae*, ed infine non è da escludere che non vengano considerati tra i beni prontamente liquidabili quelli diretti al sostentamento del debitore²⁵².

La presenza della situazione di perdurante squilibrio tra questi due elementi all'interno del patrimonio del debitore può determinare due condizioni molto differenti che si possono presentare alternativamente, da un lato una "rilevante difficoltà di adempiere" e dall'altro una "definitiva incapacità di adempiere regolarmente"²⁵³. Secondo parte della dottrina²⁵⁴ tali situazioni sono riconducibili rispettivamente nella nozione di "crisi reversibile" (la prima situazione) e di "crisi irreversibile" (la seconda situazione).

La prima di tali condizioni si presenta come una condizione di difficoltà ma non di totale impotenza del debitore ad adempiere, che pertanto, se presa in tempo, può salvare il debitore da una ben più grave crisi. Tale situazione si differenzia molto dalla definizione d'insolvenza presente nell' art. 5 della

²⁵¹ L. PANZANI, *La composizione della crisi da sovraindebitamento dopo il D.L. 179/2012*, cit. p. 26 s.

²⁵² L. MODICA, *Profili giuridici del sovraindebitamento*, cit., p. 351 s.

²⁵³ In realtà queste due situazioni da cui può avere origine lo stato di sovraindebitamento, come abbiamo visto già nel primo capitolo (vedi nota 6), nell'originario testo di legge n. 3/2012 non si presentavano come alternative ma concorrenti, esse dovevano essere entrambe presenti ed erano unite dalla congiunzione "nonché", anziché da quella di "ovvero". I motivi di questo parziale cambiamento di definizione del concetto di sovraindebitamento che si è avuta col n. d.l. 179/2012 sono da attribuirsi al fatto che con il nuovo testo di legge si promuove da un lato una procedura che garantisca il risanamento aziendale dell'imprenditore non fallibile, dall'altro una procedura che favorisca l'uscita del consumatore dalla crisi, secondo quanto emerge in I. LOMBARDINI, *I nuovi procedimenti di composizione della crisi da sovraindebitamento e liquidazione del patrimonio*, in B. CAPPONI et al. (a cura di), *Il processo esecutivo liber amicorum Romano Vaccarella*, cit., p. 1147 s.

²⁵⁴ G. FALCONE, *Il trattamento normativo del sovraindebitamento del consumatore*, in A. BENOCCI et al. (a cura di), *Studi per Franco Belli*, Pacini, Pisa, 2014, p. 622 ss.

disciplina della legge fallimentare in cui viene invece descritta e presa in considerazione una situazione di vera e propria impotenza economica²⁵⁵.

Diversamente la seconda condizione viene classificata come di crisi irreversibile per via dell'utilizzo del termine "*definitiva incapacità*" ed è più assimilabile al concetto d'insolvenza commerciale così come in precedenza descritto²⁵⁶.

Tuttavia il concetto d'insolvenza presente nella disciplina della l. fall. (art 5 co. 2 l. fall.)²⁵⁷ pur descrivendo anch'esso una situazione non transitoria ed irreversibile²⁵⁸, non coincide perfettamente con quello presente nella disciplina del sovraindebitamento sotto alcuni punti: il primo punto di natura descrittiva e gli altri di natura concettuale.

La prima differenza tra i due concetti riguarda la tecnica espositiva utilizzata per spiegare i due fenomeni²⁵⁹.

L'art 5 co. 2 l. fall. infatti non contiene una definizione d'insolvenza ma descrive come essa si manifesti, diversamente l'art. 6 l. n. 3/2012 parte da una definizione di sovraindebitamento.²⁶⁰

L'altra differenza, di tipo concettuale, riguarda il diverso uso dei termini presente all'interno dei due articoli. Da un lato, nell'art. 5 co. 2 l. fall. troviamo il termine "*soddisfare*" riferito alle obbligazioni di cui si è fatto carico il debitore, dall'altro invece nell'art. 6 l. n. 3/2012 troviamo quello di "*adempiere*" sempre riferito alle obbligazioni del debitore.

²⁵⁵ L'art. 5 della l. fall. , rubricato *Stato di insolvenza*, prevede che :

"L'imprenditore che è in stato di insolvenza è dichiarato fallito.

Lo stato di insolvenza si manifesta con inadempimenti od altri fatti esteriori, i quali dimostrino che il debitore non è più in grado di soddisfare regolarmente le proprie obbligazioni?".

²⁵⁶ L. PANZANI, *La composizione della crisi da sovraindebitamento dopo il d.l. 179/2012*, cit., p. 27 s.

²⁵⁷ L'art. 5. co. 2 l. fall. definisce testualmente l'insolvenza come <<*Inadempimenti od altri fatti esteriori, i quali dimostrino che il debitore non è più in grado di soddisfare regolarmente le proprie obbligazioni.*>> .

²⁵⁸ I.LOMBARDINI, *I nuovi procedimenti di composizione della crisi da sovraindebitamento e liquidazione del patrimonio*, in B. CAPPONI et al. (a cura di), *Il processo esecutivo liber amicorum Romano Vaccarella*, cit., p. 1146 s

²⁵⁹ I. LOMBARDINI, *I nuovi procedimenti di composizione della crisi da sovraindebitamento e liquidazione del patrimonio*, in B. CAPPONI et al. (a cura di), *Il processo esecutivo liber amicorum Romano Vaccarella*, cit., p. 1146 s.

²⁶⁰ G. BRESCIA et al., *Composizione della crisi da sovraindebitamento*, cit, p. 34 s.

Tale scelta non è stata casuale per il legislatore, ma mirata ad inserire nel concetto generale di “*soddisfare le obbligazioni*” tutta una serie di modalità di estinzione dell’obbligazione che si possono anche protrarre nel tempo, come è solito che avvenga all’interno di un’attività dinamica come quella di tipo commerciale²⁶¹. Il termine “*soddisfare le obbligazioni*” è, infatti, di carattere generale e comprende ogni modalità satisfattiva di estinzione dell’obbligazione quali, oltre all’adempimento, la compensazione (1243 c.c.) e la confusione (1253 c.c.).

Diversamente, il secondo termine, ovvero l’*adempimento*, è di carattere speciale ed è il principale modo con cui si estingue normalmente un’obbligazione. Si pone pertanto in rapporto di genere-specie con l’insieme delle modalità di estinzione delle obbligazioni, ricomprese nel termine *soddisfare*, presente nella definizione d’insolvenza.

Si ritiene che la scelta di utilizzare termini così diversi tra loro, uno di carattere generale, l’altro speciale, sia stata voluta.

Si è pensato di utilizzare il termine *adempimento* per il concetto di sovraindebitamento, che può avere origine sia da situazioni più vicine a quelle dell’insolvenza civile, quando si ha come protagonista del sovraindebitamento il consumatore, sia da situazioni più vicine a quelle dell’insolvenza commerciale, nel momento in cui il protagonista è un imprenditore che non può accedere al fallimento. Tale scelta del legislatore di non rinviare totalmente al termine dell’insolvenza presente nella legge fallimentare è conseguenza quindi del fatto che i soggetti destinatari delle

²⁶¹ In realtà il termine “*soddisfare*” i crediti viene utilizzato anche nella l. n. 3/2012 all’art. 8, co. 1, quando si parla del contenuto del piano proposto dal debitore. Tale articolo afferma: <<La proposta di accordo o di piano del consumatore prevede la ristrutturazione dei debiti e la soddisfazione dei crediti attraverso qualsiasi forma, anche mediante cessione dei crediti futuri.>>.

Secondo G. GIANNELLI, *Il procedimento di composizione della crisi da sovraindebitamento, (La tutela dei creditori dell’insolvente civile tra regole di concorso e meritevolezza d’interessi)*, in F. PARENTE, L. RUGGERI (a cura di), *Attività di liquidazione e tutela dei creditori*, cit., p. 194 s. questa distinzione di termini utilizzata all’interno della stessa legge n. 3/2012 non è contraddittoria in quanto il concetto di difficoltà o incapacità di “*adempiere*” le obbligazioni è un concetto di natura statica già presente nell’insolvenza civile e viene utilizzato per descrivere l’origine dello stato di crisi, mentre il concetto di “*soddisfazione*” dei crediti, concetto più dinamico, si riferisce al momento di composizione della crisi in cui viene proposto il piano destinato ad articolarsi nel tempo.

procedure previste dalla l. n. 3/2012 sono soggetti non fallibili e non necessariamente imprenditori²⁶².

In questo senso si giustifica il riferimento alla incapacità di adempiere alle obbligazioni con riferimento a tutte le categorie di debitori suscettibili di accedere alla disciplina del sovraindebitamento²⁶³.

Inoltre a nostro avviso, la scelta del legislatore di utilizzare concetti diversi è stata dettata dalla volontà di prendere le distanze dalla disciplina di diritto fallimentare, anche se tuttavia l'utilizzo di un termine più restrittivo, quale quello di "adempimento" può in alcuni casi aver comportato una limitazione alle modalità di estinzione delle obbligazioni del debitore sovraindebitato.

La scelta di ricondurre l'elemento oggettivo del sovraindebitamento a due situazioni economiche molto differenti, una di tipo reversibile e l'altra di tipo irreversibile (diversamente dalla legge fallimentare, che riconduce il sovraindebitamento ad una mera condizione di irreversibilità economica), a nostro avviso, è stata dettata da un duplice intento.

Da una lato, infatti, è tesa ad incentivare individui sovraindebitati a fare ricorso a tali strumenti per risanare la propria posizione debitoria prima che essa assuma caratteri di irreversibilità.

Dall'altro è finalizzata, come conseguenza del primo motivo sopra citato, a tutelare indirettamente gli stessi creditori, i quali non hanno la facoltà di dare impulso al procedimento e chiedere pertanto tutela prima che la situazione economica del debitore diventi irreparabile: attraverso la possibilità per il debitore di accedere a tale procedura anche nel caso di situazioni reversibili, i creditori sono indirettamente tutelati.

Inoltre la scelta del legislatore di elaborare una nozione di sovraindebitamento così ampia ed elastica, non incasellata in determinate fattispecie, è stata anche finalizzata a consentire una valutazione più discrezionale al giudice, meno meccanica, così da garantire tutela ad un eterogeneo nucleo di situazioni debitorie.

²⁶² F. VERDE, *Il sovraindebitamento*, cit., p. 19 s.

²⁶³ F. VERDE, *Il sovraindebitamento*, cit., p. 19 s.

Tuttavia la valutazione svolta dal giudice della situazione di sovraindebitamento del debitore, a nostro avviso, non è semplice, soprattutto se ad essere sovraindebitato è il consumatore.

Infatti, il consumatore non esercita attività d'impresa commerciale, e pertanto non è tenuto a documentare ogni singolo movimento di natura economica mediante la tenuta dei registri di contabilità e questo rende piuttosto difficile avere un quadro completo della sua situazione economica, in quanto non esiste un registro di contabilità domestica.

Inoltre il giudice, qualora dovesse vietare al consumatore l'accesso al predetto procedimento per l'assenza dell'elemento oggettivo, dovrebbe motivare la sua decisione dimostrando che sussiste la capacità economica in mano al debitore di riequilibrare la propria esposizione debitoria.

Tutti questi elementi fanno ritenere che il giudice, salvo situazioni particolari, si troverà nella maggior parte dei casi propenso a dichiarare sussistente il presupposto oggettivo del sovraindebitamento.

1.3.2. *Il presupposto soggettivo: la qualifica di consumatore nelle prime interpretazioni*

Presupposto soggettivo, necessario per accedere, oltre agli altri due procedimenti, alla disciplina del piano del consumatore, è la qualifica di consumatore, descritta dall'art 6, co. 2, lett. b) della l. n. 3/2012 che recita che il consumatore è: <<*Il debitore persona fisica che ha assunto obbligazioni esclusivamente per scopi estranei all'attività imprenditoriale o professionale eventualmente svolta.*>>

Pertanto ad una prima analisi, che approfondiremo nel corso di questo paragrafo, per la qualifica di consumatore è necessario che si concilino l'elemento della *persona fisica* (elemento soggettivo), con quello degli scopi per cui tale individuo ha assunto le proprie obbligazioni (elemento oggettivo), che devono essere di natura esclusivamente privata e personale.

Cercando di ricostruire la nozione di consumatore presente nella legge n. 3/2012, attualmente vigente, il primo elemento²⁶⁴ da prendere in considerazione, è quello di “*persona fisica*”²⁶⁵.

Tale elemento circoscrive di gran lunga la categoria del consumatore portando ad escludere da essa non solo tutte le persone giuridiche²⁶⁶ che esercitano attività lucrativa o meno, ma anche altre categorie di soggetti che fuoriescono dal concetto di *persona fisica*, e che tuttavia non hanno nemmeno la qualifica di persone giuridiche, come per esempio le associazioni non riconosciute (come partiti o sindacati), i comitati privi di personalità giuridica²⁶⁷ (come quelli di soccorso o beneficenza), le organizzazioni di volontariato e gli enti no profit (come enti di promozione sociale o onlus, che talvolta svolgono attività economica ma non a scopo lucrativo).

La scelta di circoscrivere la tutela fornita dal procedimento del piano del consumatore alle sole *persone fisiche* si fonda non tanto sulla tradizionale e, a nostro avviso, non sempre veritiera²⁶⁸, presunzione che le persone giuridiche

²⁶⁴ Come segnala F. VERDE, *Il sovraindebitamento*, cit., p. 27 ss. Il primo elemento è anche il più discusso.

²⁶⁵ Riguardo alla qualità di “*persona fisica*” del consumatore anche la Corte europea di giustizia si è espressa nella sentenza del 22 novembre 2011 in merito ad una Domanda pregiudiziale fatta dal giudice italiano sull’interpretazione della Direttiva europea 93/13/CEE in materia di clausole abusive, recepita in Italia con legge del 6 febbraio 1996 n. 52, affermando che : <<Il consumatore menzionato è unicamente una persona fisica, mentre la nozione di “professionista” si riferisce alle persone fisiche e giuridiche>>. In merito v. S. MAZZAMUTO, *Il contratto di diritto europeo*, Torino, Giappichelli, 2015, p. 158 s.

²⁶⁶ Nel codice civile non è contenuta una definizione normativa di *persone giuridiche*. Infatti il nostro codice si limita solamente a distinguere e disciplinare tali soggetti dotati di personalità senza presentarne una definizione ben precisa. Essi sono disciplinati rispettivamente nel primo e nel quinto libro del c.c. e si distinguono in due gruppi, le persone giuridiche *pubbliche*, come le province, i comuni e gli enti pubblici (art. 11 c.c.), e le persone giuridiche *private*, come le associazioni, le fondazioni giuridicamente riconosciute (regolate nel Libro I, c.c.) o le società (regolate nel Libro V c.c.).

²⁶⁷ Si è in dubbio se possa esistere un comitato con personalità giuridica, in quanto tra le possibili aggregazioni di individui aventi personalità giuridica non sono annoverati anche i comitati, tuttavia, l’art. 41 c.c. nel parlare della responsabilità giuridica dei componenti di un comitato afferma : << Qualora il comitato non abbia ottenuto la personalità giuridica, i suoi componenti rispondono personalmente e solidalmente delle obbligazioni assunte. I sottoscrittori sono tenuti soltanto a effettuare le obbligazioni promesse>>.

²⁶⁸ In merito a questo parte della dottrina si è trovata d’accordo nel ritenere che pure le persone giuridiche possano versare in una condizione di debolezza contrattuale nei confronti delle controparti commerciali e basandosi su tale premessa ha affermato che in tali situazioni pure le persone giuridiche dovrebbero poter essere qualificate come consumatori e godere delle apposite tutele, secondo quanto emerge in L. MEZZASOMA,

o una qualsiasi aggregazione di individui legalmente riconosciuta o meno abbiano una maggiore forza contrattuale, rispetto alle mere persone fisiche, essendo soggetti dotati di una struttura più complessa e organizzata.

La ragione della scelta, secondo gran parte della dottrina²⁶⁹, risiede piuttosto nel fatto che le *persone giuridiche* o qualunque altra aggregazione formata da una pluralità d'individui (anche non riconosciuta), perseguono nella loro attività, lucrativa o meno che sia, uno scopo unitario che può essere di vario genere, non solo economico ma anche sociale o benefico, comunque estraneo a scelte di natura privata.

Infatti, il presupposto soggettivo per accedere alla tutela del sovraindebitamento non si esaurisce nell'essere una *persona fisica*, ma è strettamente legato al secondo elemento caratterizzante, ovvero allo scopo dell'attività svolta.

La qualifica di consumatore, presente nell'art 6 l. n. 3/2012 e nell'art. 3 del codice di consumo²⁷⁰ è quella di *persona fisica* che agisce per scopi che non riguardano l'attività imprenditoriale o professionale eventualmente svolta²⁷¹, ma per soddisfare interessi di carattere privato e quotidiano.

L'art. 6 secondo periodo infatti afferma che il consumatore è colui che: <<Ha assunto obbligazioni esclusivamente per scopi estranei all'attività imprenditoriale o professionale eventualmente svolta>>.

Il consumatore e il professionista, in G. RECINTO, L. MEZZASOMA, S. CHERTI (a cura di), *Diritti e tutele dei consumatori*, cit., p. 18 ss.

²⁶⁹ F. VERDE, *Il sovraindebitamento*, cit., p. 27 ss.

²⁷⁰ L'art. 3 cod. cons. definisce il consumatore come : <<La persona fisica che agisce per scopi estranei all'attività imprenditoriale, commerciale, artigianale o professionale eventualmente svolta>>. Sulla nozione di consumatore e di professionista nel codice del consumo v. E.M.TRIPODI- E. BATTELLI, *Concetti generali*, in E.M. TRIPODI- E.BATTELLI (a cura di) *Codice del consumatore*, IPSOA, 2006, p.11 ss.; sulla nozione di consumatore e di professionista v. anche L. MEZZASOMA, *Il consumatore e il professionista*, in G. RECINTO, L.MEZZASOMA, S. CHERTI, *Diritti e tutele dei consumatori*, E.S.I., Napoli, 2014, p. 13 ss.

²⁷¹ Tale elemento oggettivo, che caratterizza la figura del consumatore descritta nel Codice del Consumo, comporta, secondo parte della dottrina, un'assenza di tutela nei confronti di tutte quelle *persone fisiche* che contrattino per scopi connessi alla propria attività imprenditoriale o professionale eventualmente svolta e si trovino in una situazione di debolezza contrattuale ed economica nei confronti di altri operatori commerciali, i quali, per il proprio potere economico, possano essere definiti rispetto ad esse i contraenti forti del rapporto contrattuale, secondo quanto afferma L. MEZZASOMA, *Il consumatore e il professionista*, in G. RECINTO, L. MEZZASOMA, S. CHERTI (a cura di), *Diritti e tutele dei consumatori*, cit., p. 20 s.

Pertanto nell'art. 6 della legge citata emerge che il consumatore è preso in considerazione come un individuo che agisce per raggiungere determinati scopi, quali quelli dell'acquisto di beni personali.

Non emerge, invece, che la nozione di consumatore sia ricondotta ad una classe sociale, né ad uno *status* giuridico, né ad una categoria di individui.

La nozione di consumatore è sempre stata in realtà un po' controversa, in quanto il legislatore ha sempre utilizzato la locuzione "*il consumatore è*" (come per esempio risulta nell'art. 3 cod. cons.) proprio come se esistesse nel nostro ordinamento uno *status* giuridico di consumatore²⁷², mentre non ha mai utilizzato la dicitura "debito contratto *in qualità* di consumatore" così da rendere la qualifica di consumatore una mera qualità occasionale di un individuo.

Inoltre, nel codice del consumo vengono presentati all'art. 3 parallelamente due soggetti distinti: quello di consumatore e quello di professionista²⁷³, come se tali individui siano necessariamente distinti e non possa esistere un individuo qualificabile contemporaneamente sia consumatore che professionista.

Premesso ciò, sono emersi due principali filoni interpretativi sia all'interno della dottrina che nella giurisprudenza riguardo ai soggetti che possono accedere al procedimento del piano del consumatore.

Una parte della dottrina²⁷⁴, specie nei primi commenti alla legge, ha privilegiato un'interpretazione più restrittiva e letterale, ritenendo che dal dato testuale della legge non sembrasse consentito l'accesso al piano anche agli altri individui *non fallibili*.

²⁷² Il d.lgs. 206/2005, art 3, c. 1, lett. a) infatti afferma : <<Consumatore o utente: la persona fisica che agisce per scopi estranei all'attività imprenditoriale o professionale eventualmente svolta>> e l'art 1, co. 2, del d.l. 212/2011 riprende tale definizione alla lett. b) affermando : <<Il sovraindebitamento dovuto prevalentemente all'inadempimento di obbligazioni contratte dal consumatore, come definito dal codice del consumo di cui al decreto legislativo 6 settembre 2005 n. 206>>.

²⁷³ Il primo identificato come un soggetto che agisce occasionalmente per scelte di natura quotidiana e legate ai propri bisogni familiari. Il secondo come un individuo che agisce in maniera professionale e con un bagaglio informativo finalizzato a fare una scelta economica più efficiente. In proposito v. *supra* § 1 nota 2 Cap. I.

²⁷⁴ V. R. BATTAGLIA, *I nuovi procedimenti di composizione della crisi da sovraindebitamento dopo il maquillage della L. n. 3/2012*, in *Il Fallimento*, n. 12/2013, p. 1435 s.

Diversamente, sulla base di una interpretazione letterale, sembra che il consumatore, a norma dell'art. 7, co. 1-bis²⁷⁵ possa accedere sia alla procedura premiale del piano, che a quella dell'accordo di composizione della crisi.

Il piano del consumatore appariva, infatti, *prima facie* come un procedimento specifico, previsto solo per chi avesse lo *status* di consumatore.

Questa opzione interpretativa è ricavabile dalla relazione introduttiva alla legge n. 3 del 2012, che forniva anch'essa un criterio interpretativo restrittivo all'interprete. Tale relazione prevedeva che, qualora fossero emerse nella situazione economica del debitore obbligazioni miste, alcune legate alla propria attività imprenditoriale, altre a scelte di natura privata, si sarebbe potuto accedere solo alla procedura di accordo per la composizione della crisi²⁷⁶ o a quella di liquidazione del patrimonio.

Nelle prime pronunce giurisprudenziali di merito²⁷⁷ si registra un'analisi molto rigorosa sul tipo di obbligazioni contratte dal debitore e sugli scopi per cui esse erano state assunte, con la conseguenza di consentire l'accesso al piano del consumatore solamente a chi avesse contratto obbligazioni per scopi esclusivamente di natura privata²⁷⁸.

Altra parte della dottrina²⁷⁹, ha invece adoperato un'interpretazione estensiva della nozione di consumatore, concludendo che anche debitore *non fallibile* purché persona fisica può accedere ad entrambi i procedimenti di

²⁷⁵L'art 7, co. 1-bis infatti recita <<Fermo il diritto di proporre ai creditori un accordo ai sensi del comma 1, il consumatore in stato di sovraindebitamento può proporre, con l'ausilio degli organismi di composizione della crisi di cui all'articolo 15 con sede nel circondario del tribunale competente ai sensi dell'articolo 9, comma 1, un piano contenente le previsioni di cui al comma 1.>> .

²⁷⁶ La Relazione introduttiva alla l. n. 3/2012 afferma: <<In presenza di masse debitorie composite il debitore potrà accedere alla sola procedura di accordo di composizione della crisi.>>.

²⁷⁷ V. Tribunale di Bergamo, ord. 12 dicembre 2014 in *www.ilcaso.it.*, che in particolare ha escluso che possa può essere ammesso al beneficio del sovraindebitamento il soggetto gravato da obbligazioni derivanti anche e soprattutto dalla prestazione di garanzie personali (nella specie fidejussioni) nell'interesse di società esercente attività di impresa.; Tribunale di Milano, ord. 16 maggio 2015, in *www.ilcaso.it.*

²⁷⁸ In questo senso Trib. Monza, decreto 2 aprile 2014, in relazione al quale si è pronunciata la Cassazione con la sentenza n. 1869 del 2016 esaminata nel successivo paragrafo: la sentenza di legittimità, pur dichiarando inammissibile il ricorso, ha pronunciato un principio di diritto nell'interesse della legge in senso contrario a quanto affermato dal giudice di Monza.

²⁷⁹ I. ARCURI, P. BOSTICCO, *Il piano di risanamento attestato e il nuovo sovraindebitamento*, Guiffré, Milano, 2014, p. 146 s.

composizione della crisi previsti dalla l. n. 3/2012²⁸⁰ (piano del consumatore ed accordo di composizione) a seconda che gli scopi per cui egli abbia agito siano stati legati alla propria attività professionale o imprenditoriale o a bisogni personali di natura quotidiana. Tale tesi si basa sul fatto che la precisazione riguardante gli scopi per cui agisce la *persona fisica*, presente sia nel codice del consumo, che nella disciplina del sovraindebitamento induce a ritenere che in entrambi i provvedimenti normativi, nonostante qualche contraddizione, il legislatore abbia voluto includere la tutela di una vasta gamma d'individui²⁸¹.

Del resto, nella disciplina del sovraindebitamento del consumatore non sembrano essere espressamente escluse dalla nozione di consumatore le persone fisiche *non fallibili*, come professionisti²⁸² o piccoli imprenditori²⁸³, nel caso in cui il loro indebitamento derivi da obbligazioni assunte per scopi estranei alla propria attività professionale o imprenditoriale.

L'unica pronuncia di legittimità finora intervenuta sul tema²⁸⁴, come vedremo nel prossimo paragrafo, ha fatto propria una nozione ampia dei requisiti soggettivi di accesso al piano del consumatore.

²⁸⁰ Ossia: l'accordo per la composizione della crisi e il piano del consumatore, secondo quanto emerge nella l. n. 3/2012.

²⁸¹ G. FALCONE, *Il trattamento normativo del sovraindebitamento del consumatore*, in A. BENOCCI et al. (a cura di), *Studi per Franco Belli*, cit., p.624 s.

²⁸² V. in proposito R. BATTAGLIA, *La composizione della crisi da sovraindebitamento del debitore non fallibile: alcuni profili problematici*, in *Il diritto fallimentare e delle società commerciali*, n. 3-4-2012, p. 430 ss.

²⁸³ Tale interpretazione in via teorica è corretta, tuttavia occorre precisare che dal punto di vista pratico mentre per un professionista non crea grande difficoltà scindere i debiti derivanti dalla propria attività professionale e quelli che nascono da scelte private, diversa è la situazione del piccolo imprenditore (che è però la più comune) a cui invece risulterebbe difficile individuare i debiti che ha contratto per esigenze di natura privata rispetto a quelli generati dalla propria attività economica, secondo quanto emerge in I. ARCURI, P. BOSTICCO, *Il piano di risanamento attestato e il nuovo sovraindebitamento*, cit., p. 147 s.

²⁸⁴ Per quanto riguarda la giurisprudenza vedremo tra poco che con la sentenza della Corte di Cassazione n. 1869/2016 è stato confermato tale orientamento, mentre per quanto riguarda la dottrina tale indirizzo emerge in: I. ARCURI, P. BOSTICCO, *Il piano di risanamento attestato e il nuovo sovraindebitamento*, cit., p. 146, ss. ed in F. VERDE, *Il sovraindebitamento*, cit., p. 30 ss.

1.3.3. Il presupposto soggettivo: il consumatore nella prima pronuncia di legittimità

Recentemente è intervenuta la prima pronuncia di legittimità in materia di sovraindebitamento, proprio sul tema della nozione di consumatore presa in considerazione dalla legge.

Con la sentenza n. 1869 del 1 febbraio 2016 la Corte di Cassazione ha fornito una definizione di consumatore e del tipo di obbligazioni che possono essere sottoposte alla procedura del piano del consumatore più ampia di quella finora elaborata dalle prime pronunce di merito nelle interpretazioni della norma riportate nel paragrafo precedente²⁸⁵.

La Corte, infatti, analizza la figura del consumatore valutando la natura delle obbligazioni che questi ha contratto e dei suoi oneri tributari.

La Corte in effetti dichiara inammissibile il ricorso avverso il decreto del Tribunale di Monza, in cui veniva data un'interpretazione restrittiva al termine "esclusivamente" ritenendo che fosse da ritenersi consumatore solo colui che avesse contratto obbligazioni o oneri tributari²⁸⁶ che fossero estranei alla propria attività imprenditoriale o professionale eventualmente svolta.

Tuttavia, per l'importanza della questione affrontata, ha ritenuto di pronunciare ugualmente un principio di diritto nell'interesse della legge,

²⁸⁵ Questa è la massima ufficiale, che tuttavia forse non rende fede fino in fondo all'interpretazione estensiva che sembra emerga dal contesto della pronuncia : << La nozione di "consumatore abilitato al piano", quale modalità di ristrutturazione del passivo e per l'esercizio delle altre prerogative previste dalla l. n. 3 del 2012, pur non escludendo il professionista o l'imprenditore - attività non incompatibili purché non residuino o, comunque, non siano più attuali obbligazioni sorte da esse e confluite nell'insolvenza -, comprende solo il debitore, persona fisica, che abbia contratto obbligazioni, non soddisfatte al momento della proposta di piano, per far fronte ad esigenze personali, familiari ovvero attinenti agli impegni derivanti dall'estrinsecazione della propria personalità sociale e, dunque, anche a favore di terzi, ma senza riflessi diretti in un'attività d'impresa o professionale propria, salvi solo gli eventuali debiti di cui all'art. 7, comma 1, terzo periodo (tributi costituenti risorse proprie dell'Unione europea, imposta sul valore aggiunto e ritenute operate e non versate) che vanno pagati in quanto tali, sulla base della verifica di effettività solutoria commessa al giudice nella sede di cui all'art. 12 bis, comma 3, della l. n. 3 del 2012>>.

²⁸⁶ Il Tribunale di Monza infatti analizzando l'art 7 co.1, terzo periodo, l. n. 3/2012 che affermava : <<In ogni caso, con riguardo ai tributi costituenti risorse proprie dell'Unione Europea, all'imposta sul valore aggiunto ed alle ritenute operate e non versate, il piano può prevedere esclusivamente la dilazione del pagamento>> riteneva che esso si riferisse non agli oneri tributari in genere ma solo a quelli non derivanti dall'attività professionale, secondo quanto emerge in Cass. n. 1869/2016.

come previsto dall'art. 363, terzo comma, c.p.c., proprio in relazione al requisito soggettivo per accedere al piano.

La Corte afferma che l'impianto dell'art. 6 della l. 3/2012 si presta ad una lettura non univoca in quanto, pur contenendo una nozione di consumatore di per sé più specifica di quella contenuta nel codice del consumo (tracciata dal riferimento ad atti esclusivamente compiuti per scopi estranei all'attività imprenditoriale o professionale eventualmente svolta), non chiarisce se la persona fisica che può fruire dei benefici del piano del consumatore possa essere anche un professionista o un imprenditore che svolge attualmente questa attività.

La Corte rileva, infatti, che l'art. 7 co. 1, terzo periodo²⁸⁷ prevede che per tutte le forme d'imposizione fiscale legate ad un'attività professionale o imprenditoriale l'accordo di composizione della crisi potrà contemplare solo la dilazione di pagamento.

La Corte fa notare che tale disciplina viene successivamente richiamata dall'art. 12 bis co. 3²⁸⁸ che tratta dell'omologazione del piano del consumatore facendo quindi dedurre che pure il consumatore possa avere tra i suoi debiti oneri di natura fiscale collegati solitamente allo svolgimento di un'attività professionale o imprenditoriale di un individuo.

La Corte, inoltre, rileva che l'art. 7, co. 2 lett. a) tra i requisiti di ammissibilità per l'accesso alle procedure previste dalla l. n. 3/2012 indica che non può accedere ai procedimenti citati il debitore "*anche consumatore*" che sia soggetto a procedure concorsuali diverse da quelle regolate dal presente capo.

Infine la Corte evidenzia che lungo il testo di legge emergono numerose disposizioni (quali l'art. 9, co. 3, l'art. 14 quinquies co. 2 lett. c), l'art. 16 co. 1 lett. b)) riferite ad entrambi i procedimenti, sia quello dell'accordo che quello del piano del consumatore, in cui non viene mai precisato quale sia il

²⁸⁷ L'art. 7 co. 1 terzo periodo recita : <<In ogni caso, con riguardo ai tributi costituenti risorse proprie dell'Unione europea, all'imposta sul valore aggiunto e dalle ritenute operate e non versate, il piano può prevedere esclusivamente la dilazione del pagamento>>.

²⁸⁸ L'art. 12 bis co. 3 afferma : <<L'idoneità dello stesso ad assicurare il pagamento dei crediti impignorabili, nonché dei crediti di cui all'articolo 7, comma 1, terzo periodo>>.

destinatario di tali disposizioni, bensì viene sempre utilizzato il termine generale “debitore” come per voler dire che in realtà le disposizioni sono indirizzate a tutti gli individui, dato che il consumatore non si esclude che possa essere anche un imprenditore o un professionista²⁸⁹.

La Corte però oltre a fare queste riflessioni che non si discostano dall’interpretazione estensiva già praticata dalla dottrina, fa di più.

Essa si sofferma sul termine “eventualmente svolta” presente nell’art. 6 della legge interrogandosi sul fatto se l’utilizzo del participio passato possa voler indicare che l’attività economica eventualmente praticata dal consumatore, debba essere ormai conclusa, o se invece possa anche essere attualmente svolta dal consumatore.

La Corte risponde al suo stesso quesito affermando che l’attività economica o professionale possa essere anche attualmente svolta, salvo però che non abbia creato debiti residui da annoverarsi tra quelli sottoposti al procedimento del piano del consumatore.

In conclusione, la nozione di consumatore che sembra emergere dalla ricostruzione operata da Cass. n. 1896/2016 è questa: il debitore che può accedere alle procedure di sovraindebitamento (anche a quella riservata al consumatore) deve essere esclusivamente una persona fisica, normalmente non sarà un imprenditore o professionista, ma può essere anche un soggetto che abbia svolto attività imprenditoriale o professionale in passato, e perfino un soggetto che svolga attualmente una attività professionale o imprenditoriale, purchè i debiti che lo costringono a chiedere l’accesso alle

²⁸⁹ Si elencano qui in sequenza i vari articoli citati:

art 9, co. 3 : << Il debitore che svolge attività d'impresa deposita altresì le scritture contabili degli ultimi tre esercizi, unitamente a dichiarazione che ne attesta la conformità all'originale>>.

Art 14-quinquies co. 2 lett. c) : <<Stabilisce idonea forma di pubblicità della domanda e del decreto, nonché, nel caso in cui il debitore svolga attività d'impresa, l'annotazione nel registro delle imprese>>

Art 16, co. 1 lett. b) : <<Al fine di ottenere l'accesso alle procedure di cui alle sezioni prima e seconda del presente capo, produce documentazione contraffatta o alterata, ovvero sottrae, occulta o distrugge, in tutto o in parte, la documentazione relativa alla propria situazione debitoria ovvero la propria documentazione contabile>>.

misure per il sovraindebitamento non attengano alla sua attività professionale.

1.4. *La natura giuridica del piano del consumatore*

Il procedimento riservato al consumatore, disciplinato dagli artt. 6-14 bis e denominato “piano del consumatore”, si differenzia dal successivo procedimento denominato “accordo per la composizione della crisi” accessibile, come si è indicato in precedenza, da altri soggetti non fallibili, principalmente perché non necessita, per la sua approvazione, dell’accordo anche solo di una parte del ceto creditorio, ma si fonda su un piano, unilateralmente predisposto dal debitore ed approvato dal giudice.

Il consumatore, infatti, redige un piano finanziario, in cui espone i modi e tempi in cui intende ristrutturare i propri debiti, che, anziché essere approvato con una deliberazione dei creditori, viene proposto direttamente al giudice *inaudita altera parte*.

Il giudice valuta la fattibilità e meritevolezza del piano, senza che sia necessario alcun consenso dei creditori, i quali potranno solo contestare la convenienza del piano (art. 12-bis)²⁹⁰.

La dottrina²⁹¹ si è a lungo interrogata sulla natura giuridica di tale piano, sulla sua costituzionalità e sulla sua similarità o meno con altri istituti già presenti nel nostro ordinamento.

²⁹⁰ M. QUARANTA, *L'accordo e il piano del consumatore*, in S. DE MATTEIS, N. GRAZIANO (a cura di), *Crisi da sovraindebitamento. Ovvero il fallimento del consumatore*, cit., p. 37 s.

²⁹¹ M. QUARANTA, *L'accordo e il piano del consumatore*, in S. DE MATTEIS, N. GRAZIANO (a cura di), *Crisi da sovraindebitamento. Ovvero il fallimento del consumatore*, cit., p. 37 s.; F. VERDE, *Il sovraindebitamento*, Bari, 2014, p. 132 s.; F. DI MARZIO, *Introduzione alle procedure concorsuali in rimedio del sovraindebitamento*, in F. DI MARZIO, F. MACARIO, G. TERRANOVA (a cura di), *La “nuova” composizione della crisi da sovraindebitamento*, Guiffrè, Milano, 2013, p. 13 s.; A. FABBRI, *Sovraindebitamento, Consumer bankruptcy, discrezionalità del giudice civile*, in B. CAPPONI et al.(a cura di.), *Il processo esecutivo, liber amicorum Romano Vaccarella*, cit., p. 1087 s.

1.4.1. *Il piano come proposta*

Per quanto riguarda la natura giuridica del piano, la dottrina si è inizialmente domandata se il piano abbia valore di “*proposta*.”

Infatti, l’art. 9 co. 3-bis della l. n. 3/2012 associa il termine proposta al piano elaborato dal consumatore²⁹².

La formazione del contratto passa, nella disciplina del codice civile, attraverso lo scambio di proposta e accettazione, disciplinato nel Libro IV, Titolo II, Capo I del nostro codice civile, nel titolo dedicato ai contratti in generale, all’interno della sezione I dedicata all’accordo delle parti. (artt. 1326 ss. c.c.)

Il contratto, com’è noto, si forma in forza della convergenza della volontà di due o più parti su una medesima dichiarazione, volta a costituire, modificare o estinguere un rapporto giuridico patrimoniale.

La formazione dell’accordo nasce quindi da una proposta, seguita dalla sua accettazione, la quale deve corrispondere esattamente alla proposta, sia nel suo contenuto che nella forma (art. 1326 ult. co. c.c.)²⁹³.

Il contratto, infatti, solitamente, è il risultato della convergenza di queste due dichiarazioni di volontà.

Da un lato abbiamo la proposta, ossia una dichiarazione elaborata da una delle parti tramite cui si offre all’altra parte di concludere un contratto con cui le parti possono decidere di costituire, regolare o estinguere un rapporto giuridico patrimoniale (art. 1321 c.c.).

Dall’altra abbiamo l’accettazione, ovvero una dichiarazione (o una diversa manifestazione di volontà) con cui la parte destinataria della proposta dà il proprio consenso a stipulare il contratto così com’è stato formulato nella proposta.

²⁹² L’art. 9 co. 3 bis infatti afferma : <<Alla **proposta** di piano del consumatore è altresì allegata una relazione particolareggiata dell’organismo di composizione della crisi>>.

²⁹³ Infatti se l’accettazione ha dei contenuti che non corrispondono a quelli presenti nella proposta, essa non è un’accettazione ma è una controproposta, secondo quanto afferma l’art. 1326 c.c. ultimo comma : <<Un’accettazione non conforme alla proposta equivale a nuova proposta>>. V. ZATTI, V. COLUSSI, *Lineamenti di diritto privato*, cit, p. 403 s.

Tuttavia è previsto nel nostro ordinamento la possibilità che il contratto non si concluda necessariamente con lo scambio di queste due dichiarazioni di volontà. In due casi è infatti previsto che l'accettazione possa mancare.

Il primo si ha quando, o per la natura dell'affare o per gli usi, l'esecuzione del contratto avvenga senza che ci sia una preventiva accettazione da parte del destinatario (art. 1327 c.c.)²⁹⁴.

Il secondo quando le obbligazioni derivino solo in capo alla parte proponente (art. 1333 c.c.)²⁹⁵ e quindi non sia necessario per la conclusione del contratto l'accettazione del destinatario, che conserva comunque la facoltà di rinunciare.

Analizzando la disciplina presente nel piano del consumatore essa tuttavia si discosta da quella presente nella disciplina dei contratti in generale appena descritta.

Infatti la "proposta" del piano non viene indirizzata ai creditori (parti dirette e attive del rapporto obbligatorio) né la sua approvazione viene subordinata ad una loro dichiarazione di volontà (non essendo seguita dalla loro dichiarazione di accettazione).

Per tali motivi è stato ritenuto dalla dottrina²⁹⁶ che il legislatore mostrando "una pessima tecnica legislativa"²⁹⁷ abbia utilizzato impropriamente il termine "proposta", presente nell'art. 9 co. 3-bis della l. n. 3/2012²⁹⁸.

²⁹⁴ L'art. 1327 c.c. infatti afferma: <<Qualora, su richiesta del proponente o per la natura dell'affare o secondo gli usi, la prestazione debba eseguirsi senza una preventiva risposta, il contratto è concluso nel tempo e nel luogo in cui ha avuto inizio l'esecuzione.

L'accettante deve dare prontamente avviso all'altra parte della iniziata esecuzione e, in mancanza, è tenuto al risarcimento del danno>>.

²⁹⁵ L'art. 1333 c.c. recita:

<<La proposta diretta a concludere un contratto da cui derivino obbligazioni solo per il proponente è irrevocabile appena giunge a conoscenza della parte alla quale è destinata.

Il destinatario può rifiutare la proposta nel termine richiesto dalla natura dell'affare o dagli usi. In mancanza di tale rifiuto il contratto è concluso>>.

²⁹⁶ F. VERDE, *Il sovraindebitamento*, cit., p. 132 s

²⁹⁷ Sempre F. VERDE, *Il sovraindebitamento*, cit., p. 132 s

²⁹⁸ L'art. 9 co. 3 bis infatti afferma : <<Alla proposta di piano del consumatore è altresì allegata una relazione particolareggiata dell'organismo di composizione della crisi>>.

Infatti, il piano non è indirizzato ai creditori, ai quali è concesso solo di fornire contestazioni o osservazioni (di cui l'art. 12-bis), ma ad una figura terza, quale è il giudice.

Il giudice, infatti, in questo procedimento, una volta ricevuto il piano, ha il potere di decidere se omologarlo o meno valutandone la fattibilità e la meritevolezza.

Tramite l'omologazione il piano, elaborato dal consumatore, produrrà effetti su tutti i creditori che saranno tenuti ad eseguirlo, (art. 12-ter co. 2).

Pertanto la natura giuridica del piano del consumatore, nelle prime opinioni dottrinarie, non viene ricondotta a quella di proposta contrattuale, ma, secondo la dottrina²⁹⁹, va piuttosto assimilata ad altri istituti.

1.4.2. *Il piano come concordato coattivo*

Gran parte della dottrina³⁰⁰, una volta esclusa la natura di “*proposta*” negoziale del piano, ha affermato che la sua natura giudica fosse inquadrabile nell'istituto del “*concordato coattivo*”.

Tale strumento giuridico è utilizzato in due procedimenti concorsuali di carattere amministrativo, ovvero la liquidazione coatta amministrativa (artt. 214 s. l. fall. n. 267/1942)³⁰¹ e il procedimento dell'amministrazione

²⁹⁹ F. DI MARZIO, *Introduzione alle procedure concorsuali in rimedio del sovraindebitamento*, in F. DI MARZIO, F. MACARIO, G. TERRANOVA (a cura di), *La “nuova” composizione della crisi da sovraindebitamento*, cit., p. 13 ss.

³⁰⁰ In proposito v. F. DI MARZIO, *Introduzione alle procedure concorsuali in rimedio del sovraindebitamento*, in F. DI MARZIO, F. MACARIO, G. TERRANOVA (a cura di), *La “nuova” composizione della crisi da sovraindebitamento*, cit., p. 13 ss. e A. FABBRI, *Sovraindebitamento, Consumer Bankruptcy, discrezionalità del giudice civile*, in B. CAPPONI, et al. (a cura di), *Il processo esecutivo, liber amicorum Romano Vaccarella*, cit., p. 1087 s.

³⁰¹ L'art. 214 l. fall. prevede: «L'autorità che vigila sulla liquidazione, su parere del commissario liquidatore, sentito il comitato di sorveglianza, può autorizzare l'impresa in liquidazione, uno o più creditori o un terzo a proporre al tribunale un concordato, a norma dell'articolo 124, osservate le disposizioni dell'articolo 152, se si tratta di società.

La proposta di concordato è depositata nella cancelleria del tribunale col parere del commissario liquidatore e del comitato di sorveglianza, comunicata dal commissario a tutti i creditori ammessi al passivo con le

straordinaria delle grandi imprese in stato d'insolvenza (artt. 78 ss. d.lgs. 8 luglio 1999 n. 270)³⁰².

Esso presenta numerosi elementi in comune con quelli che caratterizzano il piano del consumatore.

Nei procedimenti citati, il concordato coattivo si articola attraverso una proposta di concordato proveniente generalmente dal soggetto passivo del rapporto obbligatorio, quale l'impresa in liquidazione o la grande impresa in stato d'insolvenza³⁰³, rivolta al tribunale con l'intento di porre fine alla procedura di liquidazione o di amministrazione straordinaria, secondo le condizioni presenti in tale richiesta.

In tali procedimenti, come del resto nel piano del consumatore, vi è tuttavia l'inserimento di un organo esterno che valuta in via preliminare la fattibilità del concordato, prima che sia sottoposto alla valutazione del giudice.

Tale organo è nel piano del consumatore l'organismo di composizione della crisi, mentre nei procedimenti di concordato coattivo l'autorità amministrativa.

Essa è tenuta a valutare preventivamente se l'approvazione del concordato si concili o meno con l'interesse pubblico.

Una volta terminata la valutazione, se risulta positiva, l'autorità amministrativa autorizza l'approvazione del concordato che viene

modalità di cui all'articolo 207, quarto comma, e pubblicata mediante inserzione nella Gazzetta Ufficiale e deposito presso l'ufficio del registro delle imprese.

(²)I creditori e gli altri interessati possono presentare nella cancelleria le loro opposizioni nel termine perentorio di trenta giorni, decorrente dalla comunicazione fatta dal commissario per i creditori e dall'esecuzione delle formalità pubblicitarie di cui al secondo comma per ogni altro interessato. Il tribunale, sentito il parere dell'autorità che vigila sulla liquidazione, decide sulle opposizioni e sulla proposta di concordato con decreto in camera di consiglio. Si applicano, in quanto compatibili, le disposizioni degli articoli 129, 130 e 131>>.

³⁰² L'art. 78 del d.lgs. n. 270/1999 afferma infatti : <<Dopo il decreto previsto dall'articolo 97 della legge fallimentare, il Ministero dell'industria, su parere del commissario straordinario, sentito il comitato di sorveglianza, può autorizzare l'imprenditore dichiarato insolvente o un terzo a proporre al tribunale un concordato, osservate le disposizioni dell'articolo 152 della legge fallimentare, se si tratta di società'>>

³⁰³ In più, a differenza del piano del consumatore, in cui la proposta può essere formulata esclusivamente dal consumatore, nel procedimento del concordato coattivo, tale concordato può essere richiesto anche da altri soggetti, come uno o più creditori o da terzi garanti: v. G.F. CAMPOBASSO, *Diritto commerciale, contratti, titoli di creditori, procedure concorsuali*, M. CAMPOBASSO (a cura di.), UTET, Milano, 2010, p. 452 s.

approvato dal tribunale una volta ascoltato il parere dell'autorità e le eventuali contestazioni dei singoli creditori.

L'approvazione, pertanto, è di carattere *coattivo*, in quanto, pur costituendo espressione di autonomia privata del proponente, non costituisce espressione di autonomia dei creditori, pur essendo parti dirette del rapporto obbligatorio³⁰⁴.

I caratteri di tale istituto, ed in particolare l'eccessiva ingerenza dell'organo amministrativo sulla sfera dell'autonomia privata dei creditori, hanno portato a sollevare dubbi sulla costituzionalità o meno di esso, in quanto potrebbe ledere il diritto di difesa dei creditori (art. 24 della Cost.)³⁰⁵ a cui è concesso solo di esprimere contestazioni prima dell'approvazione del concordato e non un giudizio in merito alla convenienza o meno del concordato, che viene invece attuato, invece, dall'organo amministrativo. La questione è stata tuttavia dichiarata infondata dalla Corte costituzionale³⁰⁶.

La Corte di Cassazione in numerose sentenze, tra cui la sentenza del 6 febbraio 2013, n. 2782³⁰⁷, ha chiarito che l'ingerenza dell'organo amministrativo sulla sfera privata è giustificata dal fatto che le imprese sottoposte all'istituto di concordato coattivo sono imprese d'interesse pubblico³⁰⁸ in ragione della particolare attività che svolgono o dell'impatto

³⁰⁴ F. DI MARZIO, *Diritto negoziale e crisi della grande impresa*, in *www.ilfallimentarista.it*, 2012, p. 12 s.

³⁰⁵ L'art. 24 Cost. ai primi commi infatti afferma : <<Tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi. La difesa è diritto inviolabile in ogni stato e grado del procedimento>>.

³⁰⁶ Con sentenza n. 225 del 25 luglio 2014, la Consulta ha dichiarato non fondata la questione di legittimità costituzionale del disposto degli artt. 160 e 182-ter l. fall., sollevata in riferimento agli artt. 97 e 3 Cost. dal Tribunale di Verona con ordinanza del 5/10 aprile 2013 .

³⁰⁷ La massima di Cass. 6 febbraio 2013, n. 2782, in *www.itagiure.giustizia.it*, individua i limiti di operatività del c.d. concordato coattivo : << In tema di concordato nella liquidazione coatta amministrativa, l'interesse pubblico alla prosecuzione dell'attività d'impresa giustifica la scelta, non sindacabile dai creditori sociali, di preservare nella liquidazione l'unità dell'azienda, ma non anche la sottrazione alla liquidazione di tutto o parte dell'attivo per destinarlo alle necessità della prosecuzione dell'impresa insolvente, che comporterebbe un ingiustificato sacrificio delle ragioni dei creditori, cui resterebbe addossato l'onere finanziario della ricapitalizzazione dell'impresa insolvente, e, a favore dell'impresa, l'attribuzione di un beneficio non altrimenti riconosciuto nella materia fallimentare>>.

³⁰⁸ In particolare nella liquidazione coatta amministrativa le finalità della procedura possono essere quelle di liquidare o conservare l'impresa a seconda delle situazioni, mentre nel procedimento di amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato d'insolvenza la

economico o sociale che hanno all'interno della società, il che giustifica e permette dal punto di vista costituzionale, seppur entro determinati limiti, la scelta normativa di prescindere dall'approvazione dei creditori

Tuttavia, la Corte di Cassazione ha anche precisato che, affinché non ci sia una violazione di costituzionalità, è necessario che l'organo amministrativo, nella valutazione sulla convenienza o meno del concordato, non realizzi l'interesse pubblico attraverso il sacrificio del diritto dei creditori a far valere le loro legittime pretese sull'intero patrimonio del debitore, a norma dell'art. 2740 c.c.³⁰⁹ ma operi un contemperamento d'interessi.

Alla luce di quest'analisi, pertanto, emergono delle forti analogie con l'istituto del piano del consumatore, in quanto anche il piano del consumatore è accompagnato da un controllo di un organo esterno, quale l'organismo di composizione della crisi. Inoltre, tale atto è omologato dal giudice in assenza di una delibera dei creditori, senza che sia data loro la possibilità di effettuare ulteriori contestazioni in udienza, nel rispetto del principio del contraddittorio.

L'ingerenza nell'autonomia privata operata da parte del tribunale e il ruolo di controllo e di mediazione che assume l'organismo di composizione della crisi nei confronti dei creditori sono entrambi giustificati dalla tutela di un interesse ulteriore di carattere economico e sociale, quale la tutela di soggetti deboli come i consumatori che versino in una situazione di sovraindebitamento tale da non renderli più in grado né di sostenere economicamente se stessi o la propria famiglia, né di mantenere un ruolo attivo all'interno del mercato, creando un problema di non marginale e ristretta portata sull'economia locale e nazionale. Il procedimento dovrebbe quindi superare un eventuale vaglio di costituzionalità sotto questo profilo.

procedura solitamente viene attuata con l'intento di conservare il patrimonio produttivo mediante prosecuzione, riattivazione o riconversione dell'attività imprenditoriale, secondo quanto emerge in G. F. CAMPOBASSO, *Diritto commerciale, contratti, titoli di credito, procedure concorsuali*, M. CAMPOBASSO (a cura di.), cit., p. 453 ss.

³⁰⁹ L'art 2740 c.c. infatti prevede che: << Le limitazioni della responsabilità non sono ammesse se non nei casi stabiliti dalla legge>>.

Pertanto a nostro avviso, sembra ragionevole ritenere che il procedimento del piano del consumatore abbia natura di concordato coattivo³¹⁰.

1.5. *La natura giuridica dell'accordo di composizione della crisi*

Il legislatore, nella disciplina della procedura di accordo di composizione della crisi non dà una definizione specifica del termine “*accordo*”, né menziona mai quale sia la sua natura giuridica, mentre sono presenti, all'interno del testo di legge, una serie di disposizioni che ne precisano il contenuto (art. 8), dettano le modalità attraverso cui viene raggiunto (art. 11) e disciplinano la sua omologazione (art. 12).

Dall'insieme di tali articoli emerge chiaramente, quanto alla struttura, che esso sia un atto complesso a formazione progressiva, caratterizzato da una convenzione tra debitore e creditori, che si forma nel processo e non produce effetti su tutti i creditori senza l'omologazione fatta dall'autorità giudiziaria (art. 12)³¹¹.

In merito alla sua natura giuridica la dottrina ha elaborato numerose teorie.

³¹⁰ Le analogie tra il piano del consumatore e le altre procedure aventi natura di concordato coattivo giustificano l'applicabilità al piano delle disposizioni ad esso compatibili dettate per il concordato fallimentare, secondo quanto emerge in F. PLATANIA, M. CATALDO, *La proposta di concordato. Finalità. Legittimazione*, in G. LO CASCIO (a cura di), *Codice commentato del fallimento*, Giuffrè, Milano, 2015, p. 2424 s.

³¹¹ M. QUARANTA, *L'accordo e il piano del consumatore*, in DE MATTEIS, N. GRAZIANO (a cura di), *Crisi da sovraindebitamento, ovvero il fallimento del consumatore*, cit., p. 29 s.

1.5.1. *Accordo come elemento essenziale del contratto, accordo maggioritario o deliberazione maggioritaria?*

Secondo una parte della dottrina³¹² l'accordo raggiunto tra il debitore proponente e i creditori ha natura di contratto vero e proprio, stipulato dalle parti in piena autonomia, ma contestualizzato in un procedimento giudiziale.

Tale contratto, infatti, s'inserisce all'interno di un procedimento giudiziario già iniziato. Il procedimento ha inizio con il deposito della proposta di accordo elaborata dal debitore presso il tribunale competente, il quale fissa l'udienza e, nel periodo precedente ad essa, ha luogo la deliberazione dei creditori, quindi si conclude con il giudizio di omologazione del giudice, con cui viene accertata la legalità della procedura e l'efficacia dell'accordo.

Tale teoria si basa sul fatto che nel testo della legge viene ripetutamente utilizzato il termine "accordo", che lascerebbe quindi presumere la sua natura giuridica meramente negoziale³¹³.

L'accordo, infatti, (disciplinato nel Libro IV, Titolo II, Capo I), è uno degli elementi essenziali del contratto (art. 1325 c.c.)³¹⁴ tramite cui le parti possono liberamente decidere di costituire, regolare o estinguere tra loro un rapporto giuridico patrimoniale (art. 1321 c.c.), senza produrre alcun effetto

³¹² M. QUARANTA, *L'accordo e il piano del consumatore*, in DE MATTEIS, N. GRAZIANO (a cura di), *Crisi da sovraindebitamento, ovvero il fallimento del consumatore*, cit., p. 30 s.

³¹³ Tale termine viene utilizzato sia nella rubrica di vari articoli della citata legge, sia all'interno del testo di legge a fianco al termine "consenso." Alcuni articoli che riportano nella loro denominazione il termine accordo sono per esempio: l'art 8 denominato "Contenuto dell'accordo e del piano", l'art. 11 "Il raggiungimento dell'accordo", l'art. 12 "Omologazione dell'accordo", art. 13 "Esecuzione dell'accordo o del piano del consumatore", art. 14 "Impugnazione o risoluzione dell'accordo". Il termine consenso compare per esempio nell'art. 11 co. 1., che afferma : <<I creditori fanno pervenire, anche per telegramma o per lettera raccomandata con avviso di ricevimento o per telefax o per posta elettronica certificata, all'organismo di composizione della crisi, dichiarazione sottoscritta del proprio **consenso** alla proposta, come eventualmente modificata almeno dieci giorni prima dell'udienza di cui all'articolo 10, comma 1. In mancanza, si ritiene che abbiano prestato **consenso** alla proposta nei termini in cui e' stata loro comunicata>>.

³¹⁴ L'art. 1325 c.c. infatti afferma : <<I requisiti del contratto sono: 1) l'accordo delle parti; 2) la causa; 3) l'oggetto; 4) la forma, quando risulta che è prescritta dalla legge sotto pena di nullità>>.

nella sfera giuridica dei terzi, salvo nei casi previsti dalla legge (art. 1372 c.c.)³¹⁵.

Tuttavia, altra qualificata dottrina³¹⁶ afferma che, ad un'approfondita analisi, emerge che il meccanismo legale, utilizzato in tale procedimento, non rientra in quello di una mera contrattazione privata, ma in una procedura deliberativa.

Tale dottrina evidenzia che l'art. 11 co. 2³¹⁷, pur essendo denominato "Raggiungimento dell'accordo" prevede, ai fini dell'omologazione del giudice, l'approvazione dell'accordo da parte dei creditori che rappresentano il 60% dei crediti, esclusi i creditori prelatizi, ossia quelli muniti di privilegi, pegno o ipoteca, i quali devono astenersi dal deliberare³¹⁸ e una volta omologato l'art. 12 co. 3³¹⁹ afferma che esso avrà effetto su tutti i creditori, sia dissenzienti, che non dissenzienti.

³¹⁵ L'art. 1372 c.c. prevede : <<Il contratto non produce effetto rispetto ai terzi che nei casi previsti dalla legge>>, con tale disposizione afferma che il contratto, come ogni rapporto giuridico che si inserisce nella realtà sociale ha effetti e conseguenze anche su la sfera giuridica di soggetti terzi, estranei a tale rapporto giuridico. Tali effetti tuttavia a prescindere che siano favorevoli o non favorevoli ai terzi non possono essere mai imposti contro la loro volontà, bensì devono essere accettati dal terzo. Se infatti il contratto potesse produrre effetti sui terzi anche contro la loro volontà si verrebbe pregiudicata l'autonomia contrattuale di un soggetti, il quale dovrebbe sottostare ad una regolamentazione dei propri interessi imposta da altri. Se il terzo rifiuta questa ingerenza nella sua sfera giuridica che avviene tuttavia comunque potrà essere indennizzato dalle parti contraenti per il danno subito. In merito v. U. CARNEVALI, *Effetti del contratto*, in M. BESSONE (a cura di), *Istituzioni di Diritto Privato*, cit., p. 661 ss.

³¹⁶ F. DI MARZIO, *Introduzione alle procedure concorsuali in rimedio del sovraindebitamento*, in F. DI MARZIO, F. MACARIO, G. TERRANOVA (a cura di), *La "nuova" composizione della crisi da sovraindebitamento*, cit., p. 10 ss.

³¹⁷ L'art. 11 co. 2 afferma : <<Ai fini dell'omologazione di cui all'articolo 12, e' necessario che l'accordo sia raggiunto con i creditori rappresentanti almeno il sessanta per cento dei crediti. I creditori muniti di privilegio, pegno o ipoteca dei quali la proposta prevede l'integrale pagamento non sono computati ai fini del raggiungimento della maggioranza e non hanno diritto di esprimersi sulla proposta, salvo che non rinuncino in tutto o in parte al diritto di prelazione. Non hanno diritto di esprimersi sulla proposta e non sono computati ai fini del raggiungimento della maggioranza il coniuge del debitore, i suoi parenti e affini fino al quarto grado, i cessionari o aggiudicatari dei loro crediti da meno di un anno prima della proposta.>>

³¹⁸ Per un approfondimento sul rapporto tra creditori "prelatizi" e creditori "chirografari" nella procedura di accordo per la composizione della crisi di rinvia al § immediatamente successivo.

³¹⁹ L'art. 12 co. 3 infatti dice:<< L'accordo omologato e' obbligatorio per **tutti** i creditori anteriori al momento in cui e' stata eseguita la pubblicità di cui all'articolo 10, comma 2. I creditori con causa o titolo posteriore non possono procedere esecutivamente sui beni oggetto del piano>>.

Pertanto, tale procedura risulta essere incompatibile con quella della conclusione del contratto disciplinata dal Libro IV del nostro codice civile. Infatti il contratto normalmente non produce effetti nei confronti dei terzi, ma solo nei confronti delle parti che hanno prestato il proprio consenso alla sua stipulazione, salvo ipotesi specifiche in cui gli effetti del contratto vanno a beneficio anche dei terzi (secondo quanto emerge negli artt. 1372 e 1411 c.c.).

Diversamente, in tale disciplina, gli effetti dell'omologazione non ricadranno solo sulle parti aderenti all'accordo, ma su tutti i creditori, e quindi avrà natura giuridica di *deliberazione maggioritaria*³²⁰.

Pertanto parte della dottrina³²¹ ha affermato che tale deliberazione presenta elementi di concorsualità.

1.5.2. *Accordo come deliberazione maggioritaria: elementi in comune con il concordato preventivo e fallimentare*

La dottrina³²² che riconduce la natura giuridica dell'accordo di composizione della crisi alla deliberazione maggioritaria evidenzia che tale procedimento presenta numerosi elementi in comune con i procedimenti di approvazione del concordato fallimentare (art. 124 l. fall.) e preventivo (160 l. fall.).

Il primo elemento consiste nella differenziazione tra i creditori chirografari e prelatizi (ossia creditori il cui credito è garantito da privilegi, pegno o ipoteca), che emerge nella procedura deliberativa sia del procedimento di

³²⁰ Secondo quanto emerge in F. DI MARZIO, Non "accordo di ristrutturazione" ma "procedura deliberativa concorsuale", in F. DI MARZIO, F. MACARIO, G. TERRANOVA (a cura di), *La "nuova" composizione della crisi*, cit., p. 12 s. ed in G. BRESCIA et al., *La composizione della crisi*, cit., p. 80 s.

³²¹ F. DI MARZIO, *Accordo di ristrutturazione quale concordato deliberativo e par condicio creditorum*, in F. DI MARZIO, F. MACARIO, G. TERRANOVA (a cura di), *La "nuova" composizione della crisi*, cit., p. 12 s.

³²² F. DI MARZIO, *Un termine fuorviante: l'accordo*, in F. DI MARZIO, F. MACARIO, G. TERRANOVA (a cura di), *La "nuova" composizione della crisi*, cit., p. 11 ss.

accordo per la composizione della crisi, che nelle due procedure concordatarie.

Le due categorie di creditori sono disciplinate dal nostro Codice Civile nel titolo sesto, dedicato alla “Tutela dei diritti” agli art. 2740 e 2741³²³.

I creditori chirografari (dal greco *cheirògraphos*, scritto a mano) sono coloro i quali in virtù del contratto o dell’obbligazione che hanno stipulato con il debitore, in caso di suo inadempimento possono soddisfarsi su tutti i suoi beni presenti e futuri (art. 2740 c.c.) i quali costituiscono la garanzia generica all’adempimento del debitore.

I creditori appartenenti a questa categoria, in caso d’inadempimento del debitore, hanno tutti uguale diritto a concorrere per soddisfarsi sui beni che costituiscono la garanzia patrimoniale, e solitamente concorrono nell’ordine in cui essi si presentano di fronte al debitore³²⁴ per chiedere il soddisfacimento del loro diritto di credito.

I creditori prelatizi, sono, invece, coloro che dispongono oltre che della garanzia generica del debitore, di cui dispongono tutti i creditori una volta che viene posta in essere l’obbligazione tra loro ed il debitore, anche di una garanzia specifica e ulteriore, costituita dai privilegi, da un pegno o da un’ipoteca, fornitagli dallo stesso debitore, per rendere più sicuro il soddisfacimento della propria obbligazione.

Il possesso di tali garanzie (disciplinate dagli artt. 2745-2906 c.c.) dà il diritto (detto di prelazione) a quel creditore di soddisfarsi prima degli altri creditori sui beni del debitore a cui la garanzia stessa si riferisce (a norma dell’art. 2741 c.c.) e costituisce, pertanto, un’eccezione al concorso paritario dei creditori.

La presenza di una differenziazione tra i creditori emerge nella procedura deliberativa, in quanto si prevede che i creditori prelatizi, qualora la

³²³ L’art. 2740 c.c. afferma: << Il debitore risponde dell’adempimento delle obbligazioni con tutti i suoi beni presenti e futuri. Le limitazioni della responsabilità non sono ammesse se non nei casi stabiliti dalla legge>>, mentre l’art. 2741 c.c. dice: << I creditori hanno eguale diritto di essere soddisfatti sui beni del debitore, salve le cause legittime di prelazione (1). Sono cause legittime di prelazione i privilegi, il pegno e le ipoteche>>.

³²⁴ In merito v. *Supra* § 2.6.1. Cap. I.

proposta preveda la loro soddisfazione in misura integrale (art. 11, co. 2), siano esclusi dalla deliberazione³²⁵, al contrario di quelli chirografari con causa o titolo anteriore alla data di fissazione dell'udienza, i quali invece partecipano alla procedura deliberativa.

Motivo di tale esclusione risiede nel fatto che avendo i creditori prelatizi in questo caso diritto all'integrale soddisfacimento, risulta loro indifferente la decisione che emergerà al termine della delibera³²⁶ o quindi diviene irrilevante il loro eventuale dissenso.

Inoltre a nostro avviso una loro esclusione può essere stata stabilita dal legislatore onde a evitare situazioni di dubbia legalità in sede deliberativa, consistenti nell'acquisto del "voto" del creditore prelatizio.

Ulteriore elemento in comune che il procedimento di accordo per la composizione della crisi presenta con le procedure concordatarie è l'istituto della suddivisione in classi.

Tale istituto è utilizzato in tali procedure come strumento organizzativo, volto a facilitare la formazione della maggioranza in sede di deliberazione, connettendo il voto a posizioni omogenee dei creditori.

Esso risulta essere un meccanismo più pratico e veloce per arrivare ad una esito positivo in sede di deliberazione, di quanto sia quello di un'unica collettività di creditori.

³²⁵ Insieme ai creditori prelatizi sono inoltre esclusi: il coniuge del debitore, i suoi parenti e affini fino al quarto grado, i cessionari o aggiudicatari dei loro crediti da meno di un anno prima della proposta. Per quanto riguarda il coniuge e i suoi parenti e affini, le ragioni di tale esclusione risiedono nel fatto che possono sussistere dei conflitti di interesse in sede di deliberazione in quanto tali soggetti non voterebbero in totale imparzialità. Per quanto concerne invece i cessionari e gli aggiudicatari dei loro crediti pur essendo tale esclusione volta ad evitare di far votare soggetti non totalmente indipendenti e imparziali, tuttavia non sembra essere totalmente chiaro il motivo per cui tale divieto si estenda all'aggiudicatario che in genere non ha alcun rapporto col debitore, secondo quanto emerge in I. ARCURI, P. BOSTICCO, *Il piano di risanamento attestato e il nuovo sovraindebitamento*, cit., p. 173 s.

³²⁶ Inoltre, secondo l'art. 11 co. 2, che analizzeremo nel prossimo paragrafo, i creditori muniti di privilegi, pegno o ipoteca possono essere integralmente soddisfatti, o soddisfatti in misura non inferiore a quella che sarebbe ricavabile dalla procedura di liquidazione, a prescindere dall'esito della deliberazione, salvo che non rinuncino al loro diritto di prelazione, il che permetterebbe loro, invece, di partecipare alla delibera, secondo quanto emerge in I. ARCURI, P. BOSTICCO, *Il piano di risanamento attestato e il nuovo sovraindebitamento*, cit., p. 172 ss.

Tale istituto è presente all'art. 7 della legge 3/2012 che stabilisce che è possibile la suddivisione in classi tra creditori, qualora ci siano categorie differenti di creditori.

In merito a questo istituto la dottrina³²⁷ ha espresso delle perplessità : ha rilevato infatti che l'art. 7 risulta essere una norma alquanto generica, che non stabilisce nulla sulle caratteristiche o sul numero di tali classi che possono essere previste, né l'ordine in cui debbano essere soddisfatti i creditori.

Del resto la dottrina ha rilevato che nel corso del testo di legge non viene nominato molto tale istituto, né viene fatto alcun collegamento tra esso e la procedura deliberativa, come invece avviene nei procedimenti concordatari³²⁸.

L'art. 7, co 1 infatti non sembra collegare la suddivisione in classi alla deliberazione, ma afferma solo che il piano deve prevedere: <<Scadenze e modalità di pagamento dei creditori, anche se suddivisi in classi>> .

L'art. 11, co. 1, che disciplina la procedura di deliberazione, afferma: <<Ai fini dell'omologazione di cui all'articolo 12, e' necessario che l'accordo sia raggiunto con i creditori rappresentanti almeno il sessanta per cento dei crediti>>, non nominando minimamente l'eventualità che i creditori prima di procedere alla deliberazione si siano suddivisi in classi. Ciò ha portato parte della dottrina³²⁹ ad affermare che il legislatore abbia accennato alla suddivisione in classi senza rendersi conto dell'importanza e delle finalità di tale istituto e dell'utilizzo fatto di esso nei procedimenti concordatari³³⁰.

³²⁷ F. VERDE, *Il sovraindebitamento*, cit., p. 62 s.

³²⁸ L'art. 160, co. 1, lett. c) l. fall. infatti afferma: <<La suddivisione dei creditori in classi secondo posizione giuridica e interessi economici omogenei>>.

³²⁹ F. VERDE, *Il sovraindebitamento*, Bari, 2014, p. 62 ss.

³³⁰ L'art. 128 l. fall. (concordato fallimentare) infatti afferma: <<Il concordato è approvato dai creditori che rappresentano la maggioranza dei crediti ammessi al voto. Ove siano previste diverse classi di creditori, il concordato è approvato se tale maggioranza si verifica inoltre nel maggior numero di classi>>; mentre l'art. 177 l. fall. (concordato preventivo) dice: <<Il concordato è approvato dai creditori che rappresentano la maggioranza dei crediti ammessi al voto. Ove siano previste diverse classi di creditori, il concordato è approvato se tale maggioranza si verifica inoltre nel maggior numero di classi>>; diversamente l'art. 11, co. 2, della legge del sovraindebitamento parlando della deliberazione enuncia : <<Ai fini dell'omologazione di cui all'articolo 12, e' necessario che l'accordo sia raggiunto con i creditori rappresentanti almeno il sessanta per cento dei crediti>>, così da intendere

La dottrina si è poi chiesta se un'eventuale suddivisione in classi non possa comportare un'alterazione del principio del concorso dei creditori, in favore di un soddisfacimento che segua un ordine d'importanza tra le varie classi.

La dottrina ha constatato che nelle procedure concordatarie la suddivisione in classe si concilia con il principio del concorso tra creditori chirografari, in quanto viene utilizzato per regolare il soddisfacimento dei creditori presenti all'interno di ciascuna classe³³¹.

Per cui essa ha affermato che, nel silenzio del legislatore, si debba realizzare tale armonizzazione anche nella disciplina del sovraindebitamento, esistendo numerose analogie con i due procedimenti concordatari.

Ulteriore elemento in comune con il concordato preventivo e fallimentare è l'istituto del silenzio-assenso, utilizzato sempre in sede di delibera.

Tale principio è applicato in tutti i procedimenti citati per evitare situazioni d'inerzia ed indurre i creditori a partecipare alla delibera esprimendo un voto contrario o favorevole.

In relazione alla procedura di sovraindebitamento tale principio si relaziona con il principio del *favor debitoris*, presente lungo tutta la procedura.

Infatti tale istituto è volto a tutelare il debitore, permettendo nel momento in cui i creditori non assumano una posizione chiara o decisa, in ordine alla approvazione o meno della proposta, di equiparare il silenzio di un creditore ad un voto favorevole.

Tuttavia bisogna precisare che non sempre l'assenza di partecipazione di alcuni creditori alla deliberazione è collegata ad una loro inerzia.

Talvolta può essere dovuta ad una mancanza di comprensione del contenuto della relazione fornita dall'organismo di composizione della crisi ai creditori, in cui sono descritte le caratteristiche del piano finanziario proposto dal debitore.

che nella l. n. 3/2012 il legislatore non ha minimamente collegato l'istituto della suddivisione in classi con la procedura deliberativa.

³³¹ Non può essere applicato invece tra i creditori collocati in classi diverse, sennò vanificherebbe l'istituto delle classi, che è un istituto che necessariamente fa delle preferenze tra una classe e l'altra, secondo quanto emerge in F. VERDE, *Il sovraindebitamento*, cit., p. 64 s.

Onde evitare quindi che ci sia una mancanza di consapevolezza da parte dei creditori sul contenuto del piano proposto dal debitore, che non li renda in grado di prendere una posizione in sede di deliberazione, si è diffusa la prassi da parte degli organismi di composizione della crisi, nei casi di maggior rilievo o nei casi in cui i creditori debbano scegliere tra più proposte concorrenti, di svolgere una convocazione informale con i creditori in cui è illustrata la proposta del debitore³³².

Attraverso tale prassi si diminuiscono i casi in cui la mancata partecipazione dei creditori in sede di delibera sia causata da una loro scarsa consapevolezza del contenuto del piano, in modo da limitare le situazioni in cui l'accordo sia raggiunto con il meccanismo del silenzio-assenso ma con una massa di creditori scarsamente consapevoli.

Ultimo elemento in comune con le indicate procedure concorsuali è costituito dagli effetti dell'omologazione dell'accordo, di cui ripareremo più approfonditamente in seguito³³³, che ricadono su tutti i creditori, sia consenzienti che dissenzienti.

Analizzati tutti gli elementi sopra indicati, sembra, pertanto, preferibile ricondurre la natura giuridica dell'accordo a quella di una deliberazione maggioritaria che presenta elementi utilizzati in alcune procedure concorsuali, quali quelle del concordato preventivo e fallimentare.

1.6. Piano e accordo: i contenuti

Se la struttura e la natura giuridica del piano del consumatore, da una parte, e dell'accordo di composizione della crisi, dall'altra, presentano, come abbiamo cercato di illustrare nei paragrafi precedenti, notevoli diversità, la

³³² L. GUGLIELMUCCI, G. MINUTOLI, *Le maggioranze per l'approvazione del concordato*, in G. LO CASCIO (a cura di), *Codice commentato del fallimento*, cit., p. 1613 s.

³³³ V. *infra* § 1.7 e 1.7.2.Cap II.

disciplina di essi presenta invece significative convergenze tanto che per diversi aspetti i due procedimenti sono disciplinati congiuntamente.

Di qui la scelta di esaminarne congiuntamente i contenuti.

Sia il piano che l'accordo sono redatti con l'ausilio degli organismi di composizione della crisi³³⁴, con sede nel circondario del tribunale competente.

Nell'elaborazione di tali atti le parti godono di grande autonomia essendo necessario soltanto che vengano determinate le scadenze e le modalità di pagamento dei creditori. Essi sono degli atti di natura atipica e il loro contenuto può essere stabilito liberamente dalle parti legittimate³³⁵.

Infatti, in merito al loro contenuto l'art. 8 co. 1 della l. cit. afferma che: <<La proposta di accordo o di piano del consumatore prevede la ristrutturazione dei debiti e la soddisfazione dei crediti attraverso qualsiasi forma, anche mediante cessione dei crediti futuri>>. Da tale disposizione emerge quindi che le parti possono decidere da un lato la strategia finanziaria che meglio si addice a loro, per ottenere la ristrutturazione dei debiti e la soddisfazione dei crediti, dall'altro le caratteristiche dell'adempimento. Infatti, entrambi gli atti hanno un duplice contenuto, quello di natura aziendale, e quello di natura giuridica³³⁶.

Per quanto riguarda il contenuto di natura giuridica le parti possono decidere liberamente se la proposta assumerà carattere dilatorio, esdebitatorio o misto, cumulando anche le varie soluzioni³³⁷, se la forma di adempimento sarà il pagamento in denaro o qualunque altro mezzo di soddisfacimento economico, se l'adempimento avrà termini di pagamento dilazionati, se tra le forme di adempimento ci sarà la cessione di crediti

³³⁴ Sui quali v. *supra*, § 1.1. Cap.II.

³³⁵ G. BRESCIA, F. CALDIERO, S. DAMIANI, G. GIOIA, *La composizione della crisi da sovraindebitamento*, cit., p. 81 s.

³³⁶ F. DI MARZIO, *Accordo di ristrutturazione, piano del consumatore e offerta ai creditori*, in F. DI MARZIO F. MACARIO, G. TERRANOVA (a cura di), *La "nuova" composizione della crisi da sovraindebitamento*, cit., p. 12 ss.

³³⁷ L. PANZANI, *La composizione della crisi da sovraindebitamento dopo D.L. 179/2012*, cit., p. 4 s.

futuri o ci saranno decurtazioni del valore nominale della propria obbligazione³³⁸.

Tuttavia, nella citata disciplina viene previsto un contenuto minimo, che deve essere presente in entrambi gli atti.

Entrambi gli atti devono assicurare la regolarità del pagamento dei crediti impignorabili (art. 545 c.c.)³³⁹, ossia che essi debbano essere adempiuti alla scadenza prevista ed in misura integrale³⁴⁰.

Essi devono prevedere i termini e le modalità di pagamento di tutti i creditori i quali, come abbiamo in precedenza accennato, possono essere suddivisi in classi, purché sia rispettato il principio della *par condicio creditorum* all'interno di ciascuna classe.

Essi devono indicare eventuali garanzie rilasciate anche da terzi per l'adempimento dei debiti.

Devono indicare le modalità per l'eventuale liquidazione dei beni.

Se le parti intendono prevedere l'affidamento del patrimonio del debitore ad un gestore³⁴¹, nominato dal giudice, che si occupi della liquidazione, custodia e distribuzione del ricavato ai creditori, devono menzionarlo.

³³⁸ M. CORDOPATRI, *I contenuti del piano in generale*, in F. DI MARZIO, F. MACARIO, G. TERRANOVA (a cura di), *La "nuova" composizione della crisi da sovraindebitamento*, cit., p. 25 s.

³³⁹ I crediti impignorabili sono quei crediti che non possono essere sottoposti ad esecuzione. Essi si dividono in relativamente impignorabili (come i crediti alimentari o retributivi elencati nel co. 1 dell'art. 545 c.c.) o assolutamente impignorabili (come quelli relativi al sostentamento delle persone o a sussidi dovuti da enti di assistenza, elencati nel co. 3 e 4, art. 545 c.c.). La legge nomina tra le disposizioni inerenti ai tali crediti l'art. 545 c.c. e altre disposizioni speciali (che possono per esempio essere gli artt. 1923 e 2117 c.c.), secondo quanto emerge in F. P. LUISO, *Diritto Processuale Civile, Il processo esecutivo, Vol. III*, Milano 2013, p. 81 s.

L'art. 545 c.c. prevede: <<Non possono essere pignorati i crediti alimentari, tranne che per cause di alimenti, e sempre con l'autorizzazione del presidente del tribunale o di un giudice da lui delegato e per la parte dal medesimo determinata mediante decreto. Non possono essere pignorati crediti aventi per oggetto sussidi di grazia o di sostentamento a persone comprese nell'elenco dei poveri, oppure sussidi dovuti per maternità, malattie o funerali da casse di assicurazione, da enti di assistenza o da istituti di beneficenza.

Le somme dovute da privati a titolo di stipendio, di salario o di altre indennità relative al rapporto di lavoro o di impiego, comprese quelle dovute a causa di licenziamento, possono essere pignorate per crediti alimentari nella misura autorizzata dal presidente del tribunale o da un giudice da lui delegato>>.

³⁴⁰ L. PANZANI, *La composizione della crisi da sovraindebitamento dopo D.L. 179/2012*, cit., p. 4 s.

³⁴¹ Tale gestore può essere un professionista in possesso dei requisiti previsti per la nomina a curatore fallimentare (art. 28 l.fall.) o lo stesso organismo di composizione della crisi,

Devono ricostruire la posizione fiscale del debitore e gli eventuali contenziosi pendenti.

Per quanto concerne la posizione dei creditori muniti di privilegio, pegno e ipoteca, essi possono non essere soddisfatti integralmente, purché siano soddisfatti in misura non inferiore a quella realizzabile dal ricavato della procedura di liquidazione (art. 7, co 1)³⁴² e, in caso di prosecuzione dell'impresa è possibile per il debitore una moratoria fino ad un anno dei loro pagamenti³⁴³.

Inoltre, sia il piano che l'accordo devono prevedere il soddisfacimento integrale per i crediti relativi ai tributi costituenti risorse per l'Unione Europea, all'imposta sul valore aggiunto e alle ritenute operate e non versate, per i quali il piano del consumatore e l'accordo di composizione possono prevedere soltanto una dilazione di pagamento (art. 7, co. 1)³⁴⁴.

secondo quanto emerge in L. PANZANI, *La composizione della crisi da sovraindebitamento dopo D.L. 179/2012*, cit., p. 4 s.

³⁴² Art. 7 co. 1: << E' possibile prevedere che i crediti muniti di privilegio, pegno o ipoteca possono non essere soddisfatti integralmente, allorché ne sia assicurato il pagamento in misura non inferiore a quella realizzabile, in ragione della collocazione preferenziale sul ricavato in caso di liquidazione, avuto riguardo al valore di mercato attribuibile ai beni o ai diritti sui quali insiste la causa di prelazione, come attestato dagli organismi di composizione della crisi >>. Tale disposizione riprende quasi totalmente quella presente nella disciplina del concordato preventivo (art. 160 l. fall.) che a sua volta riprende quella del concordato fallimentare che al co. 3 dell' art. 124 l. fall. affermava: <<La proposta può prevedere che i creditori muniti di privilegio, pegno o ipoteca, non vengano soddisfatti integralmente, purché il piano ne preveda la soddisfazione in misura non inferiore a quella realizzabile, in ragione della collocazione preferenziale, sul ricavato in caso di liquidazione, avuto riguardo al valore di mercato attribuibile ai beni o diritti sui quali sussiste la causa di prelazione indicato nella relazione giurata di un professionista in possesso dei requisiti di cui all'articolo 67, terzo comma, lettera d) designato dal tribunale. Il trattamento stabilito per ciascuna classe non può avere l'effetto di alterare l'ordine delle cause legittime di prelazione >>, secondo quanto emerge in F. VERDE, *Il sovraindebitamento*, cit., p. 66 s.

³⁴³ L'art. 8 ultimo co. enuncia : <<La proposta di accordo con continuazione dell'attività d'impresa e il piano del consumatore possono prevedere una moratoria fino ad un anno dall'omologazione per il pagamento dei creditori muniti di privilegio, pegno o ipoteca, salvo che sia prevista la liquidazione dei beni o diritti sui quali sussiste la causa di prelazione >>.

³⁴⁴ L' art. 7 co. 1 afferma: <<In ogni caso, con riguardo ai tributi costituenti risorse proprie dell'Unione europea, all'imposta sul valore aggiunto ed alle ritenute operate e non versate, il piano può prevedere esclusivamente la dilazione del pagamento >>.

Infine, entrambi devono prevedere la nomina di un liquidatore³⁴⁵ (art. 13, co.1), predisposta dall'organismo di composizione della crisi, per il caso in cui ci siano beni sottoposti al pignoramento.

1.7. L'omologazione del piano e dell'accordo

Il giudizio di homologazione del piano e dell'accordo è disciplinato rispettivamente dagli artt. 12, 12 bis e 12 ter.

L'oggetto del giudizio di homologazione presenta alcune significative differenze tra le due ipotesi del piano e dell'accordo.

Nel primo caso il giudice valuterà la fattibilità e convenienza del piano ed anche la meritevolezza del consumatore, ovvero sarà chiamato a valutare se consentire o meno l'ammissione del consumatore sovraindebitato alla procedura premiale del piano del consumatore.

Diversamente, nel secondo caso, il giudizio di homologazione dell'accordo avrà ad oggetto dapprima il controllo formale della procedura deliberativa e qualora tale controllo risulti positivo e non ci siano contestazioni il giudice omologherà l'accordo, diversamente se ci saranno contestazioni sarà tenuto a risolverle e a valutare la convenienza e fattibilità dell'accordo.

1.7.1. L'omologazione del piano : il giudizio di meritevolezza

Come si è già accennato all'inizio di questo capitolo, il giudizio di homologazione del piano da parte del giudice è il momento centrale dell'intero procedimento denominato piano del consumatore.

³⁴⁵ Il potere del liquidatore di norma è quello di disporre esclusivamente solo dei beni pignorati e delle somme incassate dalla loro alienazione, salvo non gli siano conferiti ulteriori poteri.

Le ragioni dell'importanza di tale giudizio risiedono nel fatto che, come abbiamo già anticipato, all'interno del procedimento denominato piano del consumatore non è presente una procedura deliberativa partecipata tra il debitore e i creditori sul contenuto del piano proposto dal debitore, ma, in questo caso, il diretto interlocutore del debitore è il giudice³⁴⁶.

L'assenza di una partecipazione diretta dei creditori all'approvazione del piano è compensata dalla presenza di un procedimento di omologazione differente da quello presente nell'accordo di composizione della crisi³⁴⁷, in cui la valutazione del giudice fa da filtro³⁴⁸ per l'adozione del piano del consumatore e l'accesso alla procedura esdebitativa.

Infatti, il giudice, nel procedimento denominato piano del consumatore, una volta ricevuto il piano e svoltasi l'udienza, è tenuto ad effettuare da un lato una valutazione formale (art. 12 bis) sulla fattibilità e convenienza del piano per i creditori (analoga a quella presente anche nel giudizio di omologazione dell'accordo), e dall'altro un giudizio sostanziale sulla meritevolezza del consumatore ad accedere a tale procedura (presente solo in questo procedimento).

Si approfondiranno pertanto in questo paragrafo i caratteri della valutazione sulla meritevolezza, rimandando al paragrafo successivo per le considerazioni in ordine alle valutazioni sulla fattibilità e convenienza (comuni con l'accordo).

Il giudizio di meritevolezza si presenta, rispetto al giudizio sugli altri due elementi, come un giudizio di natura soggettiva sulla persona stessa del consumatore e sui suoi comportamenti pregressi. Esso non si basa quindi esclusivamente su dati oggettivi, che emergano dall'analisi della relazione particolareggiata (art.9 co. 2), elaborata dall'organismo di composizione

³⁴⁶ F. FORCELLINI, *Sovraindebitamento e stato dell'obbligazione pecuniaria*, in *Europa e Diritto Privato*, fasc. 1, 2015, p. 109 ss.

³⁴⁷ V. *Infra* § 1.8.2. Cap. II.

³⁴⁸ F. FORCELLINI, *Sovraindebitamento e stato dell'obbligazione pecuniaria*, cit., p. 109 ss.

della crisi, in cui viene attestata la fattibilità e la probabile convenienza del piano, ma su una valutazione discrezionale del giudice³⁴⁹.

In ogni caso, la valutazione del giudice è supportata sempre dalla relazione particolareggiata, fornita dall'organismo di composizione della crisi, la quale deve illustrare anche le cause che hanno portato all'inadempimento, la diligenza prestata dal consumatore, e la solvibilità dello stesso al momento dell'assunzione dell'obbligazione³⁵⁰.

Tale valutazione concerne la *ragionevolezza* e la *diligenza* impiegata dal debitore nell'assumere le obbligazioni³⁵¹.

Tali elementi, ai fini della valutazione positiva della meritevolezza del debitore, devono essere concorrentemente presenti.

La dottrina³⁵² si è interrogata su quali elementi si debbano prendere in considerazione ai fini della valutazione sulla *diligenza* e sulla *ragionevolezza* del consumatore, in quanto il legislatore non ha dato precise coordinate al giudice su come debba articolarsi il suo giudizio.

A nostro avviso, in assenza di criteri specifici per valutare la *ragionevolezza* e la *diligenza* del debitore indicati dalla legge, il giudice potrà far ricorso alle nozioni tratte dalla disciplina delle obbligazioni e della responsabilità contrattuale, presente nel codice civile.

³⁴⁹ G. BOZZELLI, *Indebitamento familiare e piano del consumatore: la colpa del debitore e i parametri individuati dalla giurisprudenza*, in S. DE MATTEIS, N. GRAZIANO (a cura di), *Crisi da sovraindebitamento. Ovvero il fallimento del consumatore*, cit., p. 170 ss.

³⁵⁰ G. BOZZELLI, *Indebitamento familiare e piano del consumatore: la colpa del debitore e i parametri individuati dalla giurisprudenza*, in S. DE MATTEIS, N. GRAZIANO (a cura di), *Crisi da sovraindebitamento. Ovvero il fallimento del consumatore*, cit., p. 170 ss.

³⁵¹ L'art. 12 bis della legge, terzo comma, prima parte, prevede che : << 3. *Verificata la fattibilità' del piano e l'idoneità' dello stesso ad assicurare il pagamento dei crediti impignorabili, nonché' dei crediti di cui all'articolo 7, comma 1, terzo periodo, e risolta ogni altra contestazione anche in ordine all'effettivo ammontare dei crediti, il giudice, quando esclude che il consumatore ha assunto obbligazioni senza la ragionevole prospettiva di poterle adempiere ovvero che ha colposamente determinato il sovraindebitamento, anche per mezzo di un ricorso al credito non proporzionato alle proprie capacità' patrimoniali, omologa il piano, disponendo per il relativo provvedimento una forma idonea di pubblicità'>>.*

³⁵² R. BATTAGLIA, *Legge 27 gennaio 2012 n. 3*, G. LO CASCIO (a cura di), *Codice commentato del fallimento*, cit., p. 2677 ss. e G. BOZZELLI, *Credito responsabile e dati personali nel sistema creditizio: informazioni, merito e crisi*, in S. DE MATTEIS, N. GRAZIANO (a cura di), *Crisi da sovraindebitamento. Ovvero il fallimento del consumatore*, cit., p. 170 ss.

Spunti interessanti, a conferma di questa opzione interpretativa, possono essere tratti dai primi provvedimenti giurisprudenziali.

In merito all'elemento della *ragionevolezza* dal decreto del Tribunale di Pistoia del 28 febbraio 2014³⁵³ (uno dei primi provvedimenti di merito in materia), si trae che per ragionevolezza si intende aver contratto le obbligazioni con una ragionevole prospettiva di poterle adempiere.

Per cui, si ritiene che il debitore abbia agito con ragionevolezza, qualora abbia osservato una condotta conforme al suo standard di riferimento, quale quello dell'uomo medio e pertanto, nell'assumersi e nell'adempiere le proprie obbligazioni, sia stato sufficientemente attento, responsabile e si sia impegnato, con uno sforzo medio, a realizzare i propri doveri³⁵⁴.

In merito al secondo criterio, invece, sempre il Tribunale di Pistoia ha affermato: <<La seconda si riferisce alla fase funzionale del rapporto e impone che lo stato di sovraindebitamento sia intervenuto per fatti non riconducibili a colpa del debitore. Si tratta dei casi alquanto residuali, in cui il consumatore resti oggetto di un'avversa evenienza economica, o comunque di un accidentale accadimento, che alteri, in senso negativo, la sua capacità di produrre reddito>>.

Pertanto, il giudice ai fini della valutazione della diligenza, potrà far riferimento al parametro della diligenza del buon padre di famiglia (1176 c.c.).

Nella valutazione del secondo elemento il giudice deve verificare se lo stato di sovraindebitamento del debitore sia imputabile ad un suo comportamento negligente, o piuttosto a fattori esterni *imprevedibili* o, quantomeno, *inevitabili* da parte del debitore, il quale, pur adoperando tutte le accortezze necessarie nell'assumere le obbligazioni, non abbia potuto evitare di trovarsi in una situazione di quanto meno perdurante squilibrio tra le obbligazioni assunte ed il patrimonio prontamente liquidabile per farvi fronte.

³⁵³ In *www.deiure.it*, nonchè in *Foro it*, 2015, 1,I, 316 con nota di A.M.PERRINO e in *Banca, borsa e titoli di credito*, 2014, 5,II, 537 ss., con nota di E.PELLECCHIA..

³⁵⁴ B. INZITARI, *Obbligazioni: fonti e disciplina generale*, in M. BESSONE (a cura di), *Istituzioni di diritto privato*, cit., p. 448 s.

Tali fattori vengono così esemplificati nel provvedimento del Tribunale di Pistoia: <<Infortunio su cui sia sopraggiunta una grave inabilità sul lavoro, malattia necessaria di cure costose, perdita o riduzione del lavoro per cause non imputabili al consumatore, oneri derivanti dalla separazione dei coniugi, impossibilità ad incassare i propri crediti, il progressivo aumento dei costi a causa dei processi inflattivi>>.

Sempre in ordine alla valutazione che deve compiere il giudice in tema di omologazione del piano, il Tribunale di Napoli, in una della più recenti pronunce di merito³⁵⁵ ha poi precisato che : << L'accesso al piano del consumatore presuppone un'attenta e scrupolosa valutazione da parte del giudice sul grado di accortezza con cui si sia ricorsi al credito e se ne sia fatto impiego: in quest'ottica, anche la semplice accumulazione ingiustificata di prestiti, pur in assenza di intenti fraudolenti o abusivi o di una deliberata volontà di non rispettare i propri impegni contrattuali, costituisce elemento ostativo all'accesso>>.

Il Tribunale di Cagliari, all'interno di una ordinanza collegiale in sede di reclamo sul diniego dell'omologazione³⁵⁶, ha recentemente posto in rilievo il carattere premiale del giudizio di meritevolezza, affermando che a differenza dell'impresa in stato di insolvenza, assumono rilevanza le ragioni della crisi e la condotta del debitore: solo al debitore meritevole può essere concessa l'ammissione al piano, mentre il debitore non meritevole potrà conseguire l'effetto esdebitatorio solo tramite l'accordo con i creditori o la liquidazione. Aggiunge che, a differenza dell'imprenditore, il debitore consumatore non è soggetto al rischio d'impresa e dunque alle alterne fortune del mercato, ma solamente alle conseguenze delle proprie scelte di vita. Il provvedimento prosegue precisando che il giudizio di meritevolezza subordina l'omologazione del piano alla esclusione, da parte del giudice, di due circostanze: che il consumatore abbia assunto obbligazioni senza la ragionevole prospettiva di poterle adempiere, e che il consumatore abbia colposamente determinato il sovraindebitamento, anche mediante un ricorso al credito non proporzionato alle proprie capacità patrimoniali, e

³⁵⁵ Tribunale di Napoli, settima sezione, sentenza del 18 febbraio 2016, in *www.dejure.it*.

³⁵⁶ Trib. Cagliari, provvedimento depositato in data 23 maggio 2016, R.G. 92\2016, non ancora pubblicato su riviste giuridiche.

riconde entrambe le circostanze, non agevolmente scindibili, ad un profilo di eccesso colposo di indebitamento³⁵⁷.

In conclusione, a nostro avviso, pur presentando i concetti di diligenza e ragionevolezza contenuti molto generali, il giudice può facilmente ricavare dalla disciplina del nostro codice civile i giusti parametri valutativi da applicare a tali clausole generali.

Le prime decisioni giurisprudenziali sembrano incanalare le decisioni sulla meritevolezza entro margini piuttosto definiti.

Tuttavia la dottrina³⁵⁸ ha mostrato preoccupazione, in quanto la presenza di clausole generali può comportare talvolta un'eccessiva discrezionalità del giudice³⁵⁹ e valutazioni a volte restrittive, a volte, all'opposto, troppo estensive o elastiche.

A nostro avviso, è chiaro che il legislatore abbia previsto, com'è uso nel nostro ordinamento, una clausola generale con l'intento di far applicare tale giudizio di meritevolezza ad una vasta gamma di situazioni eterogenee.

D'altro canto, è chiaro che le preoccupazioni della dottrina sono in parte giustificate dal fatto che si potrebbe giungere ad episodi paradossali.

Se infatti venisse spesso applicata una valutazione di tipo eccessivamente restrittivo, l'utilizzo di tale procedimento subirebbe una notevole limitazione e l'intento di tutelare soggetti deboli, quali il consumatore o le famiglie sovraindebitate in maniera non colpevole, non sempre verrebbe raggiunto³⁶⁰.

³⁵⁷ Il provvedimento del Tribunale di Cagliari pone e risolve un interessante problema : può il debitore chiedere l'omologazione del piano e, all'interno della stessa domanda, in subordine, in caso di esito negativo del giudizio di meritevolezza, chiedere l'accesso alla procedura dell'accordo? Il Tribunale di Cagliari, accogliendo in parte il reclamo contro il provvedimento di rigetto dell'omologazione del piano, risponde positivamente, interpretando l'art. 14-ter nel senso che soltanto il debitore che abbia beneficiato (e non solo presentato domanda) di una delle procedure previste dalla legge n. 3/2012 non possa presentare altra domanda nei cinque anni successivi.

³⁵⁸ G. BOZZELLI, *Credito responsabile e dati personali nel sistema creditizio: informazioni, merito e crisi*, in DE MATTEIS, N. GRAZIANO (a cura di), *Crisi da sovraindebitamento. Ovvero il fallimento del consumatore*, cit., p. 170 ss.

³⁵⁹ F. FORCELLINI, *Sovraindebitamento e stato dell'obbligazione pecuniaria*, cit., p. 109 ss.

³⁶⁰ E. PELLECCIA, *Primi provvedimenti sulle procedure di composizione della crisi da sovraindebitamento: in particolare il piano del consumatore*, cit., p. 543 ss.

Il piano del consumatore infatti, come anche gli altri procedimenti descritti dalla l. n. 3/2012, ha impulso su iniziativa del debitore, che predispone un piano finanziario e lo deposita in tribunale, dando inizio al procedimento.

L'impulso del consumatore pertanto nasce da una sua consapevolezza della propria posizione debitoria, le cui cause difficilmente potranno esulare totalmente dalla sua responsabilità o correttezza.

Diversamente, se venisse applicata una valutazione eccessivamente estensiva, si incentiverebbe l'incremento del fenomeno del sovraindebitamento.

Il consumatore, infatti, tenderebbe a comportarsi in maniera negligente o fraudolenta, sovraindebitandosi per mantenere il proprio stile di vita e allo stesso tempo chiederebbe di accedere al piano del consumatore e alla procedura di esdebitazione, nuocendo ai creditori che invece avevano stipulato con esso contratti in buona fede.

A nostro avviso, tuttavia, l'utilizzo di una clausola generale è necessario, in quanto le situazioni di sovraindebitamento sono varie e solitamente determinate da fattori eterogenei e pertanto le fattispecie non possono essere racchiuse in una serie di criteri valutativi eccessivamente rigidi.

Inoltre, la disciplina del piano del consumatore è già delimitata da una serie di paletti che circoscrivono l'accesso al debitore.

Egli, infatti, per usufruire dei vantaggi offerti dal procedimento del piano del consumatore, deve essere qualificabile come consumatore (art. 6, co. 2, lett. b)) e giudicato ammissibile a tale procedimento (art. 7), per cui introdurre un ulteriore filtro eccessivamente rigido potrebbe risultare eccessivo e condurre al rischio di non applicare quasi mai tale procedimento.

Infine il giudice dispone, come abbiamo sopra osservato, dei criteri guida presenti nel codice civile, nella disciplina delle obbligazioni e della responsabilità contrattuale, e della interpretazione che di essi hanno da anni elaborato la giurisprudenza e la dottrina, ed è tenuto a motivare la sua decisione di omologare o meno il piano del consumatore.

Pertanto non gode di arbitrio nella valutazione di tali elementi e non può decidere se non basandosi su principi di diritto e non di altra natura, come considerazioni di carattere etico o morale.

Lo stesso Tribunale di Pistoia accoglie il provvedimento di reclamo avverso il decreto di omologazione affermando: <<Si tratta di un sovraindebitamento, certo non eticamente censurabile in considerazione dell'incapacità lavorativa del figlio della resistente e dei conseguenti flussi negativi sull'economia familiare, ma certo non incolpevole nel senso che quantomeno l'assunzione dell'ultima obbligazione è avvenuta senza la ragionevole prospettiva di poterla adempiere ovvero nella consapevolezza di determinare, ove fosse inadempita, l'inadempimento del pregresso>>.

Per cui lo stesso Tribunale di Pistoia ha ritenuto che nonostante la condizione di sovraindebitamento, nel caso concreto, dal punto di vista etico non fosse censurabile perché collegata ad una situazione familiare difficile, lo fosse dal punto di vista giuridico, che è l'unica prospettiva che il giudice deve tener presente nella sua valutazione.

1.7.2. L'omologazione dell'accordo

Il giudizio di omologazione dell'accordo di composizione della crisi, come abbiamo visto nel par. 2.2., apre la *quarta fase* del medesimo procedimento, in cui il giudice è tenuto a decidere se omologare o meno l'accordo raggiunto dai creditori.

Tale giudizio presenta delle caratteristiche molto diverse da quello di omologazione del piano, dovute principalmente al fatto che i due procedimenti, come abbiamo anticipato nei paragrafi precedenti, sono, dal punto di vista strutturale, molto differenti.

Nel procedimento di accordo per la composizione della crisi, infatti, il giudice non è il diretto interlocutore del debitore³⁶¹, bensì lo sono i creditori,

³⁶¹ F. VERDE, *Il sovraindebitamento*, cit., p. 102 ss.

che partecipano direttamente al procedimento attraverso il deposito dei loro consensi e in un secondo momento, la formulazione delle loro eventuali contestazioni, all'organismo di composizione della crisi, entro dieci giorni prima della data dell'udienza.

Essi, attraverso l'espressione dei loro pareri fanno, pertanto, da filtro all'andamento del procedimento che, come dice il nome, è incentrato sul raggiungimento di una valutazione positiva della proposta del debitore, che dovrà essere pari ad almeno il 60% dei crediti.

Qualora non si raggiunga la maggioranza minima prevista non si procederà all'omologazione dell'accordo, ma il procedimento si concluderà con il rigetto con decreto dell'istanza di omologazione.

Diversamente, se la deliberazione ha un esito positivo, il giudice è tenuto ad esercitare i suoi poteri di controllo e di garanzia.

Tali poteri si esercitano attraverso un controllo *in primis* sull'esito della deliberazione e sul raggiungimento delle dovute maggioranze.

Si tratta di un'analisi di carattere meramente oggettivo, supportata ed ancorata ai dati forniti dalla relazione dell'organismo di composizione della crisi, in cui l'organismo attesta l'esito della deliberazione ed il computo delle adesioni e dei consensi dei creditori che hanno taciuto.

Tale controllo è finalizzato pertanto a certificare il raggiungimento dell'accordo e ad ufficializzare che effettivamente l'accordo esista.

Qualora inoltre non siano presenti contestazioni, il giudice, terminato questo controllo e accertata l'idoneità del piano ad assicurare il pagamento dei crediti impignorabili e di quelli di cui l'art. 7 co. 1, omologa l'accordo.

Diversamente, il giudizio di omologazione diventa più incisivo nel momento in cui il giudice è chiamato ad esercitare un ruolo di garanzia del contraddittorio, valutando le eventuali contestazioni fatte dai creditori agli organismi di composizione della crisi una volta terminata la procedura deliberativa e trasmesse al giudice assieme alla relazione *definitiva* sulla fattibilità e convenienza del piano.

Tali contestazioni possono avere il contenuto più vario e sono uno strumento di cui possono usufruire tutti i creditori, in particolare i creditori dissenzienti, che possono contestare o il computo dei crediti o la procedura deliberativa in sé o la convenienza generale o personale dell'accordo, o la prognosi di fattibilità di esso.

In quest'occasione il giudice è tenuto a valutare tutte le contestazioni e a risolverle.

Tale valutazione, in particolare, se riguarderà contestazioni sulla generale convenienza del piano, sarà basata sull'analisi della relazione definitiva degli organismi di composizione della crisi in merito alla fattibilità e convenienza dell'accordo. Se anche non dovesse comporre le contestazioni superando le perplessità dei creditori, il giudice potrà ugualmente omologare l'accordo, qualora ritenga che il creditore che contesti l'omologazione verrà soddisfatto comunque in misura non inferiore a quanto otterrebbe con la procedura di liquidazione dei beni (art. 12 co. 2)³⁶².

1.7.3. *Gli effetti del piano e dell'accordo omologati*

Il piano o l'accordo, una volta omologati, producono numerosi ed importanti effetti, che hanno risvolti simili in entrambe le procedure (disciplinati dagli artt.11, 12, 12-ter).

In *primis* l'atto di omologazione ha un effetto di natura coattiva, in quanto dal momento in cui interviene l'omologazione l'accordo e il piano diventano obbligatori e pertanto devono essere rispettati da tutti i creditori *anteriori* di

³⁶² L'art. 12, co. 2 infatti afferma: <<Quando uno dei creditori che non ha aderito o che risulta escluso o qualunque altro interessato contesta la convenienza dell'accordo, il giudice lo omologa se ritiene che il credito può essere soddisfatto dall'esecuzione dello stesso in misura non inferiore all'alternativa liquidatoria disciplinata dalla sezione seconda>>.

cui gli artt. 12 co. 3 e art. 12-ter co. 2³⁶³) alla data del decreto dell'udienza, a prescindere dalla loro volontà favorevole o meno al piano o all'accordo.

Inoltre l'omologazione produce sui beni sottoposti a sovraindebitamento, una sorta di vincolo di destinazione, funzionale a garantire la riuscita del programma finanziario accordato dal tribunale.

Tale indisponibilità patrimoniale coinvolge da un lato lo stesso debitore che può subire, pertanto, lo spossessamento dei propri beni, se la realizzazione del progetto economico di rientro viene affidata ad un gestore o ad un liquidatore, dall'altro tutti i creditori, *anteriori* alla data del decreto di fissazione dell'udienza e *posteriori*.

Per quanto riguarda l'indisponibilità patrimoniale sui creditori anteriori essa si manifesta nella disciplina del piano del consumatore attraverso un divieto esplicito di acquisire diritti di prelazione sul patrimonio del debitore, e iniziare o proseguire azioni cautelari o azioni esecutive individuali per il recupero del credito (art. 12-ter co. 1)³⁶⁴, salvo che il debitore non abbia pagato i crediti impignorabili³⁶⁵ o quelli di natura tributaria (di cui l'art. 7, co. 1).

³⁶³L'art. 12-bis co. 3 infatti afferma : <<L'accordo omologato e' obbligatorio per tutti i creditori anteriori al momento in cui e' stata eseguita la pubblicità di cui all'articolo 10, comma 2>> e l'art. 12-ter co. 2, primo periodo enuncia : << Il piano omologato e' obbligatorio per tutti i creditori anteriori al momento in cui e' stata eseguita la pubblicità di cui all'articolo 12-bis, comma 3>>.

³⁶⁴ L'art. 12 ter infatti afferma : <<Dalla data dell'omologazione del piano i creditori con causa o titolo anteriore non possono iniziare o proseguire azioni esecutive individuali. Ad iniziativa dei medesimi creditori non possono essere iniziate o proseguite azioni cautelari ne' acquistati diritti di prelazione sul patrimonio del debitore che ha presentato la proposta di piano>>.

³⁶⁵ I crediti impignorabili sono quelli non assoggettabili al pignoramento, perché di natura strettamente personale, secondo quanto afferma l'art. 545 c.p.c. : <<Non possono essere pignorati i crediti alimentari, tranne che per cause di alimenti, e sempre con l'autorizzazione del presidente del tribunale o di un giudice da lui delegato e per la parte dal medesimo determinata mediante decreto. Non possono essere pignorati crediti aventi per oggetto sussidi di grazia o di sostentamento a persone comprese nell'elenco dei poveri, oppure sussidi dovuti per maternità, malattie o funerali da casse di assicurazione, da enti di assistenza o da istituti di beneficenza. Le somme dovute dai privati a titolo di stipendio, di salario o di altre indennità relative al rapporto di lavoro o di impiego comprese quelle dovute a causa di licenziamento, possono essere pignorate per crediti alimentari nella misura autorizzata dal presidente del tribunale o da un giudice da lui delegato. Tali somme possono essere pignorate nella misura di un quinto per i tributi dovuti allo Stato, alle province e ai comuni, ed in eguale misura per ogni altro credito. Il pignoramento per il simultaneo concorso delle cause indicate precedentemente non può estendersi oltre la metà dell'ammontare delle somme predette. Restano in ogni caso ferme le altre limitazioni contenute in speciali disposizioni di legge. Le somme da chiunque dovute a titolo di pensione, di indennità che tengono luogo di pensione o di altri

Tale divieto, presente esplicitamente solo nella disciplina del piano, a nostro avviso dovrebbe ritenersi applicabile anche nella disciplina dell'accordo di composizione della crisi, in quanto non sarebbe ragionevole prevedere un trattamento diverso per la stessa categoria di creditori nei due diversi procedimenti.

Inoltre il divieto di azioni esecutive e cautelari è presente nelle procedure concordatarie, disciplinate dalla legge fallimentare, quali il concordato fallimentare (art. 51 l. fall.) e concordato preventivo (art. 168 l. fall.). Pertanto, è possibile che il legislatore non abbia sentito la necessità di specificare tale divieto nella procedura di accordo di composizione della crisi, essendo già utilizzato in procedure analoghe presenti nella legge fallimentare.

Diversamente, il legislatore ha deciso di esplicitare tale divieto nel procedimento del piano del consumatore per il fatto nella legge non è richiesto da parte dei creditori un atto di approvazione³⁶⁶ della proposta del debitore, non essendo presente alcuna procedura deliberativa finalizzata a ciò.

assegni di quiescenza, non possono essere pignorate per un ammontare corrispondente alla misura massima mensile dell'assegno sociale, aumentato della metà. La parte eccedente tale ammontare è pignorabile nei limiti previsti dal terzo, quarto e quinto comma nonché dalle speciali disposizioni di legge. Le somme dovute a titolo di stipendio, salario, altre indennità relative al rapporto di lavoro o di impiego, comprese quelle dovute a causa di licenziamento, nonché a titolo di pensione, di indennità che tengono luogo di pensione, o di assegni di quiescenza, nel caso di accredito su conto bancario o postale intestato al debitore, possono essere pignorate, per l'importo eccedente il triplo dell'assegno sociale, quando l'accredito ha luogo in data anteriore al pignoramento; quando l'accredito ha luogo alla data del pignoramento o successivamente, le predette somme possono essere pignorate nei limiti previsti dal terzo, quarto, quinto e settimo comma, nonché dalle speciali disposizioni di legge>>.

³⁶⁶ A nostro avviso, tale specificazione non è presente nel procedimento di accordo di composizione della crisi in quanto esso, a differenza del piano del consumatore, è caratterizzato, da lato da una deliberazione dei creditori che ponderano la convenienza o meno dell'accordo ad essere attuato, dall'altro da un atto di omologazione del tribunale che rende coattivo l'accordo sia per i creditori che vi hanno aderito, sia per quelli che non erano favorevoli.

I primi avranno interesse a favorire l'esecuzione dell'accordo e quindi non troveranno alcuna utilità nell'esercitare eventualmente azioni esecutive o cautelari sui beni del debitore. I secondi, pur non essendo favorevoli, sono consapevoli degli effetti della procedura concordataria, quindi si troveranno nell'obbligo implicito di non diminuire o ledere il patrimonio del debitore con azioni esecutive o cautelari.

Pertanto il legislatore ha preferito chiarire che una volta omologato il piano i beni del debitore sono sottratti alla possibilità di essere aggrediti individualmente dai creditori.

Essi non possono tutelare ulteriormente il proprio credito con azioni esecutive o cautelari, in quanto non gioverebbero all'esecuzione del piano omologato, ma comporterebbero solo un ostacolo alla sua attuazione, svalutando l'utilità³⁶⁷ della procedura di sovraindebitamento.

Un'ulteriore divieto che coinvolge i creditori ed è finalizzato a tutelare i beni del debitore in vista dell'esecuzione dell'atto di omologazione, è quello che stabilisce che i creditori *posteriori* alla data dell'udienza non possono esercitare azioni esecutive sui *beni oggetto* del piano (art. 12-ter co. 2)³⁶⁸.

Tale divieto è specificato in entrambi i procedimenti di sovraindebitamento e secondo alcuni autori il legislatore ha voluto sottolineare che coinvolge solo i beni oggetti del piano per il fatto che non sempre i beni sottoposti al sovraindebitamento coincidono con tutti i beni che compongono il patrimonio del debitore³⁶⁹.

Ulteriore effetto è, inoltre, quello disciplinato rispettivamente dagli artt. 12-ter, co. 3³⁷⁰ e 11 co. 3, i quali affermano che l'atto di omologazione non

³⁶⁷ Sembra utile ricordare che il procedimento di sovraindebitamento è finalizzato a permettere al debitore di ristrutturare e risanare la propria posizione debitoria evitando tra le altre cose anche di subire azioni esecutive o cautelari da parte dei creditori.

Se durante la procedura di sovraindebitamento fosse quindi permesso ai creditori di intraprendere contemporaneamente tali azioni sul patrimonio del debitore, il debitore sarebbe eccessivamente penalizzato e non vedrebbe più alcuna utilità nell'iniziare tale procedimento.

³⁶⁸ L'art. 12-ter, co. 2, secondo periodo infatti dice : <<I creditori con causa o titolo posteriore non possono procedere esecutivamente sui beni oggetto del piano>>.

³⁶⁹ V. A. CARON, *L'omologazione dell'accordo e del piano*, in F. DI MARZIO, F. MACARIO, G. TERRANOVA (a cura di), *La "nuova" composizione della crisi da sovraindebitamento*, cit., p. 48 s.

³⁷⁰ Tale disposizione riproduce interamente il contenuto sia dell'art. 135 , co. 2 l. fall. (in tema di concordato fallimentare), sia dell'art. 184, co. 2 l. fall. (in tema di concordato preventivo); v. in proposito A. CARON, *L'omologazione dell'accordo e del piano*, in F. DI MARZIO, F. MACARIO, G. TERRANOVA (a cura di), *La "nuova" composizione della crisi da sovraindebitamento*, cit, p. 40 s.

produce effetti nei confronti dei diritti dei creditori verso i fideiussori³⁷¹ del debitore.

Tale effetto presenta una deroga alla disciplina della fideiussione presente nel Codice Civile (disciplinata all'interno del Libro IV, Titolo III, Capo XXII dagli artt. 1936-1957).

La disciplina codicistica, infatti, stabilisce che l'obbligazione del fideiussore, essendo un'obbligazione nata per adempiere in via accessoria all'obbligazione principale del debitore, non può eccedere la misura dell'obbligazione principale o risultare più onerosa di essa (art. 1941 c.c.)³⁷², in quanto il suo contenuto è identico a quello dell'obbligazione principale.

Inoltre, in funzione di tale rapporto di accessorietà, tutte le vicende che coinvolgono l'obbligazione principale, si riversano anche sull'obbligazione accessoria, la quale, per esempio, nel caso di remissione del debito principale, viene liberata (1239 c.c.)³⁷³.

Tale disciplina non viene ripresa tuttavia in entrambi i procedimenti di sovraindebitamento, i quali non contemplano questo legame di accessorietà che vi è tra l'obbligazione principale del creditore e del debitore e quella accessoria del creditore ed del fideiussore.

Infatti entrambi gli articoli affermano: <<L'accordo non pregiudica i diritti dei creditori nei confronti dei coobbligati, fideiussori del debitore e obbligati in via di regresso>>; <<L'omologazione del piano non pregiudica i diritti dei creditori nei confronti dei coobbligati, fideiussori del debitore e obbligati in via di regresso>>

³⁷¹ La fideiussione è una garanzia personale disciplinata nel codice civile dagli artt. 1936-1957. Essa è rilasciata da un soggetto (fideiussore) che si obbliga personalmente, tramite un contratto di fideiussione, a garantire l'adempimento con tutti i suoi beni presenti e futuri (art. 2740 c.c.) di un'obbligazione altrui. Secondo quanto afferma l'art. 1936 infatti: <<È fideiussore colui che, obbligandosi personalmente verso il creditore, garantisce l'adempimento di un'obbligazione altrui>>. Tale contratto è stipulato tra il creditore titolare del credito che il debitore è tenuto ad adempiere ed il fideiussore, il quale pertanto stringe con tale creditore un'obbligazione accessoria a quella principale tra il debitore ed il creditore. V. in proposito P. ZATTI, V. COLUSSI, *Lineamenti di diritto privato*, cit., p. 371 ss.

³⁷² L'art. 1941 c.c. infatti afferma: << La fideiussione non può eccedere ciò che è dovuto dal debitore, né può essere prestata a condizioni più onerose. Può prestarsi per una parte soltanto del debito o a condizioni meno onerose. La fideiussione eccedente il debito o contratta a condizioni più onerose è valida nei limiti dell'obbligazione principale>>.

³⁷³ L'art. 1239 c.c. enuncia: <<La remissione accordata al debitore principale libera i fideiussori>>.

Da tali articoli emerge, pertanto, che i fideiussori sono tenuti ad adempiere l'intero credito e non la parte stabilita in sede di omologa e, una volta adempiuto il debito, ne potranno ripetere solo la percentuale stabilita dal tribunale (pertanto la loro obbligazione risulta essere più onerosa dell'obbligazione principale, in deroga all'art. 1941 c.c.).

Inoltre da tali articoli emerge anche che qualora ci sia una qualche vicenda che coinvolga l'obbligazione principale del debitore, come per esempio l'esdebitazione di una parte o di tutto il debito, essa non coinvolge anche l'obbligazione fideiussoria, in deroga quindi all'art. 1239 c.c.

Le ragioni di questa differente disciplina sono molteplici.

Il primo motivo è di carattere meramente tecnico.

Per accedere, infatti, alla disciplina del sovraindebitamento e al beneficio dell'esdebitazione è necessario, prima di tutto, versare nella condizione economica di sovraindebitamento.

Se fosse possibile che l'atto di omologazione avesse i medesimi effetti sui coobbligati che non siano in stato di sovraindebitamento, tale disciplina sarebbe da un lato ingiustificata, dall'altro iniqua.

In primo luogo sarebbe ingiustificata, in quanto il coobbligato, non versando in una situazione economica di sovraindebitamento, non avrebbe diritto di accedere ai benefici della procedura di sovraindebitamento.

In secondo luogo apparirebbe iniqua, in quanto consentirebbe di praticare un trattamento uguale a due debitori che versino in situazioni economiche diverse, e questo da un lato svaluterebbe il vantaggio della garanzia personale a favore dei creditori che ne dispongono e dall'altro non creerebbe alcun incentivo da parte di tali creditori ad aderire all'accordo (nel caso in cui il procedimento sia l'accordo di composizione della crisi).

Inoltre un'ulteriore motivazione che giustifica la scelta del legislatore si basa sul fatto che i procedimenti di sovraindebitamento non siano delle procedure di carattere negoziale.

Da un lato abbiamo il piano del consumatore che consiste in un atto predisposto unilateralmente dal debitore e dichiarato obbligatorio per tutti i creditori anteriori da un atto coattivo del giudice.

Dall'altro abbiamo una procedura deliberativa in cui non necessariamente tutti i creditori devono essere favorevoli per la riuscita del procedimento.

Pertanto in entrambi i casi la scelta di diminuire l'ammontare dei debiti del debitore o di permettere l'esdebitazione di una parte dei debiti rimasti insoddisfatti non è legata ad un atto di autonomia privata di tutti i creditori e quindi non sarebbe giusto che nel piano del consumatore tutti i creditori, o nel procedimento di accordo, i creditori non favorevoli, qualora godano di queste garanzie, non possano usufruirne ed essere quindi soddisfatti interamente.

1.7.4. *L'esecuzione del piano e dell'accordo*

Una volta omologato il piano o l'accordo, la sua esecuzione (art. 13) può avvenire a seconda delle situazioni o attraverso un liquidatore, qualora la sua nomina sia obbligatoria o in via residuale per mano di un gestore o dello stesso debitore.

Nel primo caso il liquidatore³⁷⁴ viene nominato dal giudice, su proposta dell'Organismo di composizione della crisi³⁷⁵ nel caso in cui la sua nomina sia prevista all'interno del piano o dell'accordo o se siano utilizzati per la soddisfazione dei crediti (art. 13 co.1) beni sottoposti a pignoramento.

³⁷⁴ I cui requisiti di nomina sono gli stessi di quelli del curatore fallimentare, di cui l'art. 28 r.d. 267/1942, secondo quanto dice l'art. 13, co. 1 che afferma : <<Se per la soddisfazione dei crediti sono utilizzati beni sottoposti a pignoramento ovvero se previsto dall'accordo o dal piano del consumatore, il giudice, su proposta dell'organismo di composizione della crisi, nomina un liquidatore che dispone in via esclusiva degli stessi e delle somme incassate. Si applica l'articolo 28 del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267>>.

³⁷⁵ Talvolta il liquidatore può essere anche lo stesso Organismo di composizione della crisi. V. in proposito L. PANZANI, *La composizione della crisi da sovraindebitamento dopo il D.L. 179/2012*, cit., p. 12 s.

Esso, una volta nominato, qualora abbia accettato la carica, dispone esclusivamente dei beni e delle somme incassate. Non è previsto espressamente che il debitore abbia diritto di controllare la gestione di tali beni e di averne il rendiconto alla fine della loro liquidazione, secondo quanto è invece previsto dall'art. 1983 c.c.³⁷⁶.

Nell'ipotesi inoltre in cui la soddisfazione dei crediti derivi dal pignoramento di beni del debitore, pare operativamente preferibile affidare al liquidatore non solo tali beni ma l'intero patrimonio, senza frazionamenti³⁷⁷.

Nel caso in cui invece la presenza del liquidatore non sia obbligatoria, il giudice o affida l'esecuzione ad un gestore, il quale si occupa della liquidazione, custodia o distribuzione del ricavato ai creditori, oppure allo stesso debitore.

In quest'ultimo caso è il debitore proponente che esegue personalmente i pagamenti e gli altri atti previsti dal piano o dall'accordo e non subisce quindi lo spossessamento dei suoi beni.

Tuttavia, durante il suo operato è vigilato dall'Organismo di composizione della crisi che controlla la corretta esecuzione del piano o dell'accordo.

Anche durante la fase di esecuzione, l'Organismo di composizione della crisi ha infatti numerosi poteri: esso può proporre la nomina del liquidatore o occuparsi personalmente della liquidazione dei beni, se incaricato dal giudice, inoltre è tenuto a vigilare sull'operato del debitore e a risolvere gli eventuali problemi che possono emergere durante tale fase e a comunicare ogni irregolarità ai creditori³⁷⁸.

³⁷⁶ L'art. 1983 c.c. infatti afferma : <<Il debitore ha diritto di controllare la gestione e di averne il rendiconto alla fine della liquidazione, o alla fine di ogni anno se la gestione dura più di un anno. Se è stato nominato un liquidatore, questi deve rendere il conto anche al debitore>>.

³⁷⁷ R. BATTAGLIA, *La composizione della crisi da sovraindebitamento del debitore non fallibile: alcuni profili problematici*, in *Diritto Fallimentare e delle società commerciali*, Fasc. 3/4, Vol. 87, Padova, 2012, p. 445 s.

³⁷⁸ I compiti dell'O.C.C. sono tanti e tali, sia nella fase precedente all'omologazione che in quella della esecuzione dell'accordo o del piano, che da più parti si sono segnalate le molteplici situazioni di conflitto di interesse che si possono verificare.

Diversamente il Giudice ha il compito, una volta verificato con il liquidatore la conformità dell'atto dispositivo all'accordo o al piano e controllato che i creditori privilegiati e impignorabili siano stati pagati, di autorizzare lo svincolo delle somme e di ordinare la cancellazione della trascrizione del pignoramento, delle iscrizioni relative al diritto di prelazione e di ogni altro vincolo su tali beni.

Inoltre si occupa di risolvere eventuali contestazioni in merito alla violazione di diritti soggettivi o alla sostituzione del liquidatore per giustificati motivi e ha il potere di sospendere con decreto motivato gli atti di esecuzione dell'accordo per gravi o giustificati motivi.

Inoltre il giudice è tenuto ad ascoltare il debitore, qualora abbia modificato insieme all'Organismo la proposta o l'accordo originario se risultava essere impossibile la sua esecuzione, per cause non imputabili al debitore (art. 13, co. 4-ter).

Infine il legislatore ha stabilito che, durante tale fase, qualunque atto dispositivo o pagamento posto in essere in violazione del piano o dell'accordo sia inefficace³⁷⁹ rispetto ai creditori *anteriori* alla data del decreto di fissazione dell'udienza.

Tale disposizione, modificata rispetto al testo di legge originario che prevedeva invece la nullità di tali atti o pagamenti, è dovuta al fatto che come abbiamo accennato all'inizio di tale paragrafo, il patrimonio del debitore, una volta omologato l'accordo o il piano, è sottoposto ad un vincolo di destinazione³⁸⁰ (art. 13, co. 4).

³⁷⁹ L'art. 13, co. 4 della l. n. 3/2012 in origine, prima della riforma fatta dal d.l. 179/2012 prevedeva che gli atti posti in essere in violazione dell'accordo fossero nulli, secondo quanto emerge in S. CORDOPATRI, *L'esecuzione dell'accordo o del piano del consumatore*, in F. DI MARZIO, F. MACARIO, G. TERRANOVA (a cura di), *La "nuova" composizione della crisi da sovra indebitamento*, cit., p. 56 s.

³⁸⁰ V. L. PANZANI, *La composizione della crisi da sovra indebitamento dopo il D.L. 179/2012*, cit., p. 13 s. e R. BATTAGLIA, *Legge 27 gennaio 2012 n. 3*, in G. LO CASCIO (a cura di), *Codice Commentato del fallimento*, cit., p. 2683 s.

La scelta di utilizzare l'istituto dell'inefficacia³⁸¹, comporta quindi che l'atto o il pagamento eseguito dal debitore sia di per sé valido, ma non produca effetti nei confronti dei creditori citati. Tuttavia nel caso in cui l'accordo o il piano siano revocati o annullati, viene automaticamente revocata l'inefficacia di tali atti, e pertanto da quel momento iniziano a produrre effetti su tali soggetti.

Una volta portato a termine con successo il piano o l'accordo, inoltre, il debitore ottiene automaticamente l'esdebitazione dei debiti *anteriori*³⁸² rimasti insoddisfatti, i quali sono inesigibili³⁸³ dai creditori sorti anteriormente, in quanto il loro soddisfacimento non era stato previsto all'interno del piano finanziario del debitore.

L'esdebitazione che avviene al termine di tali procedimenti non è disciplinata esplicitamente dal legislatore, in quanto è un effetto naturale e automatico dell'esecuzione di essi.

Tale istituto si distingue, come vedremo, dal procedimento di esdebitazione presente al termine della procedura di liquidazione del patrimonio³⁸⁴, disciplinato dall'art. 14-*terdecies*.

Nella disciplina della liquidazione, vedremo che il debitore non oltre un anno dal termine di detta procedura può chiedere di ottenere l'esdebitazione dei debiti rimanenti, rimasti insoddisfatti.

³⁸¹ Tale istituto è presente pure nella disciplina del pignoramento; il codice civile all'art. 2913 stabilisce che : <<Non hanno effetto in pregiudizio del creditore pignorante e dei creditori che intervengono nell'esecuzione gli atti di alienazione dei beni sottoposti a pignoramento>>. V. in proposito S. CORDOPATRI, *L'esecuzione dell'accordo o del piano del consumatore*, in F. DI MARZIO, F. MACARIO, G. TERRANOVA (a cura di), *La "nuova composizione della crisi da sovraindebitamento"*, cit., p. 56 s.

³⁸² Infatti, come abbiamo visto all'inizio di tale paragrafo i creditori *anteriori* alla data di fissazione dell'udienza sono gli unici vincolati dal piano o dall'accordo omologato, diversamente i creditori *posteriori* subiscono solo un divieto di soddisfarsi dei propri crediti sui beni oggetto del piano.

³⁸³ L'effetto dell'inesigibilità dei crediti anteriori determina che non vi è una novazione o un'estinzione dell'obbligazione originaria, pertanto il creditore anteriore rimasto insoddisfatto potrà far valere il suo credito nei confronti degli eventuali obbligati solidati, secondo quanto emerge in L. PELLICCIA, *La procedura di liquidazione del patrimonio del debitore*, in S. DE MATTEIS, N. GRAZIANO (a cura di), *Crisi di sovraindebitamento. Ovvero il fallimento del consumatore*, cit., p. 87 s.

³⁸⁴ V. *infra* § 3, Cap. II.

Il giudice monocratico, analizzata la richiesta, permette con decreto l'esdebitazione qualora sussistano determinate condizioni di *meritevolezza* relative al comportamento tenuto dal debitore prima e durante la procedura di liquidazione.

Diversamente, sia nel piano del consumatore che nell'accordo di composizione, una volta approvati e omologati tali atti l'esdebitazione diviene una naturale conseguenza dell'esecuzione degli stessi.

Nel procedimento dell'accordo di composizione della crisi, essa è accettata volontariamente dai creditori che hanno espresso un voto favorevole all'accordo e coattivamente dai creditori non favorevoli, i quali, una volta omologato l'accordo saranno tenuti ad eseguirlo e a subire i suoi relativi effetti³⁸⁵.

Nel procedimento del piano del consumatore, invece, essa è subita coattivamente da tutti i creditori anteriori, in quanto il contenuto del piano e i suoi effetti esdebitatori sono subordinati alla sola valutazione del giudice in ordine alla meritevolezza (oltre che alla fattibilità e alla convenienza) o meno dell'attuazione di tale piano.

Qualora il piano sia risultato meritevole esso, ove omologato e completamente eseguito, produrrà automaticamente gli effetti esdebitatori.

In merito a quest'ultima valutazione del giudice troviamo pertanto delle analogie col procedimento di liquidazione.

L'unica differenza è che mentre nel procedimento di liquidazione il giudizio di meritevolezza, come avremo modo di vedere in seguito, concerne unicamente l'approvazione o meno dell'esdebitazione, nel procedimento del piano esso concerne una generale valutazione sulla meritevolezza del debitore di accedere o meno a tutta la procedura del piano del consumatore.

³⁸⁵ Gli effetti automatici dell'esdebitazione presenti nel procedimento di accordo per la composizione della crisi, si manifestano analogamente nella disciplina del concordato preventivo, in cui la rinuncia ad una determinata percentuale di debiti è volontaria per i creditori favorevoli al concordato ed è coattiva, attraverso l'omologazione del concordato preventivo, per i creditori non favorevoli al concordato e ai suoi effetti esdebitatori. V. in proposito A. DI AMATO, *L'esdebitazione nella crisi da sovraindebitamento*, in F. PARENTE, L. RUGGERI (a cura di), *Attività di liquidazione e tutela dei creditori*, cit., p. 179 s.

Tuttavia all'interno di tale valutazione il giudice valuterà anche se il debitore è meritevole di godere del beneficio dell'esdebitazione, in quanto come abbiamo detto è un effetto automatico e non eventuale dell'esecuzione del piano omologato.

Tale istituto per concludere è finalizzato a liberare il debitore da tutti i suoi debiti rimanenti e di permettergli pertanto di poter riavere un ruolo attivo all'interno della società, ossia un *fresh start*.

Esso, pertanto, ha una duplice finalità.

Da un lato esso tutela il debitore, quale soggetto debole di un rapporto obbligatorio che si è sovraindebitato non per sua colpa.

Dall'altro tutela l'equilibrio della domanda e dell'offerta all'interno del mercato, e quindi il mercato stesso, evitando l'emarginazione sociale ed economica di detti soggetti.

Esso si pone dunque come eccezione alla regola dell'art. 2740 c.c. che afferma che: <<Il debitore risponde dell'adempimento delle obbligazioni con tutti i suoi beni presenti e futuri>>.

Con questa affermazione, contenuta nel nostro codice civile nel libro IV, dedicato alle obbligazioni, al Titolo III, Capo I, tale articolo stabilisce che un individuo una volta divenuto debitore, instaurando un rapporto obbligatorio con un altro individuo, quale il creditore, si impegna a garantire l'adempimento della propria obbligazione con tutti i suoi beni presenti e futuri.

Il creditore pertanto di regola ha la possibilità di continuare ad aggredire il patrimonio del debitore fin quando non sarà pienamente soddisfatto³⁸⁶.

Il secondo comma dell'art. 2740 c.c. afferma: <<Le limitazioni della responsabilità non sono ammesse se non nei casi stabiliti dalla legge>>. Pertanto, nella disciplina del sovraindebitamento è stato necessario inserire una previsione espressa per consentire la limitazione della responsabilità patrimoniale del debitore, giustificata dalla tutela di interessi pubblici,

³⁸⁶ In merito a questo v. G. TUCCI, *Responsabilità patrimoniale e cause di prelazione*, in M. BESSONE (a cura di), *Istituzioni di diritto privato*, Giappichelli, Torino, 2010, p. 1146 s.

superiori a quelli meramente privati dei creditori, quali la tutela di un fenomeno di emergenza sociale come quello del sovraindebitamento.

1.8. *Le azioni di annullamento e di risoluzione dell'accordo*

Nel procedimento di accordo per la composizione della crisi il legislatore all'art.14, denominato "*Impugnazione e risoluzione dell'accordo*" stabilisce la possibilità per "*ogni creditore*" o per "*ciascun creditore*" di chiedere l'annullamento o la risoluzione dell'accordo.

Entrambi i procedimenti si svolgono secondo le forme del rito camerale di cui gli artt. 737 ss. ed è competente il tribunale, individuato nel medesimo ufficio giudiziario in cui si è aperto il procedimento di sovraindebitamento, riunito in composizione collegiale, all'interno del quale non può partecipare il giudice che ha omologato l'accordo.

La scelta del rito camerale per alcuni autori³⁸⁷ è stata dettata dal fatto che entrambi i procedimenti assumono caratteristiche simili a quelle di un procedimento d'impugnazione che riguarderebbe in questo caso il decreto di omologa dell'accordo.

Tuttavia il procedimento classificato dal legislatore come una vera e propria impugnazione è solo quello dell'istanza di annullamento, (in quanto l'art. 14 si intitola appunto "*Impugnazione e risoluzione dell'accordo*").

I legittimati attivi di entrambi i procedimenti sono i creditori e non anche altri organi coinvolti nella procedura, come per esempio l'Organismo di Composizione della crisi, a differenza di quanto avviene nei procedimenti

³⁸⁷ V. I. ARCURI, P. BOSTICCO, *Il piano di risanamento attestato ed il nuovo sovraindebitamento*, cit., p. 212 s.

di annullamento del concordato fallimentare e preventivo, in cui legittimati attivi sono anche altri soggetti³⁸⁸.

Per quanto riguarda l'individuazione dei creditori legittimati a chiedere la risoluzione o l'annullamento dell'accordo, il legislatore con le diciture generiche sopra riportate non chiarisce se possano chiedere l'annullamento o la risoluzione tutti i creditori o solo quelli aderenti all'accordo³⁸⁹.

I due procedimenti possono essere iniziati per profili patologici diversi, tassativamente elencati, che coinvolgono il contenuto dell'accordo omologato, disciplinati rispettivamente dall'art. 14, co. 1 e 1-*bis* (cause di annullamento) e dall'art. 14 co. 2 e 3 (cause di risoluzione).

Differenza sostanziale tra i due procedimenti risiede nel fatto che l'annullamento è un procedimento di carattere sostanzialmente sanzionatorio, legato ad una condotta dolosa o colposa del debitore (nella disciplina precedente alle modifiche introdotte con il d.l. n. 179 del 2012 non era contemplata la rilevanza ai fini dell'annullamento di una condotta colposa).

Diversamente, il procedimento di risoluzione dell'accordo non si attiva necessariamente in conseguenza di una condotta dolosa o colposa del debitore, ma può essere determinato anche da una condotta scorretta tenuta

³⁸⁸ La disciplina del procedimento di annullamento del concordato preventivo, di cui l'art. 186 l. fall. stabilisce infatti che legittimato attivo è, oltre ai creditori, anche il commissario giudiziale.

Nella disciplina di annullamento del concordato fallimentare, invece, di cui l'art. 138 l. fall. legittimato passivo, oltre ai creditori è il curatore fallimentare.

In riferimento al procedimento di risoluzione, invece, legittimati attivi di entrambi i procedimenti, di cui l'art. 137 l. fall. (concordato fallimentare) e 186 l. fall. (concordato preventivo) sono solo i creditori.

³⁸⁹ Secondo alcuni autori, la dicitura generica "ogni creditore" utilizzata nella disciplina del procedimento di annullamento o quella di "ciascun creditore" nel procedimento di risoluzione si riferiscono sia ai creditori aderenti, che non aderenti all'accordo : in questo senso F. VERDE, *Il sovraindebitamento*, cit., p. 127 s. e R. BATTAGLIA, *La composizione della crisi da sovraindebitamento*, cit., p. 447 s. Tuttavia altri autori ritengono che si riferiscano solo ai creditori aderenti, in quanto quelli non aderenti non hanno interesse a chiedere l'annullamento o la risoluzione dell'accordo e inoltre possono chiedere a norma dell'art. 12, co. 4 l'accertamento dell'eventuale inadempimento del debitore nei loro confronti, secondo quanto emerge in R. GIORDANO, *L'impugnazione e la risoluzione dell'accordo*, in F. DI MARZIO, F. MACARIO, G. TERRANOVA, *La "nuova" composizione della crisi da sovraindebitamento*, cit., p. 59 s.

da terzi garanti o dall'impossibilità dell'esecuzione determinata da cause estranei al controllo, volontà o responsabilità del debitore.

Entrambi i procedimenti possono essere iniziati entro un termine preciso e relativamente breve³⁹⁰, lo stesso stabilito nella disciplina del concordato preventivo e fallimentare.

Nel caso di annullamento, infatti, i termini sono di sei mesi dalla *scoperta* della causa di annullamento e di non oltre due anni dalla scadenza del termine fissato per l'ultimo adempimento previsto nell'accordo.

Nel caso di risoluzione, invece, i termini sono di sei mesi dalla *scoperta*³⁹¹ della causa di risoluzione o di un anno dalla scadenza del termine previsto per l'ultimo adempimento.

Quanto agli effetti dell'annullamento o della risoluzione dell'accordo, essi producono una caducazione retroattiva degli effetti modificativi dei rapporti previsti dall'accordo ed inoltre vengono meno gli effetti dell'inibitoria derivante dall'omologazione.

³⁹⁰ Tali termini sono relativamente brevi, rispetto a quelli di diritto comune in quanto si discostano dal lungo termine di prescrizione di cinque anni previsto nella disciplina di annullamento del contratto di cui l'art. 1442 c.c., che afferma: «<L'azione di annullamento si prescrive in cinque anni>>». Invece, si rifanno sia alla disciplina del concordato preventivo (art. 186, co. 5), che a quella del concordato fallimentare (art. 138, co. 3).

Il legislatore non ha specificato il perché prevedere dei termini relativamente più brevi, rispetto a quelli previsti dal diritto comune. A nostro avviso la scelta è stata voluta da un lato per rimarcare la tutela del debitore e il principio del *favor debitoris* in tale disciplina. Per il creditore non è semplice infatti rilevare tali situazioni patologiche, per cui tali termini sono nettamente a suo sfavore. Dall'altro, è stata finalizzata ad evitare situazioni d'inerzia dei creditori e a dare certezza all'esecuzione dell'accordo. Il legislatore, tuttavia, non ha specificato su chi ricada l'onere di provare l'osservanza di tali termini, in quanto è controverso, sia qui, come nelle procedure concordatarie³⁹⁰, se essi siano un presupposto per proporre la domanda di annullamento e quindi debbano essere dimostrati dal richiedente o se siano un'eccezione di carattere processuale e quindi il mancato rispetto di essi debba essere eccepito dal resistente. Su questo profilo v. I. ARCURI, P. BOSTICCO, *Il piano di risanamento attestato ed il nuovo sovraindebitamento*, cit., p. 212 s. e M. VITIELLO, *Risoluzione e annullamento del concordato*, in G. LO CASCIO (a cura di), *Codice commentato del fallimento*, cit., p. 2317 s.

³⁹¹ Per quanto riguarda l'utilizzo del termine *scoperta* nel procedimento di risoluzione dell'accordo, per VERDE tale termine è molto "sciatto" ed "improprio" in quanto guardando le cause di risoluzione appena elencate essere non sono "scoperte" dai creditori, bensì semmai constatate. Infatti il termine di decadenza per richiedere la risoluzione dell'accordo decorre o dalla data dell'indadempimento, o dalla quella in cui le garanzie dovevano essere costituite o infine da dalla data in cui si verifica l'impossibilità: v. in proposito F. VERDE, *Il sovraindebitamento*, cit., p. 129 s.

Tuttavia sono salvi i diritti acquistati dai terzi in buona fede (art. 14, co. 4) dopo l'omologazione e prima dell'annullamento e della risoluzione.

1.8.1. *L'azione di annullamento dell'accordo*

Le cause di annullamento sono tassativamente elencate³⁹² all'art. 14, co. 1 e sono: l'aumento o diminuzione del passivo fatta con dolo o colpa grave, la dissimulazione o sottrazione di una parte rilevante del passivo, o la simulazione dolosa di attività inesistenti.

Tali cause si discostano di gran lunga da quelle previste nella disciplina dell'annullamento del contratto in generale, elencate nel nostro Codice Civile al Libro IV, Titolo II, Capo XII, Sezione I.

Infatti tra le cause di annullamento elencate nell'art. 14 non sono previsti né vizi della volontà diversi dal dolo, quali l'errore o la violenza, né l'incapacità³⁹³ legale o naturale di una delle parti.

³⁹² Infatti l'art. 14 co. 1 precisa che: <<Non è ammessa alcuna altra azione di annullamento>>.

³⁹³ L'art. 1425 c.c. afferma al 1. co. che: <<Il contratto è annullabile se una delle parti era legalmente incapace di contrattare>>.

Tale incapacità legale è la situazione in cui versa un soggetto, quale il minore emancipato o l'inabilitato o l'interdetto, che non viene considerato dall'ordinamento giuridico in grado di poter disporre validamente della propria (intera, nel caso dell'inabilitato e del minore emancipato) sfera giuridico-patrimoniale e pertanto di porre in essere determinate azioni giuridiche.

L'art. 1425 co. 2 inoltre descrive un altro tipo di incapacità che porta all'annullamento del contratto, quale l'incapacità naturale. Essa consiste in una situazione in cui una persona che, sebbene non interdetta, si provi essere stata per qualsiasi causa, anche transitoria, incapace d'intendere o di volere. Esso infatti afferma: <<È parimenti annullabile, quando ricorrono le condizioni stabilite dall'articolo 428, il contratto stipulato da persona incapace di intendere o di volere>>.

Tale incapacità consiste nella condizione in cui si trova un soggetto (ad esempio, per una terapia farmacologica che ne ha determinato uno stato confusionale) al momento di compiere un atto. L'art. 428 c.c. citato dall'art. 1425 c.c. dispone in proposito che gli atti compiuti in stato d'incapacità naturale possono essere annullati su istanza della persona medesima o dei suoi eredi o aventi causa, se ne risulta un grave pregiudizio all'autore, ma per quanto riguarda i contratti il loro annullamento non può essere pronunziato se non quando, per il pregiudizio che sia derivato o possa derivare alla persona incapace d'intendere o di volere o per la qualità del contratto o altrimenti, risulta la malafede dell'altro contraente. L'azione si prescrive in cinque anni, salvo diversa disposizione di legge (ad esempio, per il matrimonio, l'azione non può essere proposta se vi è stata coabitazione

La scelta del legislatore di non includere tali cause di annullamento nella disciplina del sovraindebitamento è stata dettata dal fatto che il procedimento di accordo di composizione della crisi è caratterizzato non da un insieme di accordi distinti tra i singoli creditori e il debitore, come il procedimento degli accordi di ristrutturazione dei debiti, bensì è una deliberazione concordataria³⁹⁴.

Pertanto non possono essere annoverati tra le cause di annullamento né i vizi della volontà, né lo stato d'incapacità di un singolo creditore, in quanto non possono aver influito sull'intera deliberazione.

Tuttavia, esse riprendono in parte quelle previste nella disciplina dell'annullamento del contratto di cessione dei beni, di cui l'art. 1986 c.c., il quale prevede che: << *La cessione può essere annullata se il debitore, avendo dichiarato di cedere tutti i suoi beni, ha dissimulato parte notevole di essi, ovvero se ha occultato passività o ha simulato passività inesistenti*>>.

Il primo gruppo di cause previste dall'art. 14, co. 1 distingue due situazioni, a seconda che sia *“stato dolosamente o con colpa grave aumentato il passivo”*, oppure sia *“stato dolosamente o con colpa grave diminuito il passivo”*.

Entrambe le ipotesi riguardano un'alterazione dolosa o gravemente colposa³⁹⁵ della situazione passiva del patrimonio del debitore, volta ad influenzare la valutazione dei creditori sulle loro prospettive di soddisfacimento.

Nel primo caso tale alterazione è dovuta ad un aumento dello stato passivo del debitore, che solitamente avviene attraverso l'esposizione di debiti inesistenti o la rappresentazione di debiti in misura superiore.

per un anno dopo che il coniuge incapace ha recuperato la pienezza delle facoltà mentali: art. 120 c.c.).

³⁹⁴ Non a caso infatti il tale procedimento è denominato “accordo” di composizione della crisi e non “accordi”, secondo quanto emerge in R.GIORDANO, *L'impugnazione e la risoluzione dell'accordo*, in F. DI MARZIO, F. MACARIO, G. TERRANOVA, *La “nuova” composizione della crisi da sovraindebitamento*, cit., p. 60 s.

³⁹⁵ In particolare l'elemento di colpa grave è stato aggiunto di recente con la riforma del d.l. 179/2012. Secondo alcuni autori tale modifica ha portato ad un avvicinamento di tali cause di annullamento con la disciplina del generico illecito civile di cui l'art. 2043 c.c. il quale prevede come elemento soggettivo sia l'elemento doloso, che in alternativa quello colposo. In merito a questo V. F. VERDE, *Il sovraindebitamento*, cit., p. 127 s.

Tale ipotesi, a nostro avviso, potrebbe essere dovuta alla volontà del debitore di descrivere una situazione economica drammatica in modo da accedere più facilmente alle procedure di sovraindebitamento.

Nel secondo caso tale alterazione è invece al contrario determinata da una diminuzione dello stato passivo del debitore che porta a rendere più appetibile l'accordo, in quanto vi è una omissione da parte del debitore nel segnalare debiti che andrebbero a precludere o diminuire prospettive di soddisfazione dei creditori³⁹⁶.

Le altre cause di annullamento invece riguardano un'alterata prospettazione di una parte *rilevante* dello stato attivo del debitore.

Tali alterazioni possono comportare da un lato una diminuzione fittizia del patrimonio data da una sottrazione o dissimulazione dei beni del debitore, dall'altro un aumento fittizio dello stesso, attraverso una simulazione di attività inesistenti.

Per quanto riguarda la sottrazione o dissimulazione dell'attivo essa può essere dovuta ad un occultamento di beni (praticabile per quella parte di attivo che sia denaro o beni non presenti in pubblici registri), o ad una mancata denuncia di crediti o ad atti simulati di alienazione o di costituzione di diritti di prelazione.

Inoltre in tali ipotesi possono rientrare sia i casi di alienazione realmente volute ma non rilevate dall'Organismo di composizione della crisi, sia il comportamento omissivo del debitore, nel caso lasci che un terzo sottragga l'attivo³⁹⁷.

Entrambe le azioni di sottrazione od occultamento devono tuttavia riguardare una parte *rilevante* dei beni del debitore, cioè devono avere una misura tale da incidere sulla valutazione di convenienza della proposta di accordo.

³⁹⁶ Secondo quanto emerge in I. ARCURI, P. BOSTICCO, *Il piano di risanamento attestato ed il nuovo sovraindebitamento*, cit., p. 211 s.

³⁹⁷ V. I. ARCURI, P. BOSTICCO, *Il piano di risanamento attestato ed il nuovo sovraindebitamento*, cit., p. 212 s.

Diversamente, l'aumento fittizio dell'attivo del debitore viene sanzionato con l'azione di annullamento in quanto viene gonfiata la consistenza delle attività realmente esistenti.

In merito alla disciplina dell'annullamento dell'accordo alcuni autori³⁹⁸ si sono chiesti, in assenza di una precisazione del legislatore, se tale azione di annullamento debba essere necessariamente proposta come sanzione nel caso in cui ci sia stata un'azione dolosa o colposa da parte del debitore sul suo patrimonio, o se possa essere richiesta anche nel caso in cui la responsabilità ricada su altri soggetti.

A nostro avviso, sembra da escludere che possa darsi luogo all'annullamento dell'accordo nel caso in cui l'azione dolosa o colposa sul patrimonio del debitore sia posta in essere per esempio dallo stesso organismo di composizione della crisi o da uno dei creditori, in quanto si sanzionerebbe senza motivo il debitore non responsabile di tali situazioni, anche se in punto di fatto appare difficile ipotizzare casi in cui il debitore possa ignorare la situazione che può dar luogo ad annullamento, inerendo essa al suo patrimonio.

1.8.2. *L'azione di risoluzione dell'accordo*

Per quanto riguarda le cause di risoluzione dell'accordo, invece, esse sono elencate dall'art. 14 co. 2, che afferma che ciascun creditore può chiedere la risoluzione dell'accordo nel caso in cui *“Il proponente non adempie agli obblighi derivanti dall'accordo, se le garanzie promesse non vengono costituite o se l'esecuzione dell'accordo diviene impossibile per ragioni non imputabili al debitore”*.

³⁹⁸ I. ARCURI, P. BOSTICCO, *Il piano di risanamento attestato ed il nuovo sovraindebitamento*, cit., p. 210 s.

Per quanto riguarda la prima causa di risoluzione essa risulta essere alquanto generica, dal momento che non stabilisce alcuna specificazione sulla portata dell'inadempimento.

Nella disciplina precedente, diversamente, veniva specificato che l'accordo poteva essere sottoposto a risoluzione, se veniva meno l'elemento della *regolarità* degli adempimenti.

In seguito alle modifiche introdotte con il d.l. n. 179 del 2012, in assenza di una qualche specificazione, alcuni autori³⁹⁹ si sono chiesti se non potesse essere applicata al contenuto dell'art. 14 la disciplina generale prevista per la risoluzione del contratto per inadempimento, richiamata dalla disciplina del concordato preventivo, le quali stabiliscono entrambe che l'azione di risoluzione non è ammessa nel caso in cui l'inadempimento abbia *scarsa importanza*.

La disciplina della risoluzione del contratto presente nel nostro Codice Civile all'art. 1455⁴⁰⁰, infatti, annovera tra le cause di risoluzione l'inadempimento che però deve essere di *non scarsa importanza*, avuto riguardo all'interesse dell'altra parte.

Allo stesso modo, la disciplina del concordato preventivo all'art. 186, co. 2⁴⁰¹ esclude la possibilità di risoluzione del concordato: “*se l'inadempimento ha scarsa importanza*”.

Pertanto, alcuni autori⁴⁰² ritengono che, pur in assenza di una qualche specificazione, l'adempimento, per giustificare la risoluzione dell'accordo, debba essere di particolare importanza.

Inoltre parte della dottrina⁴⁰³ ha osservato che la dicitura “*non adempie gli obblighi*” può indicare, oltre che la mancanza di adempimento, anche

³⁹⁹ F. VERDE, *Il sovraindebitamento*, cit., p. 128 s.

⁴⁰⁰ L'art. 1455 c.c. infatti dice : <<Il contratto non si può risolvere se l'inadempimento di una delle parti ha *scarsa importanza*, avuto riguardo all'interesse dell'altra>>.

⁴⁰¹ L'art. 186 l. fall. afferma : <<Il concordato non si può risolvere se l'inadempimento ha *scarsa importanza*>>.

⁴⁰² V. G. BRESCIA et al., *La composizione della crisi da sovraindebitamento*, cit., p. 169 s.

⁴⁰³ F. VERDE, *Il sovraindebitamento*, cit., p. 128 s. e V. G. BRESCIA et al., *La composizione della crisi da sovraindebitamento*, cit., p. 169 s.

l'inesattezza dell'adempimento o in generale qualunque violazione delle condizioni previste per il pagamento dei creditori

La seconda ipotesi di risoluzione prevede invece che la risoluzione possa essere richiesta nel momento in cui le garanzie, che erano state promesse dal debitore, non siano state costituite, secondo quanto è stabilito nell'art. 14 co. 2⁴⁰⁴.

Pur non essendo presente alcuna specificazione del legislatore sulla natura di tali garanzie, parte della dottrina⁴⁰⁵ ritiene che, in linea con la *ratio* della disciplina della risoluzione, tali garanzie debbano essere state previste per l'adempimento dei debiti.

Inoltre in assenza di un qualche richiamo in merito alla condotta dolosa o colposa del debitore nel non aver costituito le garanzie promesse, non si esclude⁴⁰⁶ che la responsabilità in merito a tale causa di risoluzione possa ricadere anche su soggetti diversi che, a norma dell'art. 8, co. 2⁴⁰⁷, abbiano sottoscritto l'accordo.

In tali casi l'azione di risoluzione potrà, pertanto, essere intrapresa, con un procedimento svolto in contraddittorio sia con i creditori richiedenti la risoluzione che con il debitore che con i terzi coinvolti⁴⁰⁸ che non hanno prestato le garanzie promesse.

⁴⁰⁴ L'art. 14 co. 2 infatti afferma che la risoluzione può essere richiesta : <<Se le garanzie promesse non vengono costituite>>.

⁴⁰⁵ L. BALESTRA, *Annullamento e risoluzione dell'accordo nella composizione della crisi da sovraindebitamento*, in *Rivista trimestrale Diritto Processuale Civile* fasc. 2, 2013, p. 593 ss.

⁴⁰⁶ Secondo quanto ritengono sia L. BALESTRA, *Annullamento e risoluzione dell'accordo nella composizione della crisi da sovraindebitamento*, in *Rivista trimestrale Diritto Processuale Civile*, cit., p. 593 ss., che M. QUARANTA, *l'accordo e il piano del consumatore*, in S. DE MATTEIS, N. GRAZIANO (a cura di), *Crisi da sovraindebitamento. Ovvero il fallimento del consumatore*, cit., p. 57 s.

⁴⁰⁷ L'art. 8 co. 2 infatti prevede : <<Nei casi in cui i beni e i redditi del debitore non siano sufficienti a garantire la fattibilità dell'accordo o del piano del consumatore, la proposta deve essere sottoscritta da uno o più terzi che consentono il conferimento, anche in garanzia, di redditi o beni sufficienti per assicurarne l'attuabilità>>.

⁴⁰⁸ In merito a questo in realtà non viene fatta alcuna specificazione nell'art. 14, tuttavia nella disciplina del concordato fallimentare, in tema di risoluzione del concordato all'art. 137 l. fall. tra le ipotesi viene disciplinata anche quella dell'omessa costituzione di garanzie promesse e viene stabilito che nel caso in cui tali garanzie dovevano essere fornite da un terzo garante, <<E' chiamato a partecipare anche l'eventuale garante>> al procedimento di risoluzione del concordato. V. in proposito L. BALESTRA, *Annullamento e risoluzione dell'accordo nella composizione della crisi da sovraindebitamento*, cit., p. 593 ss.

L'ultima e distinta ipotesi di risoluzione è stabilita all'art. 14, co. 2 secondo periodo che stabilisce: *<<Se l'esecuzione dell'accordo diviene impossibile per ragioni non imputabili al debitore, ciascun creditore può chiedere al tribunale la risoluzione dello stesso>>*.

Tale ipotesi riprende una delle cause di risoluzione del contratto, presente nel nostro Codice Civile Titolo II, Capo XIV, Sezione II, ovvero quella della risoluzione per impossibilità sopravvenuta della prestazione.

L'art. 1463 c.c. prevede infatti che nei contratti a prestazioni corrispettive l'impossibilità della prestazione per cause non imputabili al debitore determini la risoluzione del contratto⁴⁰⁹.

Tale causa è pertanto costituita da due elementi.

Il primo è un elemento di natura oggettiva, ovvero l'impossibilità sopravvenuta dell'esecuzione dell'accordo.

Il secondo è un elemento di carattere soggettivo, consistente nell'assenza di una responsabilità del debitore.

Per quanto riguarda il primo elemento, a nostro avviso, per portare alla risoluzione dell'accordo l'impossibilità deve essere insuperabile, ovvero deve verificarsi una situazione in cui non è possibile, neppure con una modifica dell'accordo, garantire l'adempimento delle prestazioni.

Infatti la disciplina dell'accordo di composizione di composizione della crisi da sovraindebitamento prevede all'art. 13 co. 4-ter la possibilità in capo al debitore di modificare con l'ausilio dell'organo di composizione della crisi il contenuto dell'accordo anche in fase di esecuzione, nel caso sia divenuta impossibile la sua esecuzione per causa non imputabile allo stesso.

Pertanto a nostro avviso il legislatore ha previsto tale ipotesi di risoluzione nel caso in cui sia stato impossibile modificare in qualche modo il contenuto dell'accordo e rendere superabile l'impossibilità dell'esecuzione dello stesso.

⁴⁰⁹ L'art. 1463 c.c. afferma infatti : *<<Nei contratti con prestazioni corrispettive, la parte liberata per la sopravvenuta impossibilità della prestazione dovuta non può chiedere la controprestazione, e deve restituire quella che abbia già ricevuta, secondo le norme relative alla ripetizione dell'indebito>>*.

Il secondo elemento è invece quello costituito dall'assenza di qualsiasi tipo di responsabilità in capo al debitore.

L'art. 14 infatti stabilisce: <<Se l'esecuzione dell'accordo diviene impossibile per ragioni non imputabili al debitore, ciascun creditore può chiedere al tribunale la risoluzione dello stesso>>.

Ci si chiede pertanto se sia possibile chiedere la risoluzione dell'accordo nel caso in cui l'impossibilità dell'esecuzione dell'accordo sia determinata da un qualche comportamento doloso o colposo del debitore.

Sembra di poter affermare che anche in questo caso, in analogia con la disciplina della risoluzione del contratto, a nostro avviso, ciascun creditore può sempre chiedere la risoluzione dell'accordo.

Tuttavia, in tale circostanza il creditore non chiederà la risoluzione per l'impossibilità dell'esecuzione dell'accordo, bensì per l'inadempimento degli obblighi derivanti dall'accordo, di cui l'art. 14 co. 2, primo periodo.

1.9. La revoca del piano e dell'accordo omologato

Il legislatore prevede poi agli artt. 14-*bis* (procedimento del piano del consumatore) e 11 (procedimento di accordo di composizione della crisi) un procedimento di revoca e cessazione degli effetti del piano o dell'accordo omologato.

Entrambi i procedimenti vengono disciplinati nelle forme del rito camerale di cui gli artt. 737 ss., si svolgono dinanzi al tribunale in composizione collegiale e del collegio non farà parte il giudice che ha omologato il piano.

Per quanto riguarda il procedimento del piano del consumatore, l'art 14-*bis* afferma che la revoca può avvenire in due casi, ossia: quando è stato dolosamente o con colpa grave aumentato o diminuito il passivo, quando è stata sottratta o dissimulata una parte rilevante dell'attivo o se sono state dolosamente simulate attività inesistenti; oppure se il proponente non

adempie agli obblighi derivanti dal piano, se le garanzie promesse non vengono costituite o se l'esecuzione del piano diviene impossibile anche per ragioni non imputabili al debitore.

Nel primo caso il ricorso può essere proposto a pena di decadenza, entro sei mesi dalla *scoperta*⁴¹⁰ e non oltre due anni dalla scadenza del termine fissato per l'ultimo adempimento.

Nel secondo caso, invece, può essere proposto entro sei mesi dalla *scoperta* e in ogni caso non oltre un anno dalla scadenza del termine fissato per l'ultimo adempimento.

Legittimati attivi per richiedere la revoca sono "ogni creditore" ed in questo caso essendo esclusi i creditori all'approvazione del piano non ci sono dubbi sul fatto che siano legittimati tutti i creditori a proporre la revoca del piano.

Una volta revocato il piano omologato tuttavia non è precluso l'accesso agli altri procedimenti previsti dalla disciplina del sovraindebitamento⁴¹¹ ed è possibile proporre reclamo contro l'atto di revoca sempre secondo le forme del rito camerale e senza la presenza all'interno del collegio del giudice che ha omologato il piano.

Nel procedimento dell'accordo di composizione della crisi la revoca dell'accordo è concessa invece in due casi, disciplinati dall'art. 11, co. 5, quali: se il debitore non esegue integralmente, entro novanta giorni dalle scadenze previste, i pagamenti dovuti alle amministrazioni pubbliche e agli enti gestori di forme di previdenza e assistenza obbligatorie, oppure se risultano compiuti durante la procedura atti diretti a frodare le ragioni dei creditori⁴¹².

⁴¹⁰ Anche in questo caso, come nel procedimento dell'annullamento o della risoluzione, appare improprio il termine scoperta, in riferimento a situazioni che non sono scoperte, ma semmai meramente constatate dai creditori, secondo quanto emerge in F. VERDE, *Il sovraindebitamento*, cit., p. 143 s.

⁴¹¹ Secondo quanto stabilisce l'art. 14 quater il giudice su istanza dello stesso debitore o di uno dei creditori nell'ipotesi di revoca del piano omologato, può convertire la procedura del piano del consumatore in procedura di liquidazione del patrimonio, secondo quanto emerge anche in F. VERDE, *Il sovraindebitamento*, cit., p. 143 s.

⁴¹² Per uno dei primi casi di revoca dell'accordo di composizione v. Trib. Reggio Emilia, sentenza 11 marzo 2015, in *www.deiure.it*, secondo il quale va revocato l'accordo di composizione della crisi da sovraindebitamento proposto dal debitore ai propri creditori –

Una volta revocato l'accordo, nelle stesse forme del procedimento di revoca del piano, il legislatore ha stabilito che viene disposta d'ufficio la conversione del procedimento di accordo di composizione della crisi nel procedimento di liquidazione del patrimonio, al fine di sanzionare ovviamente il debitore per le azioni fraudolente che hanno portato alla revoca dell'accordo omologato⁴¹³.

2. *La procedura di liquidazione del patrimonio*

Procedimento alternativo alle due procedure esaminate fino adesso è il procedimento di liquidazione del patrimonio.

Tale procedimento è disciplinato nel Capo II della legge, dagli artt. 14-ter-14-terdecies ed è stato introdotto con il d.l. di riforma 179/2012.

L'introduzione di questo nuovo procedimento che ricalca quello presente nel fallimento, è dovuta alla presa d'atto dell'incompletezza dell'originario sistema della l. n. 3/2012.

Esso, infatti, era in precedenza caratterizzato solo da una soluzione concordataria della crisi da sovraindebitamento, che non sempre aveva esiti positivi, in quanto poteva essere preclusa sul piano oggettivo, dalle peculiarità della singola situazione debitoria e, sul piano soggettivo, dall'impossibilità di conseguire la maggioranza dei consensi, o essere

nonostante il raggiungimento della maggioranza dei voti favorevoli – quando il giudice all'udienza fissata ai sensi dell'art. 10 accerti il compimento di atti in frode ai creditori, anche solo la presenza di iniziative in tal senso (nel caso di specie, il debitore aveva costituito un trust caratterizzato da intenti elusivi).

⁴¹³ D. MANENTE, *Gli strumenti di regolazione delle crisi da sovraindebitamento dei debitori non fallibili, introduzione alla disciplina della L. 27 Gennaio 2012 n. 3, dopo il c.d. <<Decreto crescita-bis>>*, in *Il diritto fallimentare e delle società commerciali*, n. 5-2013, p. 594 s.

vanificata dalla cessazione degli effetti, in caso di revoca, risoluzione o annullamento dell'accordo⁴¹⁴.

Come abbiamo anticipato, la procedura di liquidazione del patrimonio riprende sostanzialmente la stessa struttura della procedura del fallimento e si articola in tre fasi⁴¹⁵: l'apertura della liquidazione con il relativo decreto (art. 14-*quinquies*), l'inventario dei beni con la creazione dell'elenco dei creditori, (art. 14-*sexies*), e infine la formazione dello stato passivo, al termine del quale viene redatto ed attuato il programma di liquidazione (art. 14-*septies*).

Non è presente, tuttavia un'ultima fase, presente invece nella disciplina del fallimento, ovvero la fase di ripartizione dell'attivo.

L'assenza di tale fase comporta, pertanto, che al momento della distribuzione delle somme ricavate, i creditori non abbiano specifici strumenti nel caso ritengano di non essere stati adeguatamente soddisfatti.

La *prima fase*, quella con cui si apre ufficialmente il procedimento di liquidazione, è iniziata attraverso la domanda del debitore, il quale deve essere soggetto alla condizione economica di sovraindebitamento e dall'altro deve avere la qualifica di debitore non fallibile, ossia di soggetto che non può accedere alle procedure concorsuali previste dalla legge fallimentare.

In tale procedimento tuttavia è prevista all'art. 14-*quater* la possibilità⁴¹⁶ anche per ciascun creditore (e talvolta anche d'ufficio), di richiedere di convertire uno dei due procedimenti di composizione della crisi nel procedimento di liquidazione del patrimonio.

⁴¹⁴ In merito v. L. GUGLIELMUCCI, *La liquidazione del patrimonio*, F. PADOVINI (a cura di) *Diritto Fallimentare*, cit., p. 415 s.

⁴¹⁵ Il procedimento di liquidazione tuttavia è criticato da alcuni autori, in quanto non è presente all'interno della procedura un'ulteriore fase, ovvero quella della ripartizione dell'attivo. Secondo quanto afferma C. COSTA, *Profili problematici della disciplina della composizione della crisi da sovraindebitamento*, in *Il diritto fallimentare e delle società commerciali*, n. 6-2014, p. 675 s.

⁴¹⁶ Tale possibilità è finalizzata a garantire comunque una soluzione di composizione della crisi anche nel caso in cui non si siano potute realizzare le procedure di accordo di composizione della crisi o del piano del consumatore, secondo quanto emerge in G. LO CASCIO, *L'ennesima modifica alla legge sulla composizione della crisi da sovraindebitamento* (L. 27 gennaio 2012 n. 3), in *Il Fallimento*, n. 7/2013, p. 822 s.

Tale richiesta può avvenire solamente in casi tassativamente elencati dalla legge, quali nel caso di annullamento dell'accordo o di cessazione degli effetti dell'omologazione del piano del consumatore o dell'accordo.

La richiesta di iniziare tale procedimento è presentata al tribunale territorialmente competente (art. 14-*ter* co. 2) e deve contenere, oltre alla generica documentazione prevista per tutti e tre i procedimenti (di cui l'art. 9, co. 2 e 3), anche l'inventario di tutti i beni⁴¹⁷ (art. 14-*ter* co. 3), in modo da far intendere chiaramente la condizione economica del debitore, pena l'inammissibilità del procedimento.

Inoltre è allegata a tali documenti anche una relazione particolareggiata dell'Organismo di composizione della crisi⁴¹⁸.

Come nei procedimenti esaminati in precedenza, di accordo per la composizione della crisi e del piano del consumatore, una volta depositati tutti i documenti si sospendono automaticamente, agli effetti del concorso, il corso degli interessi legali o convenzionali fino alla chiusura della procedura.

Il giudice analizza tutti i documenti depositati e, se non vi sono stati negli ultimi cinque anni atti di frode a danno dei creditori, dichiara, con decreto, aperta la procedura di liquidazione⁴¹⁹ (art. 14-*quinqies* co. 1), ordinando le opportune pubblicazioni⁴²⁰.

⁴¹⁷ Secondo quanto afferma l'art. 14-*ter* co. 6 non sono compresi nella liquidazione, e non devono quindi essere riportati nell'inventario fatto dal debitore alcuni beni, in quanto non sono sottoposti a liquidazione. Essi sono: i beni impignorabili, di cui l'art. 545 c.p.c., i crediti avente carattere alimentare e di mantenimento del debitore o della sua famiglia, come gli stipendi o le pensioni, i frutti derivanti dall'usufrutto legale sui beni dei figli, i beni costituiti in fondo patrimoniale, e i frutti di essi salvo l'art. 170 c.c., infine le cose che non possono *ex lege* essere pignorate.

⁴¹⁸ Tale relazione dell'OCC, secondo quanto afferma l'art. 14-*ter* co. 3, contiene : <<a) l'indicazione delle cause dell'indebitamento e della diligenza impiegata dal debitore persona fisica nell'assumere volontariamente le obbligazioni; b) l'esposizione delle ragioni dell'incapacità del debitore persona fisica di adempiere le obbligazioni assunte; c) il resoconto sulla solubilità del debitore persona fisica negli ultimi cinque anni; d) l'indicazione della eventuale esistenza di atti del debitore impugnati dai creditori; e) il giudizio sulla completezza e attendibilità della documentazione depositata a corredo della domanda>>.

⁴¹⁹ Secondo quanto emerge dall'art. 14-*quinqies* co. 2, il giudice col decreto di apertura di liquidazione in primis nomina il liquidatore, il quale può essere o lo stesso organismo di composizione della crisi o un professionista di cui l'art. 28 l. fall. Inoltre dispone che fino alla chiusura della liquidazione sono sospese o non possono essere proseguite, sotto pena

Tale decreto ha natura di titolo esecutivo, in quanto può esser fatto valere da ciascun creditore anteriore al decreto, per ottenere dal debitore il rilascio di tutti i suoi beni.

Aperto il procedimento, inizia la *seconda fase*, in cui il liquidatore predisponde l'inventario dei beni sottoposti a liquidazione e comunica a tutti i creditori anteriori⁴²¹ alla data della domanda o del decreto di apertura della liquidazione il termine entro cui possono mandare la domanda per chiedere di partecipare al procedimento di liquidazione.

I creditori inviano, pertanto, le loro domande di partecipazione⁴²² allegando anche i documenti a prova del credito.

Depositata le domande, si apre la terza fase, ovvero quella di formazione del passivo.

In tale fase il liquidatore esamina le domande di partecipazione dei creditori e redige un progetto dello stato passivo, all'interno del quale crea un elenco dei titolari di diritti su beni mobili o immobili di proprietà o in possesso del debitore.

di nullità, azioni cautelari o esecutive o essere acquisiti diritti di prelazione sul patrimonio oggetto di liquidazione dai creditori con titolo o causa anteriore al decreto, ordina la consegna ed il rilascio dei beni, fissa i limiti entro cui il debitore può trattenere, per il mantenimento della sua famiglia i crediti avente carattere alimentare o di mantenimento.

⁴²⁰ Infatti, se alcuni beni sottoposti a liquidazione sono registrati in appositi registri, deve essere fatta adeguata pubblicità in merito all'apertura del procedimento di liquidazione. Se il debitore non fallibile esercita comunque attività d'impresa, deve essere anche in questo caso pubblicato nell'apposito registro delle imprese l'apertura di detta procedura, secondo quanto emerge in G. LO CASCIO, *L'ennesima modifica alla legge sulla composizione della crisi da sovraindebitamento* (L. 27 gennaio 2012 n. 3), in *Il Fallimento*, cit., p. 823 s.

⁴²¹ L'art. 14-*duodecies* precisa che i creditori posteriori, invece, non possono accedere a tale procedimento, né procedere esecutivamente sui beni oggetto di liquidazione.

⁴²² Tali domande devono contenere secondo quanto afferma l'art. 14-*septies* co. 1: <<a) l'indicazione delle generalità del creditore; b) la determinazione della somma che si intende far valere nella liquidazione, ovvero la descrizione del bene di cui si chiede la restituzione o la rivendicazione; c) la succinta esposizione dei fatti e degli elementi di diritto che costituiscono la ragione della domanda; d) l'eventuale indicazione di un titolo di prelazione; e) l'indicazione dell'indirizzo di posta elettronica certificata, del numero di telefax o l'elezione di domicilio in un comune del circondario ove ha sede il tribunale competente>>. Il legislatore tuttavia, pur specificando il contenuto di tali domande non disciplina l'ipotesi di domande tardive di credito, secondo quanto emerge in D. MANENTE, *Gli strumenti di regolazione delle crisi da sovraindebitamento dei debitori non fallibili, introduzione alla disciplina della L. 27 Gennaio 2012 n. 3, dopo il c.d. <<Decreto crescita-bis>>*, in *Il diritto fallimentare e delle società commerciali*, cit., p. 599 s.

Una volta redatto tale elenco egli comunica il tutto ai creditori interessati, assegnando un termine di quindici giorni per le eventuali osservazioni.

In assenza di tali osservazioni il liquidatore approva lo stato passivo e lo comunica alle parti, diversamente, se vengono presentate osservazioni le ritiene fondate, redige un nuovo progetto e lo comunica con le stesse modalità⁴²³.

Successivamente, entro trenta giorni dalla formazione dell'inventario, il liquidatore forma un programma di liquidazione (art. 14-*novies*), che consiste in un documento di pianificazione delle attività di vendita che il liquidatore intende compiere per realizzare la liquidazione dei beni e lo comunica alle parti⁴²⁴.

La legge non stabilisce il contenuto di tale programma, tuttavia precisa che esso <<*deve assicurare la ragionevole durata della procedura*>>, la quale non può chiudersi prima di quattro anni dal deposito della domanda (art. 14-*quinquies* co. 4).

Tuttavia, pur non essendo specificato un contenuto minimo che il liquidatore deve prevedere all'interno del suo programma, la legge stabilisce all'art. 14-*novies* una serie di regole essenziali che il liquidatore è tenuto a rispettare.

Il liquidatore, infatti, deve: cedere i crediti, effettuare le vendite e gli altri atti di liquidazione attraverso procedure competitive e avvalendosi di soggetti specializzati, informare degli esiti della procedura il debitore, i creditori ed il giudice prima del termine della procedura di vendita.

Una volta terminata la procedura di liquidazione vera e propria, il giudice, verificata la conformità degli atti dispositivi al programma di liquidazione

⁴²³ Tuttavia se vengono fatte contestazioni dalle parti, non superabili dal liquidatore, egli rimette gli atti al giudice, il quale dispone la formazione del passivo, secondo quanto emerge in G. LO CASCIO, *L'ennesima modifica alla legge sulla composizione della crisi da sovraindebitamento* (L. 27 gennaio 2012 n. 3), in *Il Fallimento*, cit., p. 824 s.

⁴²⁴ La legge tuttavia non stabilisce né che tale programma debba essere approvato dal creditori o dal giudice, né che sia esaminato dagli stessi creditori. Tuttavia, permette che il liquidatore possa apportare le modifiche richieste dagli stessi, secondo quanto emerge in L. PANZANI, *La composizione della crisi da sovraindebitamento dopo il D.L. 179/2012*, cit., p. 22 s.

autorizza lo svincolo delle somme, ordina la cancellazione della trascrizione di eventuali pignoramenti, delle iscrizioni relative al diritto di prelazione e del decreto di apertura di liquidazione e infine dichiara, con decreto, chiusa la liquidazione.

Una volta terminato il procedimento, può poi seguire a determinate condizioni la procedura di esdebitazione del debitore dai debiti rimasti insoddisfatti.

3. Il procedimento di esdebitazione

Il procedimento di esdebitazione è disciplinato all'interno della Sezione seconda, dedicata al procedimento di liquidazione del patrimonio, dall'art. 14-terdecies.

Come abbiamo precedentemente visto, si tratta di un procedimento a cui il debitore può eventualmente accedere una volta terminata la procedura di liquidazione.

Esso riprende, seppur con qualche differenza, il procedimento di esdebitazione disciplinato dall'art. 142 l. fall., che si aziona eventualmente al termine della procedura del fallimento.

Funzione di tale istituto è, in entrambi i procedimenti, sia in quello di liquidazione, che in quello di fallimento, consentire al debitore di affrancarsi dai debiti concorsuali non soddisfatti integralmente.

Come abbiamo accennato in precedenza⁴²⁵, esso si differenzia dall'effetto di esdebitazione che consegue automaticamente, in favore del debitore, al termine delle procedure del piano del consumatore e dell'accordo di composizione della crisi, in quanto in questi ultimi l'esdebitazione si verifica automaticamente ad avvenuta esecuzione del piano o dell'accordo, mentre

⁴²⁵ V. *supra* § 1.7.4. Cap. II.

nel procedimento di liquidazione l'esdebitazione è solo un beneficio accessorio ed eventuale che può essere concesso dal giudice al termine della liquidazione dei beni, se ne sussistono le condizioni.

Esso può essere richiesto solo dal debitore *persona fisica* che rivesta la qualità di imprenditore commerciale sotto-soglia di fallibilità, di imprenditore non commerciale o di consumatore, il quale abbia tenuto un comportamento corretto e collaborativo prima, durante ed al termine del procedimento di liquidazione.

In particolare il legislatore stabilisce che il debitore *persona fisica* può accedere a tale procedura, se sussistano determinate condizioni, stabilite dall'art. 14 *terdecies* co. 1 e volte a permettere l'utilizzo di tale istituto solo a soggetti realmente meritevoli e corretti.

Il debitore, infatti, deve essere stato di ausilio alla procedura di liquidazione, fornendo tutti i documenti e le informazioni necessarie per l'accertamento del passivo e per il proficuo svolgimento della stessa⁴²⁶ (art. 14-*terdecies*, co. 1, lett. a)).

Inoltre non deve aver mai ritardato o concorso a ritardare lo svolgimento della citata procedura (art. 14-*terdecies*, co. 1, lett. b))

Non deve aver beneficiato di un'altra esdebitazione negli otto anni precedenti la domanda (art. 14-*terdecies*, co. 1, lett. c)): ciò perché, a nostro avviso, chi arriva ad usufruire due o più volte di una delle procedure di sovraindebitamento in un lasso di tempo molto breve, è difficile che possa essersi sovraindebitato sempre senza alcuna colpa e che sia totalmente meritevole di accedere all'esdebitazione.

⁴²⁶ Pertanto tali informazioni e documenti forniti dal debitore, quali per esempio la lista dei creditori e delle poste debitorie, l'inventario dei beni liquidabili, l'indicazione degli atti dispositivi compiuti nel quinquennio antecedente alla documentazione contabile, e così via devono essere veritieri e aiutare il liquidatore ad accertare lo stato passivo del debitore, formare l'attivo liquidabile, produrre il programma di liquidazione e attuare materialmente la liquidazione dei beni. In proposito v. M. G. SIRNA, *L'esdebitazione*, in F. DI MARZIO, F. MACARIO, G. TERRANOVA (a cura di), *La "nuova" composizione della crisi da sovraindebitamento*, cit., p. 87 s.

Inoltre è necessario che non sia stato condannato con sentenza passata in giudicato, per uno dei reati previsti dall'articolo 16⁴²⁷, che consistono in comportamenti scorretti e fraudolenti⁴²⁸ che può aver tenuto il debitore nei confronti dei creditori e degli Organismi di composizione della crisi (art. 14-terdecies, co. 1, lett. d)).

Inoltre nei quattro anni successivi al deposito della domanda di liquidazione, (il termine minimo entro cui si può chiudere il procedimento di liquidazione), il debitore deve tenere comportamenti positivi⁴²⁹, volti ad incrementare il proprio reddito, quali intraprendere un'attività produttiva di reddito adeguata rispetto alle proprie competenze e alla situazione di mercato, o cercare un'occupazione lavorativa o non rifiutarla senza giustificato motivo, in modo da garantire un miglior soddisfacimento dei crediti (art.14-terdecies, co. 1, lett. e)).

⁴²⁷ L'art. 16 infatti afferma : <<Salvo che il fatto costituisca più grave reato, e' punito con la reclusione da sei mesi a due anni e con la multa da 1.000 a 50.000 euro il debitore che: a) al fine di ottenere l'accesso alla procedura di composizione della crisi di cui alla sezione prima del presente capo aumenta o diminuisce il passivo ovvero sottrae o dissimula una parte rilevante dell'attivo ovvero dolosamente simula attività inesistenti; b) al fine di ottenere l'accesso alle procedure di cui alle sezioni prima e seconda del presente capo, produce documentazione contraffatta o alterata, ovvero sottrae, occulta o distrugge, in tutto o in parte, la documentazione relativa alla propria situazione debitoria ovvero la propria documentazione contabile; c) omette l'indicazione di beni nell'inventario di cui all'articolo 14-ter, comma 3; d) nel corso della procedura di cui alla sezione prima del presente capo, effettua pagamenti in violazione dell'accordo o del piano del consumatore; e) dopo il deposito della proposta di accordo o di piano del consumatore, e per tutta la durata della procedura, aggrava la sua posizione debitoria; f) intenzionalmente non rispetta i contenuti dell'accordo o del piano del consumatore>>.

⁴²⁸ E' opportuno sottolineare, pertanto, che alcuni di questi comportamenti che precludono l'accesso al beneficio dell'esdebitazione rientrano tra le cause di annullamento dell'accordo o di cessazione degli effetti dell'omologazione del piano elencate nell'art. 14-quater, che portano alla conversione di ufficio di tali procedimenti, nel procedimento di liquidazione del patrimonio. Essi sono: l'aumento o la diminuzione del passivo o dissimulazione dell'attivo con dolo o colpa grave, o la dolosa simulazione di attività esistenti. V. in proposito M. G. SIRNA, *L'esdebitazione*, in F. DI MARZIO, F. MACARIO, G. TERRANOVA (a cura di), *La "nuova" composizione della crisi da sovraindebitamento*, cit., p. 87 s.

⁴²⁹ Questa condizione si distingue dalle prime due in quanto è di carattere dinamico. Mentre le prime due condizioni consistono, infatti, in comportamenti meramente corretti e collaborativi del debitore volti a favorire uno svolgimento semplice e veloce della procedura di liquidazione, questa condizione concerne un atteggiamento operoso del debitore che coinvolge la sua sfera personale e si riflette poi sulla procedura di liquidazione. Si pretende infatti che per godere del beneficio dell'esdebitazione lui si inserisca nel mondo del lavoro così da risollevare in qualche modo la propria condizione economica e favorire il maggior soddisfacimento possibile ai suoi creditori. in merito v. M. G. SIRNA, *L'esdebitazione*, in F. DI MARZIO, F. MACARIO, G. TERRANOVA (a cura di), *La "nuova" composizione della crisi da sovraindebitamento*, cit., p. 87 s.

Infine, al termine della procedura di liquidazione, deve aver soddisfatto, almeno in parte, i creditori per titolo e causa anteriore al decreto di apertura della liquidazione⁴³⁰ (art. 14-*terdecies*, co. 1, lett. f)).

Il legislatore ha introdotto all'art. 14-*terdecies* co. 2 due ulteriori casi di in cui è escluso l'accesso alla procedura di esdebitazione⁴³¹ che consistono sempre in comportamenti dolosi o colposi ai danni della gestione del debito e del patrimonio del debitore.

Tali ipotesi di esclusione sono l'aver fatto ricorso al credito in maniera colposa e sproporzionata rispetto alle proprie capacità patrimoniali e l'aver posto in essere atti in frode ai creditori, pagamenti o altri atti dispositivi del proprio patrimonio, quali simulazione di titoli di prelazione, allo scopo di

⁴³⁰ In merito a quest'ultima condizione, presente sia nella disciplina del sovraindebitamento, in quella del fallimento, la giurisprudenza sia di merito che di legittimità ha avuto pareri discordanti sulla sua interpretazione in quanto la dicitura "soddisfatti almeno in parte" non appare particolarmente chiara.

La Corte di Cassazione, con sentenza n. 9767 del 14 giugno 2012, ha affermato che: <<La condizione di soddisfacimento, almeno parziale, dei creditori concorsuali deve intendersi realizzata anche quando talune categorie di creditori (nella specie di creditori chirografari) non abbiano ricevuto alcunché in sede di riparto>>.

I giudici di merito avevano in precedenza espresso un orientamento più rigido: il Tribunale di Torino, per esempio, con sentenza del 12 febbraio 2009, pronunciandosi in merito alla disciplina dell'esdebitazione nel procedimento del fallimento, ha affermato: <<L'art. 142 l. fall. prevede che possa essere concessa l'esdebitazione qualora siano stati soddisfatti almeno in parte i creditori concorsuali; tale norma deve essere interpretata nel senso della concedibilità della esdebitazione in caso di pagamento, seppur minimo di tutte le categorie di creditori ammessi al concorso, privilegiati e chirografari>>. Il Tribunale di Rovigo con sentenza del 22 Gennaio 2009 si è pronunciato seguendo lo stesso orientamento.

Concludendo quindi che la dicitura "almeno in parte" non stabilisce alcun criterio quantitativo preciso che possa aiutare il giudice nella valutazione della meritevolezza dell'esdebitazione, perciò non si può escludere che l'esdebitazione non venga concessa se una parte dei creditori non è stata soddisfatta. In merito a questo v. F. VERDE, *Il sovraindebitamento*, cit., p. 180 s.

⁴³¹ Tali ulteriori condizioni di esclusione creano una maggiore responsabilizzazione del debitore che chiede di accedere alla procedura di esdebitazione. Esse i tuttavia non sono presenti nella disciplina di esdebitazione presente al temine della procedura liquidatoria del fallimento, all'art. 142 l. fall. I motivi dell'assenza di tale previsione sono dovuti secondo M. G. SIRNA al fatto che nella disciplina del fallimento il ricorso abusivo al credito è una condizione di ammissibilità al procedimento del fallimento e per qualunque atto fraudolento ai danni dei creditori il curatore può esercitare l'azione revocatoria, pertanto non è necessario stabilire ulteriori condizioni di preclusione per l'accesso alla procedura di esdebitazione. V. M. G. SIRNA, *L'esdebitazione*, in F. DI MARZIO, F. MACARIO, G. TERRANOVA (a cura di), *La "nuova" composizione della crisi da sovraindebitamento*, cit., p. 87 s.

favorire alcuni creditori a danno di altri nei cinque anni precedenti l'apertura della liquidazione o nel corso della stessa.

Infine il legislatore specifica all'art. 14-*terdecies*, co. 3 che l'esdebitazione in ogni caso non opera su alcune categorie di debiti, quali quelli che derivano da obblighi di mantenimento o alimentari, risarcimento dei danni da fatto illecito extracontrattuale, sanzioni penali ed amministrative di carattere pecuniario, accessorie a debiti estinti o debiti fiscali che, pur avendo causa anteriore al decreto di apertura di una delle procedure di sovraindebitamento, sono stati successivamente accertati in ragione della sopravvenuta conoscenza di nuovi elementi⁴³².

La richiesta viene depositata al tribunale in composizione monocratica non oltre un anno dal termine della procedura di liquidazione.

Il giudice controlla se sussistano le condizioni di ammissibilità e se non vi sia alcuna causa di esclusione e ascolta i creditori non integralmente soddisfatti.

Se ritiene che il debitore abbiamo agito *correttamente* prima, durante e dopo il procedimento e sia *meritevole* di usufruire di tale beneficio, in quanto da un lato abbia sempre onestamente e attivamente collaborato alla riuscita del procedimento di liquidazione, dall'altro non si sia sovraindebitato colposamente attraverso un ricorso al credito sproporzionato rispetto alle sue possibilità economiche, emette il decreto di esdebitazione: è pertanto una valutazione di meritevolezza che investe sia il comportamento del debitore precedente alla liquidazione, che quello successivo.

⁴³² L'esclusione del beneficio dell'esdebitazione per i crediti di natura fiscale, non presente, tra l'altro nell'analogo procedimento di esdebitazione disciplinato dalla legge fallimentare ha suscitato numerose critiche e dubbi.

Mentre le prime categorie di debiti infatti non sono soggette ad esdebitazione in quanto devono tutelare ulteriori soggetti e qualora vengano meno creano un pregiudizio ingiustificato nei loro confronti, non applicare l'esdebitazione a debiti di natura fiscale crea una penalizzazione per il debitore ingiustificata, in quanto tale preclusione si attua a prescindere dalla verifica dell'esistenza di un effettivo pregiudizio per il Fisco, della capienza dell'attivo della liquidazione e da un'analisi sul rapporto causale del debitore rispetto al tardivo accertamento. In merito v. L. PANZANI, *La composizione della crisi da sovraindebitamento dopo il D.L. 179/2012*, cit., p. 25 s.

Con l'emissione del decreto, i crediti insoddisfatti diventano inesigibili, salvo quelli su cui l'esdebitazione non produce effetti (art. 14-*terdecies*, co. 3 lett. a), b) c)) e non possono pertanto più essere pretesi dai creditori, che possono tuttavia proporre reclamo al tribunale nei confronti del decreto di esdebitazione.

Il Tribunale giudica sul reclamo in composizione collegiale, senza la presenza, all'interno del collegio, del giudice che ha emesso il decreto, e nelle forme del procedimento camerale di cui l'art. 739 c.p.c.

Inoltre i creditori hanno la possibilità anche di chiedere la revoca del decreto in ogni momento, nel caso in cui risulti, in un secondo tempo, che il debitore abbia compiuto atti in frode ai creditori o abbia dolosamente o con colpa grave aumentato o diminuito il passivo, o sottratto o dissimulato una parte rilevante dell'attivo, o simulato attività inesistenti.

L'esdebitazione chiude pertanto ogni debito rimasto insoddisfatto del debitore nei confronti dei creditori che hanno concorso alla procedura di sovraindebitamento e permette al debitore di poter "ripartire da zero"⁴³³ e di poter riavere un ruolo attivo all'interno del mercato.

Perplessità sono emerse, tuttavia, in alcuni autori⁴³⁴, per il fatto che tale disciplina appena descritta, presenti numerose differenze con quella analoga, presente al termine della procedura del fallimento all'art. 142 l. fall.

Il legislatore della l. n. 3/2012, pur rifacendosi alla disciplina della legge fallimentare, infatti, come emerge dal confronto tra le due disposizioni⁴³⁵, ha introdotto elementi che rendono l'accesso al beneficio dell'esdebitazione più gravoso per il debitore "civile", piuttosto che per il fallito.

⁴³³ Cit. L. PANZANI, *La composizione della crisi da sovraindebitamento dopo il D.L. 179/2012*, cit., p. 1 s.

⁴³⁴ F. VERDE, *Il sovraindebitamento*, cit., p. 182 s.

⁴³⁵ Infatti facendo un confronto del dato testuale tra le due norme emerge chiaramente che l'*incipit* di entrambi i testi di legge è identico. L'art. 142 l. fall. afferma : <<Il fallito persona fisica è ammesso al beneficio della liberazione dai debiti residui nei confronti dei creditori concorsuali non soddisfatti a condizione che...>>, l'art. 14-*terdecies* dice : <<Il debitore persona fisica è ammesso al beneficio della liberazione dei debiti residui nei confronti dei creditori concorsuali e non soddisfatti a condizione che...>>. Pertanto c'è una chiara corrispondenza tra i due articoli, tuttavia il legislatore lungo il testo dell'art. 14-*terdecies* aggiunge elementi non presenti nell'art. 142 l. fall.. In proposito v. F. VERDE, *Il sovraindebitamento*, cit., p. 182 ss

In entrambi i procedimenti sono presenti, infatti, le condizioni di ammissibilità per l'accesso all'esdebitazione, mentre nella disciplina del fallimento non sono presenti le ulteriori cause di esclusione.

Il giudice, infatti, nella disciplina del fallimento, nell'emettere il decreto di esdebitazione non è tenuto a compiere anche una valutazione sulla *meritevolezza* da parte del debitore, né sul comportamento più o meno diligente dello stesso che ha caratterizzato il formarsi del debito complessivo o sulle conseguenze dell'insolvenza⁴³⁶.

Invece, le cause di esclusione disciplinate nella legge n. 3/2012 riguardano proprio il tipo di comportamento che ha tenuto il debitore : se il debitore si è sovraindebitato colposamente, egli non può essere considerato *meritevole* di accedere al beneficio di esdebitazione.

Diversamente nel fallimento, il fallito, qualora anche abbia subito la bancarotta semplice⁴³⁷, potrà ottenere il beneficio dell'esdebitazione se sussistono le condizioni di ammissibilità.

Inoltre c'è un ulteriore aggravio per il debitore "*civile*", sono esclusi dal beneficio della esdebitazione un numero di maggiore beni, rispetto al fallimento.

Nella disciplina del fallimento, infatti, i debiti di natura fiscale subiscono l'esdebitazione, al contrario della disciplina del sovraindebitamento⁴³⁸, in cui non la subiscono.

Inoltre, ultima penalizzazione del debitore "*civile*" rispetto al fallito, è che il decreto di esdebitazione nella disciplina del sovraindebitamento in due casi

⁴³⁶ V. A. DI AMATO, *L'esdebitazione nella crisi da sovraindebitamento*, in F. PARENTE, L. RUGGERI (a cura di), *Attività di liquidazione e tutela dei creditori*, cit., p. 182 ss.

⁴³⁷ Il reato di bancarotta semplice consiste infatti nella condotta colposa dell'imprenditore che ha aggravato la sua condizione economica. Tale condotta può consistere in spese personali eccessive, rispetto alla condizione economica, omessa o irregolare tenuta delle scritture contabili nei tre anni precedenti al fallimento : v. in proposito G.F. CAMPOBASSO, *Diritto Commerciale, contratti, titoli di credito, procedure concorsuali*, M. CAPOBASSO (a cura di), cit., p. 369 s.

⁴³⁸ L. PELLICCIA, *La procedura di liquidazione del patrimonio del debitore*, in S. DE MATTEIS, N. GRAZIANO (a cura di), *Crisi da sovraindebitamento. Ovvero il fallimento del consumatore*, cit., p. 89 s.

è revocabile, mentre nella disciplina del fallimento tale decreto è sempre irrevocabile.

Le ragioni di questa disparità di trattamento, secondo alcuni autori⁴³⁹, risiedono nel fatto che l'assetto degli interessi tenuti presenti dal legislatore sono profondamente diversi nei due procedimenti.

Nella disciplina del fallimento, il legislatore mira a tutelare in *primis* il mercato e pertanto tende a limitare la responsabilità di quei soggetti che subiscono il fallimento, in quanto essi decidono di dare corso ad attività produttive, capaci di generare benessere all'interno della collettività, pur essendo a conoscenza di quanto sia rischioso intraprendere un'attività di impresa, essendo molto aleatoria.

Pertanto in tal procedimento, l'esdebitazione è più favorevole e il suo accesso è meno rigoroso, in quanto tale istituto è volto a incentivare l'attività d'impresa e a non mortificare tale capacità di intrapresa e propensione al rischio.

Diversamente, nella disciplina del sovraindebitamento, il legislatore mira a risolvere situazioni di sovraindebitamento *passivo* o *non colpevole* e quindi cagionato da eventi personali, familiari o di carattere economico generale, imprevedibili e non imputabili al debitore che lo portano ad una situazione economica critica, assimilabile a quella del fallimento dell'imprenditore⁴⁴⁰.

Il beneficio del *discharge*⁴⁴¹, pertanto deve essere più rigoroso e di carattere premiale, in modo da evitare che sia un incentivo, invece, all'accettazione del rischio di trovarsi in una condizione di sovraindebitamento e quindi d'incapacità di soddisfare le proprie obbligazioni spontaneamente assunte.

Qualora ci fosse un accesso indiscriminato a tale beneficio aumenterebbero, infatti, i casi di sovraindebitamento *attivo*, ossia conseguente a scelte incaute del debitore, con conseguenze negative oltre che per tali categorie di

⁴³⁹ A. DI AMATO, *L'esdebitazione nella crisi da sovraindebitamento*, in F. PARENTE, L. RUGGERI (a cura di), *Attività di liquidazione e tutela dei creditori*, cit., p. 183 ss.

⁴⁴⁰ In proposito v. F. VERDE, *Il sovraindebitamento*, cit., p. 179 s.

⁴⁴¹ Traduzione americana del termine "esdebitazione". Sulla *discharge* v. infra, Cap.III, e , v. L. PANZANI, *La composizione della crisi da sovraindebitamento dopo il D.L. 179/2012*, cit., p. 2 s.

debitori anche per il mercato nel suo complesso, in quanto si incrementerebbe la povertà sociale e diluirebbe la domanda di mercato.

Il legislatore, pertanto, con tale disciplina più rigorosa mira ad incentivare un comportamento *corretto e meritevole* del debitore e ad evitare il diffondersi di un sovraindebitamento irragionevole e ingiustificato.

Pertanto emerge sia dalla disciplina dell'esdebitazione, sia dalla disciplina dei tre procedimenti presenti nella disciplina sul sovraindebitamento, che il legislatore fonda la disciplina del sovraindebitamento sempre sulla valutazione della *meritevolezza* del debitore.

Qualora il debitore si sia sovraindebitato in maniera non colpevole, abbia collaborato alle procedure e non abbia tenuto alcun comportamento fraudolento verso i creditori, egli potrà usufruire dell'esdebitazione automatica o successiva alla procedura di liquidazione.

Se invece non sarà ritenuto meritevole e avrà tenuto una condotta fraudolenta o scorretta ai danni dei creditori, il debitore nella migliore delle ipotesi sarà soggetto alla procedura di liquidazione, disciplinata in forme molto simili alla disciplina del fallimento del fallito.

Tuttavia i debiti rimanenti e insoddisfatti non saranno sottoposti ad esdebitazione e saranno, pertanto, nuovamente esigibili da parte dei creditori che hanno partecipato alla procedura, attraverso le procedure di esecuzione individuale.

Nel procedimento dell'accordo, infatti, il consumatore proporrà un piano finanziario ai creditori, i quali abbiano valutato positivamente la loro convenienza ad accordarsi approveranno il piano che tramite l'omologa dovrà essere eseguito da tutti i creditori.

Tuttavia, qualora, il debitore abbia intrapreso comportamenti fraudolenti ai danni dei creditori, essi potranno chiedere l'annullamento o la risoluzione di detto accordo (art. 14), che poi potrà eventualmente convertirsi in liquidazione (art. 14-*quater*), ma non usufruire del beneficio dell'esdebitazione (art. 14-*terdecies*), in quanto il debitore non ha mostrato di essere meritevole di usufruire di tale procedura.

Nel procedimento del piano del consumatore, invece, il giudice se valuta in sede di omologazione positivamente che il debitore sia meritevole di accedere a tale procedura e di godere del beneficio dell'esdebitazione, ordina ai creditori l'attuazione coattiva del piano finanziario proposto dal debitore (art. 12-*bis*).

Il legislatore tuttavia prevede il caso di revoca del piano del consumatore (art. 14-*bis*) nel caso in cui il debitore abbia svolto atti fraudolenti ai danni dei creditori e non abbia collaborato alla riuscita del procedimento e permette eventualmente la conversione del procedimento in liquidazione (art. 14-*quater*) precludendo l'accesso al beneficio dell'esdebitazione (art. 14-*terdecies*).

Pertanto da questa breve analisi della disciplina del sovraindebitamento del consumatore emerge che il legislatore mira a garantire i benefici dell'esdebitazione al consumatore sovraindebitato solo nelle ipotesi di sovraindebitamento passivo, incolpevole e causato da fattori non collegati alla cattiva gestione del credito da parte del debitore.

Tuttavia alcuni autori⁴⁴² hanno ritenuto tale disciplina incompleta ed insufficiente, in quanto valuta la *ragionevolezza* e *meritevolezza* del debitore basandosi sul presupposto esclusivo che la condotta del debitore possa essere solo o *incolpevole* e quindi basata su un evento estraneo alla volontà o al controllo del debitore, o colpevole pertanto basata sulla sua responsabilità.

Non contempla tuttavia a sufficienza l'ipotesi che il tema del sovraindebitamento del consumatore possa essere analizzato anche sotto un altro punto di vista, ossia quello della responsabilità del finanziatore, il quale nell'atto di erogazione del credito dovrebbe fornire informazioni adeguate e fare una valutazione sul merito creditizio e sulla futura solvibilità del debitore.

La dottrina, pertanto, si chiede se sia adeguata e sufficiente la tutela del sovraindebitamento del consumatore così strutturata, e se non sia eccessivo,

⁴⁴² A. DI AMATO, *L'esdebitazione nella crisi da sovraindebitamento*, in F. PARENTE, L. RUGGERI (a cura di), *Attività di liquidazione e tutela dei creditori*, cit., p. 184 ss.

pertanto, caricare unicamente sulle spalle del consumatore l'osservanza del principio del credito responsabile, anche ai fini dell'applicazione del beneficio dell'esdebitazione.

Ci si è chiesto se ci sia un confine o un legame tra il sovraindebitamento *colpevole* del debitore e l'asimmetria informativa e contrattuale presente all'interno dei contratti di credito al consumo, visti come una delle principali cause del sovraindebitamento del consumatore.

Vedremo nel prossimo capitolo se il legislatore italiano è riuscito, pertanto a disciplinare pienamente tale fenomeno e a contemplare anche una possibile responsabilità del finanziatore in merito all'incremento di tali situazioni di sovraindebitamento.

Capitolo III

La tutela preventiva del sovraindebitamento

SOMMARIO: 1. Premessa. - 1.1. Gli strumenti di tutela preventiva e le esigenze sottese. - 1.2. L'approccio dell'Unione europea al sovraindebitamento. - 2. La Direttiva Europea 2008/48/CE e la disciplina preventiva del sovraindebitamento. - 2.1. Il *responsible borrowing* nella Direttiva 2008/48/CE. - 2.2. Il *responsible lending* nella Direttiva 2008/48/CE. - 2.3. I limiti della Direttiva 2008/48/CE.- 3. La disciplina del credito responsabile in Italia. - 3.1. La disciplina del *responsible borrowing* in Italia. - 3.1.1. L'educazione finanziaria - 3.1.2. Le informazioni pubblicitarie - 3.1.3. Gli obblighi precontrattuali. - 3.1.4. Gli obblighi post-contrattuali - 3.2. La disciplina del *responsible lending* in Italia. - 3.2.1. Le responsabilità del finanziatore. - 3.3. La responsabilità del consumatore. - 4. La Direttiva 2014/17/UE e le modifiche inerenti alla Direttiva 08/48. - 4.1. La disciplina del *responsible borrowing* alla luce della Direttiva 2014/17/UE. - 4.1.1. Le informazioni generali. - 4.1.2. Le informazioni personalizzate. - 4.1.3. Le violazioni degli obblighi informativi e le relative conseguenze. - 4.2. La disciplina del *responsible lending* alla luce della Direttiva 2014/17/UE. - 4.2.1. L'obbligo di valutazione del merito creditizio. - 5. Il recepimento della Direttiva 2014/17/UE in Italia. - 5.1. Pubblicità ed obblighi precontrattuali. - 5.2. La valutazione del merito creditizio nel d.lgs. n. 72/2016. - 5.3. La Direttiva 2014/17/UE e il relativo d.lgs. n. 72/2016: una prevenzione al sovraindebitamento? - 6. Prospettive comparatistiche al problema del sovraindebitamento: l'approccio degli Stati Uniti.

1. *Premessa*

Oggetto del presente capitolo è l'esame di un approccio diverso alla soluzione del fenomeno del sovraindebitamento, rispetto a quello finora considerato e fondato sui rimedi successivi al verificarsi di esso predisposti dalla legge n. 3 del 2012.

Esso consta delle possibili forme di tutela atte a prevenire il diffondersi del fenomeno e delle sue conseguenze negative, quali l'alterazione del mercato, da una parte, l'eccessivo impoverimento delle famiglie, dall'altro.

E' questa la forma di contenimento del fenomeno del sovraindebitamento che si è finora privilegiata all'interno delle istituzioni europee, delle quali si esamineranno i principali interventi normativi.

Si esaminerà altresì, alla luce della normativa vigente (frutto anche del recepimento della normativa europea), quale sia lo spazio attuale riservato alla tutela preventiva del sovraindebitamento all'interno del panorama giuridico italiano.

Preme sottolineare che la tutela preventiva consta di una serie di strumenti giuridici non alternativi ma complementari rispetto ai rimedi successivi ed atti a costruire, attraverso la formazione di comportamenti maggiormente responsabili da ambo le parti, un mercato più equilibrato e consapevole.

1.1. *Gli strumenti di tutela preventiva e le esigenze sottese*

La tutela preventiva del sovraindebitamento del consumatore si attua nel nostro ordinamento e nel panorama europeo attraverso un'articolata disciplina volta a diminuire l'indebitamento attivo, che, come abbiamo visto all'inizio del Capitolo I, § 1.3.1, è una delle principali cause del sovraindebitamento nelle famiglie.

Tale fenomeno consiste in un'eccessiva propensione all'acquisto di beni di consumo (così detti beni durevoli⁴⁴³, quali elettrodomestici, telefoni cellulari, apparecchi radio televisivi, *computers*, strumenti musicali, automobili, e così via), favorita dal sempre maggiore ricorso alla stipulazione di contratti di finanziamento, a mezzi dilazionati di pagamento, o ad altra analoga forma di facilitazione finanziaria, in precedenza non altrettanto utilizzate dagli individui⁴⁴⁴ per acquistare tali beni⁴⁴⁵.

Inizialmente, quindi, la diffusione di questi contratti di credito ha avuto un ruolo importante nello sviluppo dell'economia sia nazionale che internazionale, in quanto ha incrementato l'acquisto di beni che in passato

⁴⁴³ G. CARRIERO, *La disciplina del credito al consumo*, in M. LOBUONO, M. LORIZIO (a cura di), *Credito al consumo e sovraindebitamento dei consumatori: scenari economici e profili giuridici*, Torino, 2007, p. 151 s.

⁴⁴⁴ Lo strumento giuridico originariamente volto a regolare l'acquisto di tali beni attraverso un meccanismo di agevolazione economica era infatti in precedenza rappresentato dal contratto di vendita a rate con riserva di proprietà (di cui agli artt. 1523-1526 c.c.) che permetteva al consumatore, che non avesse una disponibilità di denaro tale da essere in grado di pagare in un unico momento l'intero ammontare del prezzo del bene, di acquistare la proprietà della cosa con un pagamento rateale, al termine del quale avveniva l'effetto traslativo del bene e quindi la proprietà passava dal venditore al compratore.

Tuttavia, tale strumento, con la crescita dei consumi e la diffusione del sovraindebitamento tra le famiglie, non diventa più agevole per il venditore. In conseguenza viene introdotto l'utilizzo di un secondo contratto, affiancato a quello di acquisto dei beni di consumo, che muta la composizione del rapporto obbligatorio, in quanto il credito viene fornito da un terzo, ossia banche o istituti finanziari, che permettono di acquistare un numero sempre più ampio di tali prodotti, secondo quanto emerge in G. CARRIERO, *La disciplina del credito al consumo*, in M. LOBUONO, M. LORIZIO (a cura di), *Credito al consumo e sovraindebitamento dei consumatori: scenari economici e profili giuridici*, cit., p. 152 s.

⁴⁴⁵ Infatti, in passato il ricorso al credito era considerato come qualcosa di vergognoso o umiliante per l'individuo e pertanto veniva utilizzato come estrema *ratio* per far fronte a determinati imprevisti o per acquistare beni di grande valore, come, per esempio, quelli immobiliari. In merito v. D. CERINI, *Sovraindebitamento e consumer bankruptcy: tra punizione e perdono*, Giuffrè, Milano, 2012, p. 10 s.

non erano acquistati da individui che non avevano una disponibilità economica tale da impiegarla per l'acquisto di questi determinati beni considerati “*di lusso*”⁴⁴⁶.

Nel tempo, tuttavia, in coincidenza con la crisi economica, la crescita indiscriminata del ricorso agli strumenti di finanziamento per tali acquisti ha creato effetti distorsivi all'interno del mercato, non solo a livello italiano ma anche europeo, sia a causa di una regolamentazione non sempre adeguata, che di un approccio poco consapevole degli stessi consumatori.

Si è osservato, infatti, che i finanziatori, prima di concludere i contratti di credito al consumo, non operavano alcun controllo o valutazione sul *merito creditizio* del consumatore, così da procedere ad una selezione delle richieste di finanziamento e precludere eventualmente l'accesso al credito a soggetti già indebitati o ad alto rischio d'insolvenza.

Tale comportamento è stato denominato nel panorama europeo col termine “*irresponsible lending*”.

Dall'altro lato si è osservato che lo stesso consumatore non acquistava in maniera del tutto responsabile e razionale, a causa, in parte, anche della sua scarsa conoscenza in materia finanziaria e d'informazioni pubblicitarie o precontrattuali il più delle volte inadeguate, che non gli permettevano di prendere la decisione più conveniente e compatibile con la propria situazione finanziaria.

Tale comportamento è stato denominato “*irresponsible borrowing*”⁴⁴⁷.

Sono state, pertanto, introdotte due principali direttive, quali la Direttiva 2008/48/CE⁴⁴⁸ (il 23 aprile 2008) e la Direttiva 2014/17/UE⁴⁴⁹, (il 4

⁴⁴⁶ E.CATERINI, *Controllo del credito, tutela del risparmio e adeguatezza nel finanziamento “finalizzato”*, in E.CATERINI, L. DI NELLA, L. MEZZASOMA, V. RIZZO (a cura di), *La tutela del consumatore nelle posizioni di credito e di debito*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 2010, p. 38 s.

⁴⁴⁷ Tali termini, nella lingua italiana sono tradotti nel medesimo modo, ossia “*credito responsabile*”, in quanto la traduzione letterale dei verbi *to lend* e *to borrow* in italiano è sempre la stessa, ossia: *prestare*. Tuttavia, nella lingua inglese il verbo *to lend* vuol dire “*concedere un prestito*”, mentre il termine *to borrow* vuol dire “*ricevere in prestito*”. Pertanto nel primo caso, quando ci riferiamo al *responsible lending* ci riferiamo al comportamento responsabile dell'erogatore del credito, ovvero il *finanziatore*, diversamente, mentre se ci riferiamo al *responsible borrowing*, intendiamo il comportamento responsabile di colui che riceve il prestito, ovvero il *consumatore*.

febbraio 2014) recepite rispettivamente in Italia attraverso il d.lgs del 13 agosto 2010 n. 141 e il d.lgs. del 21 aprile 2016 n. 72.

Finalità principale di entrambe le Direttive è stata quella di incrementare la disciplina del *responsible borrowing* e *responsible lending* (il credito responsabile) all'interno di due principali tipologie di contratti, ovvero quelli finalizzati alla erogazione del credito per l'acquisto di beni di consumo (la prima Direttiva) e per l'acquisto di beni immobili residenziali (la seconda Direttiva).

Tali contratti sono caratterizzati da una disparità di potere contrattuale (presunta a priori) tra i soggetti coinvolti, a causa⁴⁵⁰ della presenza di una

⁴⁴⁸ Tale Direttiva, denominata “*relativa ai contratti di credito ai consumatori*”, è stata introdotta dopo che la Commissione che aveva ritenuto che il principio di armonizzazione minima presente nella precedente Direttiva, quella 87/102/CEE (approvata il 22 dicembre 1986 dal Consiglio ed attuata in Italia con l. 19 febbraio 1992 n. 142) non aveva favorito un livello di protezione omogenea in alcuni ordinamenti nazionali (come l'Italia). Pertanto, il legislatore europeo, dopo vent'anni è intervenuto con una Direttiva che, al contrario, favorisce un'armonizzazione massima tra i vari ordinamenti.

Entrambe le Direttive hanno cercato di fornire una regolamentazione chiara ed uniforme dei contratti di credito. In precedenza, il consumatore che non aveva grosse disponibilità economiche concludeva due distinti contratti, quali la compravendita e il mutuo, che erano formalmente distinti, seppur preordinati al soddisfacimento di uno scopo unitario. All'interno dei contratti di finanziamento, in assenza di regole specifiche sul credito al consumo, gli istituti finanziari rendevano difficile prevenire il complessivo onere dell'operazione, omettevano d'informare il consumatore su clausole o circostanze idonee ad incidere sul contenuto delle obbligazioni assunte e limitative dei suoi diritti; inoltre solitamente tali istituti di credito inserivano clausole di esonero di responsabilità, di decadenza e di inopponibilità delle eccezioni al fine di non essere coinvolti dalle vicende relative al contratto di compravendita e ad eludere la vendita con riserva di proprietà. Ne conseguiva spesso un'iniqua ripartizione del rischio negoziale a danno della parte debole. In merito v. A. COSTA, *La disciplina del credito ai consumatori*, in G. ALPA (a cura di), *I contratti del consumatore*, Giuffrè, Milano, 2014, p. 913 ss. Per un approfondimento della Direttiva 2008/48/CE v. *infra* § 2 Cap. III.

⁴⁴⁹ Tale Direttiva, denominata “*in merito ai contratti di credito ai consumatori relativi ai beni immobili residenziali*”, è stata introdotta per disciplinare adeguatamente l'erogazione dei contratti di credito per l'acquisto o il mantenimento della proprietà di beni immobili ed è stata recepita di recente con il d.lgs. del 21 aprile 2016 n. 72. Per un approfondimento di tale Direttiva, v. *infra* § 4 Cap. III.

⁴⁵⁰ Come invece accade nei contratti *business to business*. Infatti, in realtà, questa particolare disparità di potere contrattuale non è presente solamente nei contratti *business to consumer*, bensì sussiste anche in altri tipi di contratti, quali per esempio il contratto “*dell'impresa debole*” (business to business, b2b), anche denominato “*terzo contratto*”, all'interno dei quali vi è, solitamente, uno squilibrio di diritti e obblighi, dovuto ad una forte differenziazione economica tra le parti, che deve però essere accertata in concreto, a differenza di quelli rientranti nella categoria b2c in cui tale disparità contrattuale viene presunta a priori. Inoltre altri tipi di contratti in cui vi è una disparità di potere contrattuale sono il contratto di

rilevante asimmetria informativa dovuta alla “qualità” delle stesse parti contrattuali⁴⁵¹, che sicuramente non favorisce un’erogazione più responsabile e controllata del credito.

Da un lato, vi è, infatti, il professionista⁴⁵², (parte *forte* del rapporto obbligatorio), quale, per esempio, l’istituto di credito o l’intermediario finanziario, che per la propria attività professionale ha gli strumenti conoscitivi necessari per comprendere i contenuti economici e finanziari del prodotto che sta sottoponendo al consumatore (anche se come vedremo, non dispone di per sé delle informazioni necessarie per valutare le meritevolezza del consumatore a ricevere il finanziamento).

Dall’altro, vi è il consumatore medio che, si presume, salvo non svolga un’attività professionale simile o uguale a quella del professionista, non abbia conoscenze equivalenti a quelle dell’altra parte, che gli consentano di comprendere fino in fondo il contenuto del contratto.

Le parti, pertanto, non dispongono dello stesso bagaglio informativo tecnico-economico⁴⁵³, attraverso il quale possono comprendere perfettamente il contenuto degli accordi e la convenienza economica o meno a stipularli ed esprimere un consenso perfettamente consapevole.

Ciò comporta che, se tale disparità informativa non è adeguatamente riequilibrata con strumenti di autointegrazione, di riflesso si riversa nel contenuto stesso del contratto, il quale viene predisposto⁴⁵⁴ con un eccessivo squilibrio di diritti ed obblighi in capo alla parte più “debole”.

Se è vero, infatti, che in ogni rapporto obbligatorio l’asimmetria di posizione è la regola ed è insita proprio all’interno di tali rapporti (sarebbe utopistico ritenere che normalmente entrambe le parti abbiano lo stesso bagaglio di

subfornitura e il contratto di affiliazione commerciale. In merito v. S. MAZZAMUTO, *Il contratto di diritto europeo*, cit., p. 157 ss.

⁴⁵¹ V. G. GRISI, *Informazione (Obblighi di)*, in *Enciclopedia del diritto*, 2011 p. 600 s.

⁴⁵² A livello europeo il professionista, anche denominato *professional*, è generalmente riconosciuto come una persona fisica o giuridica, pubblica o privata, che agisce nel quadro della propria attività imprenditoriale o professionale. In merito v. S. MAZZAMUTO, *Il contratto di diritto europeo*, Giappichelli, Torino, 2015, p. 147 s.

⁴⁵³ D. CERINI, *Sovraindebitamento e consumer bankruptcy: tra punizione e perdono*, cit., p. 158 ss.

⁴⁵⁴ S. MAZZAMUTO, *Il contratto di diritto europeo*, cit., p. 155 s.

conoscenze), essa normalmente è colmata attraverso una diligente auto informazione, in quanto non assume contorni patologici come in questi contratti⁴⁵⁵.

L'ordinamento, pertanto, ha previsto degli strumenti di riequilibrio e di auto integrazione così da favorire un'erogazione ed accettazione del credito più responsabile.

Strumento principale è una più incisiva disciplina degli obblighi d'informazione⁴⁵⁶, che agiscono per lo più in fase precontrattuale e sono assolti per la maggior parte dal professionista.

Tali obblighi sono disciplinati sia all'interno dei decreti legislativi sopra menzionati, che verranno esaminati nei paragrafi seguenti, sia in generale nella disciplina del codice di consumo, che all'art. 2 pone tra i diritti fondamentali del consumatore anche il diritto ad <<un'adeguata informazione e ad una corretta pubblicità>> e inoltre all'interno di numerose altre Direttive comunitarie⁴⁵⁷, volte a disciplinare a livello europeo i vari contratti tra consumatore e professionista.

In particolare, nei decreti legislativi n.141/2010 e n.72/2016 vedremo che sono stati introdotti una serie di obblighi a carico del professionista connessi con l'informazione del consumatore.

Vedremo che egli è tenuto a presentare al consumatore le offerte presenti sul mercato, ad indirizzarlo opportunamente facendogli prendere la decisione più conveniente o razionale possibile, compatibile anche con la sua condizione economica e finanziaria, ad accompagnare le informazioni erogate con un esempio rappresentativo ed a fornire tali informazioni e i

⁴⁵⁵ G. GRISI, *Informazione (Obblighi di)*, in *Enciclopedia del diritto*, 2011, p. 598 s.

⁴⁵⁶ Secondo quanto emerge in R. MONTINARO, *Il sovraindebitamento del consumatore: diligenza ed accesso al credito ed obblighi del finanziatore*, in *Banca Borsa Titoli di Credito*, fasc. 6, 2015, p. 781 ss.

⁴⁵⁷ Si veda per esempio la Direttiva 90/314 in merito ai contratti di pacchetto turistico, le Direttive 94/47 e 08/122 sulla multiproprietà, la Direttiva 99/44 sulla vendita di beni di consumo e in generale la Direttiva 11/83 sulla disciplina unitaria della tutela dei consumatori o quella 05/29 sulle pratiche commerciali sleali, e così via.

chiarimenti adeguati in tempo utile, prima che il consumatore abbia già stipulato il contratto⁴⁵⁸.

Inoltre, tali obblighi, come vedremo, coinvolgeranno anche lo stesso debitore che sarà tenuto, sempre in fase precontrattuale, ad informare il professionista sulla sua situazione economica e sulla sua capacità di rimborso.

Secondo alcuni autori⁴⁵⁹, le informazioni dovranno essere comunicate in maniera selettiva e in quantità limitata, onde facilitare una comprensione migliore delle offerte predisposte dal professionista e della loro compatibilità o meno con la situazione economica e finanziaria del consumatore.

Una informazione sintetica e mirata serve ad evitare la situazione, inversa, di un *information overload* (un sovraccarico informativo) che, allo stesso modo dell'assenza d'informazione, rischia di essere controproducente per il consumatore⁴⁶⁰.

Una lacuna degli interventi normativi in materia di tutela preventiva, tuttavia, come vedremo, è l'assenza di una esplicita previsione e disciplina delle conseguenze sanzionatorie e delle relative responsabilità che sorgono nel momento in cui gli obblighi informativi non vengono rispettati dalle parti.

⁴⁵⁸ In merito a questo la Corte di Giustizia nella sentenza del 18 dicembre 2014 in C-449/13, riguardante la domanda di pronuncia pregiudiziale richiesta dal Tribunal d'instance d'Orléans (Francia) sull'interpretazione dell'art. 5 della Direttiva 2008/48/CE ha affermato: <<L'articolo 5, paragrafo 6, della direttiva 2008/48 dev'essere interpretato nel senso che, benché non osti a che il creditore fornisca chiarimenti adeguati al consumatore prima di aver valutato la sua situazione finanziaria e le sue esigenze, può però verificarsi che la valutazione della solvibilità del consumatore richieda un adattamento dei chiarimenti adeguati forniti, i quali devono essere comunicati al consumatore in tempo utile, preliminarmente alla firma del contratto di credito, senza tuttavia dover dar luogo alla redazione di un documento specifico>>.

⁴⁵⁹ G. CARRIERO, *Vigilanza bancaria e tutela del consumatore: obiettivi e strumenti*, in A. BENOCCI et al. (a cura di), *Studi per Franco Belli*, cit., p. 552 s., G. GRISI, *Informazioni (Obblighi di)*, in *Enciclopedia del diritto*, cit., p. 600 s. E. PELLECCCHIA, *Dall'insolvenza al sovraindebitamento. Interesse del debitore alla liberazione e ristrutturazione dei debiti*, cit., p. 34 ss. e S. MAZZAMUTO, *Il contratto di diritto europeo*, cit., p. 261 ss.

⁴⁶⁰ S. MAZZAMUTO afferma che un sovraccarico di informazioni potrebbe allargare la forbice dell'asimmetria informativa, generando una "simmetria di disinformazione", dal momento che gli individui, normalmente, possono tenere a mente, elaborare e comparare solo un certo numero d'informazioni per un determinato periodo di tempo. In merito v. S. MAZZAMUTO, *Il contratto di diritto europeo*, cit., p. 261 ss.

Ruolo importante⁴⁶¹, in questo caso gioca l'importante clausola di buona fede-correttezza, ormai riconosciuta e tutelata anche a livello europeo⁴⁶², che in particolare, agisce nel nostro ordinamento in ogni fase del rapporto obbligatorio⁴⁶³ e che sarà quindi essenziale per individuare le relative responsabilità del professionista e del consumatore nel caso abbiano erogato o assunto credito in maniera irresponsabile.

1.2. Studi dell'Unione europea sul sovraindebitamento

Prima di analizzare gli interventi legislativi che sono stati adottati a livello europeo e poi livello nazionale in merito alla tutela preventiva del sovraindebitamento, è opportuno ricordare, in maniera sintetica, i principali studi messi a punto dalla Comunità Europea e poi dall'Unione sul crescente fenomeno del sovraindebitamento.

In *primis* le istituzioni europee hanno verificato l'esistenza di una definizione unitaria di sovraindebitamento a livello europeo, che avrebbe consentito sia

⁴⁶¹ S. MAZZAMUTO, *Il contratto di diritto europeo*, cit., p. 215 ss.

⁴⁶² In ambito europeo, infatti, il principio di buona fede è stato riconosciuto all'interno dei "PDEC" (Principi di diritto contrattuale europeo) che stabiliscono all'art. 1:201 : <<Ogni parte è tenuta ad agire in conformità della buona fede e della correttezza, così da fare in modo che il contratto abbia piena efficacia>> e all'art. 1:202 : <<Le parti non possono escludere tale obbligo, né limitarlo>>. Inoltre, S. MAZZAMUTO afferma che : <<Il ruolo di veicolo della tutela della persona all'interno del rapporto obbligatorio ricoperto dalla buona fede non sembra trovare ostacoli neanche a livello europeo, dove a seguito della modifica dell'art. 6 TUE di cui al Trattato di Lisbona, si è conferita, come si è detto più volte, piena cittadinanza alla Carte dei diritti fondamentali all'interno del Trattato e si è sancita l'adesione dell'Unione alla CEDU. D'altra parte a tale conclusione si poteva giungere anche prima del Trattato di Lisbona, se solo si fosse riallacciata la funzione integrativa della buona fede alle "tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri" di cui al comma 3 del medesimo art. 6 TUE, che, insieme al riferimento ai "principi generali comuni al diritto degli Stati membri" (art. 340 TFUE), attribuisce legittimazione formale al concetto di diritto privato europeo come risultante del grado d'informazione del diritto dei Paesi membri dell'Unione Europea>>. In merito v. S. MAZZAMUTO, *Il contratto di diritto europeo*, cit., p. 217 s.

⁴⁶³ L'art. 1175 c.c. in *primis* stabilisce che in debitore ed il creditore debbono comportarsi secondo correttezza e buona fede, l'art. 1377 c.c. afferma che nelle fase delle trattative le parti devono comportarsi secondo buona fede, l'art. 1366 c.c. stabilisce che il contratto deve essere interpretato secondo buona fede e l'art.1375 c.c. afferma che il contratto deve essere eseguito secondo buona fede.

una migliore valutazione comparativa tra i dati riguardanti il sovraindebitamento presente nei vari Stati membri, sia una maggior consapevolezza delle azioni da intraprendere per contrastare tale fenomeno. Tuttavia, le istituzioni europee hanno constatato che le cause economico-sociali di tale fenomeno sono talmente eterogenee e differenziate in ambito comunitario da non consentirne una definizione unitaria⁴⁶⁴.

Esse hanno comunque inquadrato in via generale le caratteristiche del sovraindebitamento. A tale proposito, il Comitato Sociale Economico Europeo ha puntualizzato in un Parere indirizzato alla Commissione Europea che: <<Over-indebtedness refers to situations where the debtor is unable to pay all his debts on a long-term basis, or where there is a serious risk that this might be the case when the debts fall due>>. La Commissione Europea nel suo documento, denominato “Towards a common operational European definition of over-indebtedness” ha affermato: <<Over-indebtedness means, but is not limited to the situations where the debt burden of an individual or family manifestly and (or) on a long-term basis exceeds the payment capacity>>⁴⁶⁵.

Le varie istituzioni europee hanno poi, in questi ultimi anni, realizzato e divulgato molteplici ed approfonditi studi sulle cause e la gravità del sovraindebitamento delle famiglie e del debitore non fallibile in Europa⁴⁶⁶.

⁴⁶⁴ In merito v. P.F. MARCUCCI, *La procedura di composizione della crisi da sovraindebitamento del consumatore : tra esperienza nazionale e riflessioni comunitarie*, S. BONFATTI, G. FALCONE (a cura di), *Le procedure di composizione negoziata delle crisi*, Milano, 2014 p. 309 s.

⁴⁶⁵ In merito v. D. CERINI, *Sovraindebitamento e consumer bankruptcy: tra punizione e perdono*, Giufrè, 2012, p. 33 s.

⁴⁶⁶ Parallelamente, diverse iniziative sono state prese a livello europeo in relazione alla risoluzione delle situazioni di insolvenza delle imprese : si parte dal regolamento del Consiglio n. 1346 del 29 maggio 2000 sulle insolvenze transfrontaliere (in eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ...2000), cui ha fatto seguito un intervento del Parlamento europeo, la Risoluzione del 15 novembre 2011, con la quale il Parlamento ha chiesto alla Commissione di presentare una o più proposte legislative in materia di insolvenza societaria. La Commissione ha da un lato intrapreso la revisione del regolamento n. 1346 del 2000, quindi ha emanato la Raccomandazione del 12 marzo 2014 “Un nuovo approccio al fallimento delle imprese e all’insolvenza” (in ec.europa.eu/justice/civil/files/c_2014_1500_it.pdf), volta ad assicurare alle imprese in difficoltà ma recuperabili l’accesso ad un quadro nazionale in materia di insolvenza che permetta loro di ristrutturarsi e reimmettersi sul mercato libere da debiti pregressi. Sulla Raccomandazione, v. G. LO CASCIO, *Il rischio d’insolvenza nell’attuale concezione della Commissione europea*, in *Il Fallimento*, n.7/2014, p. 733 ss.

In *primis*, nel 2007, il Consiglio d'Europa ha approvato la Raccomandazione (2007) ⁴⁶⁷, denominata “*Legal solutions to debt problems*”.

In seguito, nel febbraio 2008, è stato ultimato uno studio a cura della *Directorate-General for Employment, Social Affairs and Equal Opportunities*, denominato “*Towards a common operational european definition of over-indebtedness*” in cui si sviluppa l'idea della utilità del *fresh start* quale incentivo al nuovo avvio di iniziative imprenditoriali⁴⁶⁸.

Successivamente, nel 2010, la Commissione Europea ha finanziato una ricerca sul sovraindebitamento all'interno dei vari Stati dell'Unione, denominata “*Research note 4/2010 Over-indebtedness New evidence from the EU-SILC special module*”⁴⁶⁹, in cui si muove dalla constatazione degli effetti negativi della crisi finanziaria sulla condizione dei nuclei familiari (c.d. *households*). All'interno di tale *Research note*, partendo proprio dal dato di fatto della mancanza di una nozione comune di sovraindebitamento, si tenta di costruirne una definizione tendenzialmente unitaria compatibile con le particolarità degli Stati Membri: “*over-indebted household is defined as one whose existing and foreseeable resources are insufficient to meet its financial commitments without lowering its living standards, which has both social and policy implications if its means reducing them below what is regarded as the minimum acceptable in the country concerned*”.

Infine, nel 2013, è stato condotto dalla *Directorate General Health and Consumers (DG SANCO)*, su incarico della Commissione Europea, un articolato studio, intitolato: “*The over-indebtedness of European households: updated mapping of the situation, nature and causes, effects and initiatives for alleviating its impact*”, al fine di avere un quadro generale del fenomeno del sovraindebitamento, così da elaborare metodi per alleviarne o prevenirne gli effetti.

⁴⁶⁷V. il testo in ec.europa.eu/consumers/financial_services/reference_studies_documents/docs/part_1_synthesis_of_finding_s_en.pdf.

⁴⁶⁸V. in www.oee.fr/files/study_overindebtedness_en.pdf.

⁴⁶⁹V. in ec.europa.eu/social/BlobServlet?docId=6708&langId=e.

Tale studio è strutturato in due parti: una prima parte dedicata al sovraindebitamento in generale⁴⁷⁰ ed una seconda sul sovraindebitamento presente all'interno dei vari Stati membri⁴⁷¹ (la situazione italiana è descritta nell'elaborato n. 14).

2. La Direttiva Europea 2008/48/CE e la disciplina preventiva del sovraindebitamento

Com'è stato accennato nel paragrafo precedente, il Parlamento europeo ed il Consiglio hanno emanato il 23 aprile 2008⁴⁷² la Direttiva 2008/48/CE, relativa ai contratti di credito ai consumatori, abrogando la precedente Direttiva n. 87/102 CEE⁴⁷³ relativa ai contratti di credito al consumo.

Tale Direttiva si distingue da quella precedente innanzitutto per due aspetti di immediata evidenza : la sua denominazione e una regolamentazione più dettagliata.

⁴⁷⁰V. ec.europa.eu/consumers/financial_services/reference_studies_documents/docs/part_1_synthesis_of_finding_s_en.pdf.

⁴⁷¹V. ec.europa.eu/consumers/financial_services/reference_studies_documents/docs/part_2_synthesis_of_finding_s_en.pdf.

⁴⁷² Precedentemente alla Direttiva è stata emanata dal Parlamento europeo dell'11 luglio 2007 la Risoluzione “sulla politica dei servizi finanziari per il periodo 2005-2010” - Libro Bianco (2006/2270 INI) con cui è stata invitata la Commissione ad intraprendere la messa a punto di un quadro di regolamentazione e vigilanza adeguato e fattibile in materia di contratti di credito al consumo. Successivamente alla Direttiva 48/2008 sono state poi emanate due risoluzioni sempre dal Parlamento europeo, un del 5 luglio 2008 sul libro Verde sui servizi finanziari (2007/2287 INI) e una il 18 novembre 2008 sulla protezione del consumatore (2007/2288 INI). In merito v. S. LAROCCA, *L'obbligo di verifica del merito creditizio del consumatore*, in E.CATERINI, L. DI NELLA, L. MEZZASOMA, V. RIZZO (a cura di), *La tutela del consumatore nelle posizioni di credito e di debito*, Edizioni scientifiche italiane, cit., p. 241 ss.

⁴⁷³ I contratti di credito al consumo erano, infatti, in precedenza, disciplinati dalla Direttiva 87/102/CEE del 22 dicembre 1986, recepita in Italia dalla l. del 19 febbraio 1992 n. 142 e modificata quasi subito dalle Direttive del 22 febbraio 90 n. 88 e del 16 febbraio 98 n.7. Le norme italiane che furono introdotte per disciplinare il credito al consumo furono: gli artt. 40-44 Codice Consumo e gli artt. 121-128-bis del Testo Unico Bancario. V. in proposito S. MAZZAMUTO, *Il contratto di diritto europeo*, cit., p. 364 s.

Per quanto riguarda il primo aspetto, si viene a sostituire la precedente dizione “*contratti di credito al consumo*” con quella di “*contratti di credito ai consumatori*”.

Tale mutamento terminologico lasciava sperare, secondo alcuni commentatori⁴⁷⁴, uno spostamento dell’attenzione del legislatore comunitario sui destinatari del credito. Tuttavia, vedremo che il mutamento è rimasto confinato solo sul piano formale.

Secondo altri autori⁴⁷⁵, invece, la differente denominazione era volta a tutelare un maggior numero di tipologie contrattuali, rispetto a quelle disciplinate nella precedente Direttiva, dal momento che non era più presente una definizione di contratti di *credito al consumo*, bensì essa conteneva due definizioni correlate, ossia quelle di *consumatore* e di *contratti di credito*⁴⁷⁶.

Il consumatore è stato definito dalla Direttiva come: <<*Una persona fisica che, nell’ambito delle transazioni disciplinate dalla presente direttiva, agisce per scopi estranei alla sua attività commerciale o professionale*>> (art. 3, lett. a).

Il contratto di credito è stato, invece, definito, come un contratto: <<*In base al quale il creditore concede o s’impegna a concedere al consumatore un credito sotto forma di dilazione di pagamento, di prestito o di altra agevolazione finanziaria analoga*>> (art. 3, lett.c).

Inoltre, ulteriore differenza con la precedente Direttiva (di natura invece sostanziale) era favorire, a livello di mercato europeo transfrontaliero,

⁴⁷⁴ Secondo quanto ci riporta A. COSTA, *La disciplina del credito ai consumatori*, G. ALPA (a cura di), *I contratti del consumatore*, cit., p. 924 s.

⁴⁷⁵ Tuttavia sono esclusi esplicitamente da questa direttiva, secondo quanto afferma il Considerando 14, i contratti di credito immobiliare, che vedremo saranno oggetto della disciplina della successiva Direttiva 2014/17/UE che riformerà la Direttiva 2008/48/CE. In merito v. D. CERINI, *Sovraindebitamento e consumer bankruptcy: tra punizione e perdono*, cit., p. 210 s. e L. MODICA, *Il contratto di credito ai consumatori nella nuova disciplina comunitaria*, Europa e diritto privato, fasc. 3, 2009, p. 785 ss.

⁴⁷⁶ Tuttavia, è necessario, affinché tali contratti siano tutelati dalle norme della Direttiva che sia presente la “*causa del credito al consumo*”, strettamente collegata tra l’altro con la figura del “*consumatore*” che contrae tali contratti di credito ossia soggetti che stipulano tale contratto di credito per scopi estranei alla loro attività imprenditoriale e professionale. Secondo quanto emerge in S. MAZZAMUTO, *Il contratto di diritto europeo*, cit., p. 363 ss.

e L. MODICA, *Il contratto di credito ai consumatori nella nuova disciplina comunitaria*, cit., p. 785 ss.

un' "armonizzazione massima e piena"⁴⁷⁷ della disciplina di tali contratti, non raggiunta con la precedente Direttiva (87/102/CEE) che invece aveva predisposto una "armonizzazione minima", che non si era mostrata sufficientemente adeguata a fronte dell'aumento della contrattazione transfrontaliera.

Finalità dell' "armonizzazione piena" erano facilitare la libera e concorrenziale circolazione di offerte di credito al consumo e la stipulazione di contratti *cross border*⁴⁷⁸, e diffondere un'erogazione più responsabile del credito⁴⁷⁹ all'interno di tutti gli Stati membri, attraverso gli strumenti del *responsible borrowing* e del *responsible lending*, così da tutelare i consumatori e prevenire il fenomeno del sovraindebitamento.

Come avremo modo di vedere nell'analisi dei successivi paragrafi, tali finalità, tuttavia, non sono state pienamente raggiunte a causa dell'eccessiva indeterminazione del testo della Direttiva⁴⁸⁰.

⁴⁷⁷ Secondo quanto emerge nel Considerando 9, la nuova Direttiva non lascia aperta la possibilità ai vari stati membri d'introdurre disposizioni difformi, rispetto a quelle previste dalla stessa. Essa, infatti, afferma: «È necessaria una piena armonizzazione che garantisca a tutti i consumatori della Comunità di fruire di un livello elevato ed equivalente di tutela dei loro interessi e che crei un vero mercato interno. Pertanto, agli Stati membri non dovrebbe essere consentito di mantenere o introdurre disposizioni nazionali diverse da quelle previste dalla presente direttiva. Tuttavia, tale restrizione dovrebbe essere applicata soltanto nelle materie armonizzate dalla presente direttiva. Laddove tali disposizioni armonizzate mancassero, gli Stati membri dovrebbero rimanere liberi di mantenere o introdurre norme nazionali. Di conseguenza, gli Stati membri possono, per esempio, mantenere o introdurre disposizioni nazionali sulla responsabilità solidale del venditore o prestatore di servizi e del creditore. Un altro esempio di questa possibilità offerta agli Stati membri potrebbe essere quello del mantenimento o dell'introduzione di disposizioni nazionali sull'annullamento del contratto di vendita di merci o di prestazione di servizi se il consumatore esercita il diritto di recesso dal contratto di credito. A tale riguardo, in caso di contratti di credito a durata indeterminata, agli Stati membri dovrebbe essere consentito di fissare un periodo minimo che deve intercorrere tra il momento in cui il creditore chiede il rimborso e il giorno in cui il credito deve essere rimborsato».

⁴⁷⁸ G. CARRIERO, *La disciplina del credito al consumo*, in M. LOBUONO, M. LORIZIO (a cura di), *Credito al consumo e sovraindebitamento dei consumatori: scenari economici e profili giuridici*, cit., p. 166 s.

⁴⁷⁹ Il concetto di credito responsabile, pur essendo uno delle finalità primarie della Direttiva, sorprendentemente non compare mai nel testo, salvo che nel Considerando 26, che ha solo il mero ruolo di norma programmatica. Esso tuttavia era contenuto nella proposta di Direttiva del 2004, ma è stato poi espunto dal testo finale. In merito v. D. CERINI, *Sovraindebitamento e consumer bankruptcy: tra punizione e perdono*, cit., p. 210 s. e G. FALCONE, *Il trattamento normativo del sovraindebitamento del consumatore*, in A. BENOCCI et al. (a cura di), *Studi per Franco Belli*, cit., p. 632 s.

⁴⁸⁰ Infatti, ad un'attenta lettura del testo di legge emergono numerose esenzioni e diverse opzioni che il legislatore comunitario ha rimesso alla libera determinazione degli Stati Membri. Alcune disposizioni, infatti, concedono ampia libertà circa le modalità di

2.1. *Il responsible borrowing nella Direttiva 2008/48/CE*

Per quanto riguarda lo strumento di tutela preventiva denominato “*responsible borrowing*”⁴⁸¹, esso consiste nel creare, attraverso un’educazione finanziaria del consumatore e una maggiore informazione in sede sia pubblicitaria, che pre-contrattuale e post-contrattuale⁴⁸², un maggior equilibrio informativo tra le parti, in modo che entrambe siano pienamente consapevoli dell’operazione economica sulla quale si stanno accordando⁴⁸³.

Pertanto, *in primis*, per riequilibrare il *deficit* informativo presente in tali contratti⁴⁸⁴, la Direttiva ha stabilito, al Considerando 26⁴⁸⁵, che gli Stati

recepimento, mentre altre indicano più possibili soluzioni, lasciando al legislatore nazionale una certa discrezionalità nella scelta di quale tra esse adottare. Alcuni esempi possono essere quelli dell’art. 8 in cui il legislatore richiede l’introduzione di una procedura di valutazione del merito creditizio, o dell’art. 5 in cui impone che al consumatore siano forniti chiarimenti e proposti quei contratti maggiormente idonei a rispondere alle sue esigenze o dell’art. 23 che non stabilisce quale sia l’apparato rimediabile e sanzionatorio applicabile in ipotesi di violazione della normativa a tutela dei consumatori, ma stabilisce come unico vincolo che tali sanzioni siano “*efficaci, proporzionate e dissuasive*”. In merito v. A. COSTA, *La disciplina del credito ai consumatori*, G. ALPA (a cura di), *I contratti del consumatore*, cit., p. 926 s.

⁴⁸¹ Tale concetto era presente nella proposta del 2004, ma è stato eliminato con la Posizione comune del consiglio n. 14/2007, in quanto fu ritenuto idoneo a ingenerare incertezza giuridica, pertanto non è presente nel testo finale della Direttiva 48/2008. In merito v. D. CERINI, *Sovraindebitamento e consumer bankruptcy: tra punizione e perdono*, cit., p. 210 s.

⁴⁸² E. PELLECCIA, *Dall’insolvenza al sovraindebitamento. Interesse del debitore alla liberazione e ristrutturazione dei debiti*, Giappichelli, Torino, 2012, p. 40 ss.

⁴⁸³ Pertanto, attraverso una maggiore informazione la Direttiva mira a prevenire il fenomeno del sovraindebitamento e del credito irresponsabile. Ad ogni modo non tutti gli studiosi ritengono che sussista una correlazione tra il livello di *household arrears* (ritardi nei pagamenti) e il livello di *borrowing*. P.F. MARCUCCI afferma che tale correlazione non c’è sempre e che tra l’altro è emerso che in uno studio condotto dalle istituzioni dell’Unione Europea che i paesi che hanno un maggiore livello di indebitamento privato sono quelli in cui la percentuale di rimborso regolare dei finanziamenti si sia mostrata più elevata. In merito v. P.F. MARCUCCI, *La procedura di composizione della crisi da sovraindebitamento del consumatore: tra esperienza nazionale e riflessioni comunitarie*, in S. BONFATTI, G. FALCONE (a cura di), *Le procedure di composizione negoziale delle crisi*, cit., p. 307 s.

⁴⁸⁴ Secondo alcuni autori, il ruolo dell’educazione finanziaria ha portato a dare un contorno più etico e morale al mercato del credito, dando più consapevolezza agli imprenditori o ai regolatori finanziari del ruolo che essi hanno della società. Essi sono senza dubbio dei soggetti profit che operano per produrre profitto, ma non possono non valutare l’immagine “*etica*” che essi danno della società, che ha anche un impatto importante sul piano economico e porsi come strumento di attuazione di risorse di capitali. Per cui, all’interno di alcune imprese si sono andati a formare dei veri e propri *fondi etici* volti a investire sulla formazione ed educazione del credito. Il tema è sviluppato in D. CERINI, *Sovraindebitamento e consumer bankruptcy: tra punizione e perdono*, cit., p. 208 ss.

membri dovrebbero fornire, con gli strumenti ritenuti da loro adeguati⁴⁸⁶, una maggiore educazione⁴⁸⁷ finanziaria al consumatore⁴⁸⁸.

Tale educazione è fornita attualmente o attraverso dei corsi in materie economiche-finanziarie offerti all'interno di istituti scolastici e di siti istituzionali o attraverso attività di consulenza e mediazione fornite da organizzazioni non *profit* o associazioni di consumatori, con la finalità di favorire una riabilitazione o emancipazione del debitore da forme compulsive di consumo e ricorso al credito⁴⁸⁹.

Al di là della dicitura presente nel Considerando, ritenuta assai deludente⁴⁹⁰ dagli studiosi, in quanto ci si aspettava una disposizione molto più specifica

⁴⁸⁵ Il Considerando 26, primo periodo, infatti, afferma : <<Gli Stati membri dovrebbero adottare le misure appropriate per promuovere pratiche responsabili in tutte le fasi del rapporto di credito, tenendo conto delle specificità del proprio mercato creditizio. Tali misure possono includere, per esempio, l'informazione e l'educazione dei consumatori anche avvertimenti sui rischi di un mancato pagamento o di un eccessivo indebitamento. In un mercato creditizio in espansione, in particolare, è importante che i creditori non concedano prestiti in modo irresponsabile o non emettano crediti senza preliminarmente valutare il merito creditizio, e gli Stati membri dovrebbero effettuare la necessaria vigilanza per evitare tale comportamento e dovrebbero determinare i mezzi necessari per sanzionare i creditori qualora ciò si verificasse>>.

⁴⁸⁶ Esse possono essere: l'inserimento all'interno di programmi scolastici di insegnamenti *ad hoc*, la diffusione di spot pubblicitari sui media, promossi da soggetti pubblici o associazioni di categoria, che divulgano nozioni in materia economico-finanziaria o proprio illustrino il contenuto di tali strumenti finanziari, in modo da favorire un dialogo fra istituzioni e cittadini riguardo a tali prodotti, per fornire un consumo di essi più consapevole e responsabile, secondo quanto emerge in L. MODICA, *Profili giuridici del sovraindebitamento*, Jovene editore, Napoli, 2013, p. 230 s.

⁴⁸⁷ Il principio dell'educazione del consumatore non è nuovo, in realtà, nel panorama europeo. L'Assemblea consultiva del Consiglio di Europa nella risoluzione n. 543/1973, con la quale aveva approvato il testo definitivo di una "Carta europea dei consumatori", aveva già menzionato il diritto del consumatore all'educazione. Successivamente, la Risoluzione del Consiglio CE del 14 aprile 1975 nel relativo programma preliminare ha affermato che l'educazione : <<è funzionale alla formazione dei consumatori informati, in grado di effettuare una scelta oculata tra i beni e i servizi e consapevole dei loro diritti e delle loro responsabilità>>. Inoltre il Trattato di Amsterdam ha stabilito all'art. 153 : <<al fine di assicurare un elevato livello di protezione dei consumatori, la Comunità contribuisce a promuovere la salvaguardia dei propri interessi>>, facendo emergere, pertanto, che il diritto all'educazione ormai rientra tra gli obiettivi che l'UE è tenuta a perseguire, secondo quanto emerge in A. BIZZARRO, *L'educazione e l'informazione del consumatore*, in G. RECINTO, L. MEZZASOMA, S. CHERTI (a cura di), *Diritti e tutele dei consumatori*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 2014, p. 33 ss.

⁴⁸⁸ E. PELLECCIA, *Dall'insolvenza al sovraindebitamento. Interesse del debitore alla liberazione e ristrutturazione dei debiti*, cit., p. 40 ss.

⁴⁸⁹ In merito v. E. PELLECCIA, *Dall'insolvenza al sovraindebitamento. Interesse del debitore alla liberazione e ristrutturazione dei debiti*, cit., p. 144 ss.

⁴⁹⁰ La delusione risiede nel fatto che la Direttiva fin dall'inizio della parte programmatica (Considerando 9) afferma che con l'apposito testo creerà una piena armonizzazione della disciplina del contratto di credito ai consumatori, volta ad eliminare le disparità legislative

e dettagliata, finalizzata all' "armonizzazione completa" di tale disciplina, tuttavia, tale strumento, introdotto con la Direttiva, a nostro avviso, è di fondamentale importanza per la prevenzione del sovraindebitamento.

Infatti, il consumatore necessita di un'educazione finanziaria⁴⁹¹, in quanto spesso compie scelte non del tutto razionali nel momento in cui stipula i contratti di finanziamento.

Egli, infatti, spesso non valuta la convenienza o meno dell'operazione economica e la compatibilità di essa con la propria situazione finanziaria, sia perché non ha conoscenze adeguate, sia perché principalmente è interessato ad ottenere il finanziamento, forse anche prescindendo dalla presenza di condizioni contrattuali svantaggiose o meno⁴⁹².

che comportavano distorsioni della concorrenza e a creare una tutela paritaria dei consumatori membri dei vari Stati dell'Unione. Nel considerando 26 tuttavia la Direttiva interviene in maniera alquanto generica e lascia che siano gli Stati a riempire il contenuto di tale previsione, e quindi prevedere norme apposite per promuovere l'educazione finanziaria. V. in proposito E. MINERVINI, *Il sovraindebitamento del consumatore e la Direttiva 2008/48/CE*, in E.CATERINI, L. DI NELLA, L. MEZZASOMA, V. RIZZO (a cura di), *La tutela del consumatore nelle posizioni di credito e di debito*, Edizioni scientifiche italiane, cit., p. 62 s.

⁴⁹¹ In realtà, alcuni autori hanno criticato duramente il rimedio dell'educazione finanziaria. E. PELLECCCHIA ci riporta numerose critiche degli studiosi in merito a tale istituto. La prima critica consiste nel fatto che tale educazione è costosa sia in termini di tempo, sia in termini di risorse economiche. Pertanto, se resa obbligatoria può funzionare come barriera che penalizza i soggetti maggiormente in difficoltà, mentre se facoltativa può produrre risultati irrilevanti. La seconda critica concerne sottolineare che essa è indirizzata unicamente al consumatore, tuttavia non si vede perché non possa coinvolgere anche il finanziatore, il quale nella maggior parte dei casi sembra non sia in grado di valutare la specificità della situazione del cliente. La terza critica riguarda gli effetti negativi che tale educazione può comportare sul debitore, il quale una volta assunte tali informazioni può autoconvincersi (illusoriamente) di essere più competente nell'uso del denaro e nella programmazione delle spese e pertanto fare nuovamente ricorso al credito sempre in maniera irresponsabile. In merito a questo profilo la stessa PELLECCCHIA fa notare che l'educazione finanziaria, infatti, non ha come obiettivo quello di disincentivare il ricorso al credito, ma piuttosto è volta a riabilitare, correggere certi comportamenti del consumatore, quasi come se fosse un tossicodipendente o un alcolista. L'ultima critica consiste nell'impatto negativo che potrebbe comportare la partecipazione del debitore a questi programmi di educazione finanziaria sul giudizio del creditore. Infatti se ciò risultasse nella storia creditizia del debitore, il creditore potrebbe essere più restio ad erogare il credito, valutando in termini negativi tale partecipazione, quasi come se da questa emergesse un'incapacità del debitore di gestire efficacemente il proprio bilancio. V. in proposito E. PELLECCCHIA, *Dall'insolvenza al sovraindebitamento. Interesse del debitore alla liberazione e ristrutturazione dei debiti*, cit., p. 144 ss.

⁴⁹² L'importanza di una corretta educazione finanziaria del consumatore sarà ribadita in uno studio successivo alla redazione della Direttiva, elaborato nel 2013 dal *Civic Consulting of the Consumer Policy Evaluation Consortium (CPEC)* e diretto dalla *Directorate General Health and*

La Direttiva, sempre per favorire il *responsible borrowing*, ha inoltre predisposto anche un ampliamento⁴⁹³ degli *obblighi d'informazione* che il creditore è tenuto a rispettare, di cui dagli artt. 4-7.

In particolare, la Direttiva disciplina all'art. 4 le informazioni pubblicitarie⁴⁹⁴, che sono fornite facoltativamente dal professionista ad un pubblico determinato, stabilendo che, qualora riportino il tasso d'interesse o qualunque altro dato numerico, esse devono contenere anche le informazioni base del contratto, descritte⁴⁹⁵ in maniera *chiara, concisa e particolarmente evidenziata* al fine di evitare un'erogazione incompleta di tali

Consumers (DG SANCO), intitolato: “*The over-indebtedness of European households: updated mapping of the situation, nature and causes, effects and initiatives for alleviating its impact*”(in ec.europa.eu/consumers/financial_services/reference_studies_documents/index_en.htm). Tale studio ha rilevato *in primis* che : <<*Debt advice services can help people get their finances (and often their lives) back on track. An absence of advice and help can result in costs for the household but also for society*>> e in particolare, in merito all'educazione finanziaria ha affermato: <<*Financial education seeks to improve individuals' capacity to understand financial information, raise awareness about the risks and consequences of borrowing decisions; and help individuals choose the financial products appropriate for their needs. Moreover, financial education sets out to limit the negative impact that unexpected events can have on household finances. It can be argued that increased financial knowledge helps individuals manage their finances more effectively. It also helps them to put into place savings, insurance or other solutions designed to safeguard their financial future*>>. In merito v. D. VANDONE, “*The over-indebtedness of European households: updated mapping of the situation, nature and causes, effects and initiatives for alleviating its impact* - Country report Italy” in ec.europa.eu/consumers/financial_services/reference_studies_documents/docs/part_2_syn, p. 295 s

⁴⁹³ In merito v. E. PELLECCIA, *Dall'insolvenza al sovraindebitamento. Interesse del debitore alla liberazione e ristrutturazione dei debiti*, cit., p. 45 s.

⁴⁹⁴ Bisogna rilevare che l'analitica disciplina delle “*informazioni pubblicitarie*”, che normalmente nella disciplina codicistica non è affrontata, perché collocata fuori dalla fase delle trattative, è tipica nelle discipline a tutela della parte “debole”. In tali materie consumeristiche, infatti, il punto d'attacco della disciplina è collocato in un momento antecedente alla nascita delle trattative e quindi al contratto diretto tra le parti interessate alla stipulazione del contratto. In merito v. M. DE POLI, *Gli obblighi gravanti sui “creditori” nella fase anteriore e posteriore alla stipulazione del contratto e le conseguenze della loro violazione*, in G. DE CRISTOFARO (a cura di), *La nuova disciplina europea del credito al consumo. La direttiva 2008/48/CE relativa ai contratti di credito dei consumatori e il diritto italiano*, Giappichelli, Torino, 2009, p. 60 s.

⁴⁹⁵ M. DE POLI rileva che sembra curioso che lungo l'art. 4, pur essendo previsto tassativamente il contenuto delle informazioni e come esse devono essere descritte, non è presente il concetto di pubblicità. In merito a questo M. DE POLI riporta il concetto presente nelle Istr. Vigilanza, Titolo X, Capitolo I, Sezione I, punto 3., intitolato “*Definizioni*”, che afferma: <<*Messaggio, in qualsiasi modo diffuso, avente lo scopo di promuovere la vendita di prodotti e la prestazione di servizi*>> : M. DE POLI, *Gli obblighi gravanti sui “creditori” nella fase anteriore e posteriore alla stipulazione del contratto e le conseguenze della loro violazione*, in G. DE CRISTOFARO (a cura di), *La nuova disciplina europea del credito al consumo*, cit., p. 61 s.

informazioni e qualunque tipo di inganno che possa essere arrecato al consumatore⁴⁹⁶.

Esse sono: il tasso debitore (fisso o variabile), l'importo totale del credito, il tasso annuo effettivo globale (TAEG), l'importo di eventuali pagamenti anticipati, la durata del contratto e, se il contratto prevede il pagamento dilazionato, l'ammontare di tali pagamenti.

La Direttiva 2008/48/CE, tuttavia, nulla dice in merito a se tali informazioni possano, poi, discostarsi da quelle comunicate in sede contrattuale o meno e rimanda, anche in questo caso, agli Stati membri il compito di una chiara precisazione.

Successivamente alle informazioni pubblicitarie, la Direttiva ha disciplinato, all'art. 5, sempre in maniera alquanto generica, ulteriori e più rilevanti informazioni precontrattuali che solo in taluni casi devono essere erogate obbligatoriamente dal finanziatore.

Esse consistono *in primis* nella consegna obbligatoria di un rigido modulo standardizzato, non predisposto *ad personam*, denominato “*Informazioni europee di base relative al credito ai consumatori*”⁴⁹⁷, all'interno del quale sono indicati i vari strumenti finanziari presenti nel mercato e le informazioni necessarie per comparare le varie offerte così da poter prendere una decisione più consapevole.

⁴⁹⁶ Finalità di tali informazioni in questa fase è, infatti, più di colmare lacune conoscitive, quella di prevenire l'inganno del consumatore. Ingannevole è, quindi, la mera indicazione di un tasso d'interesse o qualunque altro dato numerico riguardante il costo del credito, ingannevole è un'informazione incompleta che potrebbe confondere il consumatore sul costo complessivo del denaro che lui intende chiedere in prestito. In merito v. M. DE POLI, *Gli obblighi gravanti sui “creditori” nella fase anteriore e posteriore alla stipulazione del contratto e le conseguenze della loro violazione*, in G. DE CRISTOFARO (a cura di), *La nuova disciplina europea del credito al consumo*, cit, p. 61 s.

⁴⁹⁷ In particolare tale modulo è composto da cinque paragrafi, che contengono il primo informazioni sull'identità e sui contratti del creditore/intermediario del credito, il secondo la descrizione delle caratteristiche principali del prodotto di credito, il terzo le notizie sui costi del credito, il quarto una serie di aspetti legali riguardanti il contratto (quali per esempio l'esercizio del diritto di recesso del creditore, il diritto del consumatore di ricevere una bozza del contratto e così via), il quinto informazioni ulteriori in merito alla commercializzazione a distanza dei servizi finanziari, secondo quanto emerge in M. DE POLI, *Gli obblighi gravanti sui “creditori” nella fase anteriore e posteriore alla stipulazione del contratto e le conseguenze della loro violazione*, in G. DE CRISTOFARO (a cura di), *La nuova disciplina europea del credito al consumo*, cit, p. 63 s.

E' prevista poi l'erogazione facoltativa di ulteriori chiarimenti e la consegna, su richiesta del consumatore, di una bozza del contratto.

La scelta di distinguere tra informazioni obbligatorie, incorporate in un modulo, e informazioni facoltative, consistenti in spiegazioni verbali del contratto e nella consegna di una sua eventuale bozza, risiede, a nostro avviso, da una parte, nella volontà del legislatore di non predisporre un numero indeterminato d'informazioni, che possono generare confusione nel consumatore e dall'altra, nel tutelare il professionista, il quale, una volta consegnato il modulo, ha adempiuto ai suoi obblighi d'informazione, secondo quanto afferma lo stesso art. 5 della Direttiva⁴⁹⁸.

Tuttavia, tale disciplina è stata ritenuta, da alcuni autori⁴⁹⁹, inefficace e alquanto deludente, in merito agli scopi che avrebbe dovuto raggiungere.

In primo luogo, l'utilizzo di tale modulo non sembra contribuire ad un'assunzione più consapevole del debito, in quanto aiuta solo a capire quali siano le offerte disponibili sul mercato e non a comprendere la potenzialità economica delle stesse.

Il consumatore medio, una volta ricevuto l'opuscolo informativo, difficilmente, infatti, sarà perfettamente in grado di comprenderlo e di prendere una decisione razionale sulla base di esso (e forse neppure lo leggerà)⁵⁰⁰.

Non appare condivisibile poi la scelta del legislatore di prevedere che l'erogazione di ulteriori informazioni⁵⁰¹ e di una bozza del contratto sia rimessa discrezionalmente alla volontà del professionista.

⁴⁹⁸ L'art. 5 infatti enuncia : <<Si considera che il creditore abbia soddisfatto gli obblighi di informazione di cui al presente paragrafo e all'articolo 3, paragrafi 1 e 2 della direttiva 2002/65/CE se ha fornito le "Informazioni europee di base relative al credito ai consumatori">>.

⁴⁹⁹ L. MODICA, *Il contratto di credito ai consumatori nella nuova disciplina comunitaria*, cit., p. 785 ss. e L. MODICA, *Profili giuridici del sovraindebitamento*, cit., p. 230 ss. e D. CERINI, *Sovraidebitamento e consumer bankruptcy: tra punizione e perdono*, cit., 164 ss.

⁵⁰⁰ G. CARRIERO, *Vigilanza bancaria e tutela del consumatore : obiettivi e strumenti*, in A. BENOCCI et. al (a cura di), *Studi per Franco Belli*, cit., p. 551 s.

⁵⁰¹ Secondo alcuni autori, tuttavia, prevedere che il professionista possa fornire ulteriori informazioni facoltative potrebbe essere controproducente, in quanto potrebbe portare, al contrario di quello che ci si aspetterebbe, confusione al consumatore sulle offerte comparabili dallo stesso, le quali sono fornite in un modulo informativo riconosciuto a livello europeo oltre che per facilitare un pratico raffronto, anche per garantire una vendita

Infatti, dal punto di vista pratico, sia i chiarimenti, che la stessa bozza del contratto possono dare gli stessi, se non maggiori, benefici rispetto a quelli del modulo prestampato.

Il consumatore, infatti, solo avendo tra le mani la bozza del contratto, potrà avere una reale consapevolezza, a livello psicologico, del peso e dell'impegnatività dell'operazione economica che sta per concludere⁵⁰².

Pertanto, a nostro avviso, la disciplina degli obblighi informativi all'interno della Direttiva 2008/48/CE è stata finalizzata non tanto a tutelare il consumatore, bensì ad altri scopi, quali garantire la vendita perfettamente concorrenziale di tale prodotti finanziari, e tutelare il professionista esonerandolo da qualunque responsabilità precontrattuale, una volta che il modulo, consegnato al consumatore, sia stato firmato dallo stesso⁵⁰³.

Per quanto riguarda gli obblighi relativi alle informazioni post-contrattuali, la Direttiva, da ultimo, stabilisce alcuni oneri per il professionista.

Egli, da un lato, è tenuto fornire, qualora il consumatore lo richieda, l'estratto conto sotto forma di tabella di ammortamento, con l'indicazione degli importi ancora dovuti e la descrizione della ripartizione di ciascun rimborso periodico (art. 10, co. 2, lett. i)) e, dall'altro, è tenuto ad informare il consumatore su ogni sopravvenuta modifica del tasso debitore prima dell'entrata in vigore di essa (art. 11).

concorrenziale di questi prodotti presenti sul mercato, secondo quanto emerge in D. CERINI, *Sovraindebitamento e consumer bankruptcy: tra punizione e perdono*, cit., p. 165 s. e L. MODICA, *Il contratto di credito ai consumatori nella nuova disciplina comunitaria*, cit., p. 785 ss.

⁵⁰² In merito v. L. MODICA, *Il contratto di credito ai consumatori nella nuova disciplina comunitaria*, cit., p. 785 ss.

⁵⁰³ V. in tal senso L. MODICA, *Profili giuridici del sovraindebitamento*, cit., p. 232 s.

2.2. Il responsible lending nella Direttiva 2008/48/CE

In merito, invece, allo strumento di tutela preventiva del *responsible lending*, la Direttiva ha introdotto, al Considerando 26 e all'art. 8⁵⁰⁴, l'istituto del *merito creditizio* del consumatore.

Esso consiste in una valutazione prognostica, svolta dal professionista, sulla capacità di restituzione del credito da parte del consumatore⁵⁰⁵, così da permettere un'erogazione più controllata e meritevole del credito⁵⁰⁶.

Infatti, si prende atto implicitamente del fatto che, al pari dei consumatori, anche gli stessi finanziatori possono prendere decisioni irrazionali⁵⁰⁷, tali da generare una distorsione del mercato dal lato dell'offerta.

Entrambe le disposizioni presenti nella Direttiva esordiscono con una dicitura alquanto generica, che rimette il suo completamento ai vari Stati membri⁵⁰⁸.

⁵⁰⁴ Il Considerando 26, secondo periodo, infatti, afferma: <<I creditori dovrebbero avere la responsabilità di verificare individualmente il merito creditizio dei consumatori. A tal fine dovrebbero poter utilizzare le informazioni fornite dal consumatore non soltanto durante la preparazione del contratto di credito in questione, ma anche nell'arco di una relazione commerciale di lunga data. Le autorità degli Stati membri potrebbero inoltre fornire istruzioni e orientamenti appropriati ai creditori e i consumatori, dal canto loro, dovrebbero agire con prudenza e rispettare le loro obbligazioni contrattuali>>. L'art. 8 invece enuncia: <<Gli Stati membri provvedono affinché, prima della conclusione del contratto di credito, il creditore valuti il merito creditizio del consumatore sulla base di informazioni adeguate, se del caso fornite dal consumatore stesso e, ove necessario, ottenute consultando la banca dati pertinente. Gli Stati membri la cui normativa prevede già una valutazione del merito creditizio del consumatore consultando una banca dati pertinente possono mantenere tale obbligo. 2. Se le parti convengono di modificare l'importo totale del credito dopo la conclusione del contratto di credito, gli Stati membri provvedono affinché il creditore aggiorni le informazioni finanziarie di cui dispone riguardo al consumatore e valuti il merito creditizio del medesimo prima di procedere ad un aumento significativo dell'importo totale del credito>>.

⁵⁰⁵ Il fatto che entrambe le disposizioni pongano l'accento sulla capacità restitutoria del consumatore porterebbe a pensare che è irrilevante, ai fini di tale valutazione, la presenza di garanzie personali di soggetti terzi, che sono abbastanza frequenti in questi tipi di contratti, o di coperture assicurative a garanzia del rimborso del credito e qualora la valutazione abbia esiti positivi solo perché il consumatore è provvisto di tali garanzie, deve ritenersi compiuta in modo errato. In merito v. A. SIMIONATO, *Prime note in tema di valutazione del merito creditizio del consumatore nella Direttiva 2008/48/CE*, in C. DE CRISTOFARO (a cura di), *La nuova disciplina europea del credito al consumo*, cit., p. 185 s.

⁵⁰⁶ E di riflesso tale istituto è finalizzato ad attuare un migliore controllo sul mercato del credito, secondo quanto emerge in D. CERINI, *Sovraindebitamento e consumer bankruptcy: tra punizione e perdono*, cit., p. 211 s.

⁵⁰⁷ E. PELLECCIA, *Dall'insolvenza al sovraindebitamento. Interesse del debitore alla liberazione e ristrutturazione dei debiti*, cit., p. 67 s.

La Direttiva, infatti, nulla dice su cosa sia precisamente il “*merito creditizio*”, né si pronuncia su un eventuale collegamento tra le violazioni di tale obbligo di valutazione prognostica⁵⁰⁹ e le decisioni conseguenti.

Essa si limita solamente a prevedere nel Considerando 26 che ciascun creditore “*dovrebbe verificare individualmente*”, e quindi non attraverso *scoring standardizzati*⁵¹⁰, il *merito creditizio* del consumatore.

Tale valutazione dovrebbe concernere⁵¹¹ sia la capacità economica attuale del consumatore, ricavata attraverso l'analisi del suo reddito, delle sue entrate, della sua età e dei suoi bisogni, sia le informazioni storiche⁵¹² riguardanti il consumatore, fornite sia dallo stesso, che dalla banca dati pertinente⁵¹³ (art. 8 co. 1). Esse riguardano solitamente l'incidenza del debito sul reddito del cliente, la stabilità professionale, lo stato di salute, le informazioni reperite quanto ai ritardi nei rimborsi dei debiti o pregressi mancati pagamenti, in modo da valutare la capacità di restituzione o meno del consumatore e lo stato familiare dello stesso.

⁵⁰⁸ V. L. MODICA, *Il contratto di credito ai consumatori nella nuova disciplina comunitaria*, in *Europa e diritto privato*, fasc. 3, 2009, p. 785 ss.

⁵⁰⁹ L. MODICA addirittura fa notare che l'art. 8 viene denominato “*Obbligo di verifica del merito creditizio*”, tuttavia nell'articolo stesso viene utilizzata una formula assai più sfumata dalla quale non è consentito concludere con certezza che davvero di obbligo si tratti e che in definitiva lascia a ciascun ordinamento la facoltà di decidere nel senso dell'obbligatorietà o meno. In merito v. L. MODICA, *Il contratto di credito ai consumatori nella nuova disciplina comunitaria*, cit., p. 785 ss.

⁵¹⁰ L'utilizzo di *scoring* standardizzati, infatti, pur essendo sicuramente molto più pratici e veloci, non permette infatti una valutazione totalmente veritiera della condizione economica del consumatore. In merito v. G. FALCONE, *Il trattamento normativo del sovraindebitamento del consumatore*, in A. BENOCCI et al. (a cura di), *Studi per Franco Belli*, cit., p. 632 s.

⁵¹¹ In una recente sentenza della Corte di Giustizia, sez. quarta, del 18 dicembre 2014 in C-449/13 che si è espressa in merito ad una domanda pregiudiziale del Tribunal d'instance d'Orléans (Francia) riguardante la valutazione del merito creditizio, la Corte ha affermato che : <<L'articolo 8, paragrafo 1, della direttiva 2008/48 dev'essere interpretato nel senso che, da un lato, non osta a che la valutazione della solvibilità del consumatore sia effettuata sulla base delle sole informazioni fornite da quest'ultimo, purché tali informazioni siano adeguate e le mere dichiarazioni del consumatore siano corredate da documenti giustificativi e, dall'altro, non impone al creditore di procedere a controlli sistematici delle informazioni fornite dal consumatore>>.

⁵¹² In merito a questo v. D. CERINI, *Sovraindebitamento e consumer bankruptcy: tra punizione e perdono*, cit., p.213 s e L. MODICA, *Il contratto di credito ai consumatori nella nuova disciplina comunitaria*, cit., p. 785 ss.

⁵¹³ L'art. 9 a tale proposito, per favorire una più facile trasmissione delle informazioni finanziarie del consumatore, stabilisce misure che concedono l'accesso transfrontaliero alle banche dati, secondo quanto emerge in D. CERINI, *Sovraindebitamento e consumer bankruptcy: tra punizione e perdono*, cit., p.213 s.

Alcuni autori⁵¹⁴ si sono chiesti perché il legislatore abbia voluto predisporre un obbligo di valutazione del merito creditizio, dal momento che ci si aspetta che i soggetti che operano professionalmente all'interno del mercato del credito al consumo siano i primi ad interessarsi in merito alla solvibilità o meno del cliente a cui stanno erogando tali finanziamenti.

La ragione di tale disciplina risiede nel fatto che, nella realtà, non sempre il creditore ha un interesse a valutare il merito creditizio e quindi le capacità di rimborso del consumatore, in quanto la solvibilità del suo credito è talvolta assicurata da altri meccanismi.

Il primo è l'utilizzo di garanzie personali o di coperture assicurative fornite dal consumatore, in modo da assicurarsi l'erogazione del finanziamento.

Il secondo è l'utilizzo del sistema della cartolarizzazione dei prestiti, che consiste nell'operazione di rivendita nel mercato finanziario da parte dei finanziatori che hanno erogato ai consumatori il finanziamento, dei titoli di credito, che di conseguenza dovranno essere adempiuti da parte del consumatore al nuovo titolare di tale titolo.

Entrambi i meccanismi, se preceduti da un'adeguata valutazione del merito creditizio e quindi della capacità di rimborso del consumatore, non hanno effetti deleteri sul mercato dei prodotti finanziari e sui consumatori.

Tuttavia, il legislatore non ha fatto seguire tale obbligo di valutazione da alcuna esplicita disposizione sanzionatoria nel caso in cui il professionista abbia erogato il credito, nonostante l'esito negativo della prognosi⁵¹⁵, o non abbia svolto minimamente tale valutazione.

L'art. 23 della Direttiva 2008/48/CE infatti stabilisce: <<Gli Stati membri stabiliscono le norme relative alle sanzioni applicabili in caso di violazione delle disposizioni nazionali adottate a norma della presente direttiva e prendono tutti i

⁵¹⁴ Tra cui si veda A. SIMIONATO, *Prime note in tema di valutazione del merito creditizio del consumatore nella Direttiva 2008/48/CE*, in C. DE CRISTOFARO (a cura di), *La nuova disciplina europea del credito al consumo. La direttiva 2008/48/CE relativa ai contratti di credito dei consumatori e diritto italiano*, cit., p. 184 s.

⁵¹⁵ Secondo anche quanto afferma A. COSTA, *La disciplina del credito ai consumatori*, G. ALPA (a cura di), *I contratti del consumatore*, cit., p. 942 s.

provvedimenti necessari per garantirne l'attuazione. Le sanzioni previste devono essere efficaci, proporzionate e dissuasive>>.

A nostro avviso, tuttavia, riteniamo che, in base al principio di buona fede e correttezza, generalmente riconosciuto in ogni ordinamento (tra cui naturalmente anche il nostro, all'art. 1337 c.c.), egli sia tenuto, prima della conclusione del contratto, a svolgere, necessariamente, tale valutazione preventiva e prudentiale e ad erogare o astenersi dall'erogazione del finanziamento, a seconda che lo ritenga in linea con le capacità di rimborso del consumatore o meno, pena l'azione di responsabilità da parte del consumatore a carico dello stesso⁵¹⁶.

Alcuni autori⁵¹⁷, tuttavia, hanno rilevato che, in assenza di una disposizione chiara e rigida da parte della Direttiva, in merito alle conseguenze sanzionatorie successive alla valutazione del merito creditizio, i finanziatori continuano a far ricorso a tale valutazione unicamente quando sussista un loro proprio interesse in merito alle capacità di rimborso del consumatore. Di conseguenza, non sembra che all'atto pratico la Direttiva abbia creato un meccanismo di deterrenza contro atteggiamenti di *irresponsible lending* pienamente soddisfacente.

2.3. I limiti della Direttiva 2008/48/CE

Dalla breve analisi della disciplina dei rimedi preventivi al sovraindebitamento, predisposti dalla Direttiva, appare chiaro che la Direttiva non riesce né a raggiungere gli obiettivi di "armonizzazione completa", né a predisporre una adeguata disciplina preventiva al sovraindebitamento, ma rimette ai vari Stati il raggiungimento di tali obiettivi in sede di recepimento.

⁵¹⁶ Secondo quanto emerge in A. COSTA, *La disciplina del credito ai consumatori*, G. ALPA (a cura di), *I contratti del consumatore*, cit., p. 942 s.

⁵¹⁷ D. CERINI, *Sovraindebitamento e consumer bankruptcy: tra punizione e perdono*, cit., p. 213 s.

Sia la disciplina del *responsible borrowing*, che del *responsible lending* appaiono, infatti, scarse e alquanto generiche, così da farci concludere che, in entrambi i casi, non è garantita una reale erogazione “*responsabile*” del credito.

Gli obblighi informativi sono soddisfatti, in fase precontrattuale, attraverso il meccanismo del modulo standardizzato, pratico dal punto di vista quantitativo, perché consente di predisporre schematicamente tutte le offerte presenti sul mercato, ma insufficiente dal punto di vista qualitativo, perché non aiuta il consumatore ad avere una piena conoscenza e comprensione della natura dei prodotti finanziari presentategli.

Semmai, a nostro avviso, la disciplina europea tende ad aiutare paradossalmente più il professionista ad esonerarsi da qualunque tipo di responsabilità precontrattuale.

Inoltre, non viene precisato cosa accada nel caso in cui non venga consegnato il modulo al consumatore.

Per quanto riguarda l’obbligo di verifica del merito creditizio, invece, pur essendo la sua previsione sicuramente importante, appare totalmente inadeguato per com’è stato disciplinato dalla Direttiva del 2008 nell’evitare l’erogazione irresponsabile di credito.

Infatti, in *primis*, non è esplicitato come debba comportarsi il professionista nel momento in cui la valutazione risulti essere negativa e quindi il soggetto immeritevole di ricevere il finanziamento.

In *secundis*, non viene dettata alcuna disposizione sanzionatoria, nel caso in cui tale valutazione non sia stata svolta o sia stata svolta scorrettamente o risulti essere negativa ma il finanziamento venga comunque erogato.

Infine, la Direttiva non impone al consumatore alcun obbligo di comportarsi secondo buona fede e correttezza.

Occorre, quindi, verificare come la normativa europea, di per sé non sufficientemente incisiva, sia stata recepita dallo Stato italiano.

Tuttavia, a nostro avviso, ci sembra utile precisare che pur in presenza di tali lacune la direttiva possa essere colmata ed interpretata in linea con altri principi ormai riconosciuti anche a livello europeo, in particolare nella

disciplina dei contratti *business to consumer*, dotati di rilevanza cogente, quali l'obbligo di comportarsi secondo correttezza e buona fede.

Senza dubbio però una previsione normativa sarebbe stata adeguata anche perché normalmente nel momento in cui una disposizione recante obblighi di comportamento non viene accompagnata da una sanzione per il suo mancato rispetto, difficilmente verrà puntualmente seguita.

3. *La disciplina del credito responsabile in Italia*

Il legislatore italiano ha recepito la Direttiva 2008/48/CE attraverso il d.lgs. 13 agosto 2010 n. 141 che ha abrogato gli artt. 40-42 cod. cons. e riformato in maniera significativa il Testo Unico Bancario⁵¹⁸ il quale già conteneva una disciplina dei contratti del credito al consumatore agli artt. 121-128-*bis*, introdotti con la precedente Direttiva.

Ci si aspettava un intervento più incisivo da parte del legislatore italiano, volto a superare i profili critici d'indeterminatezza rilevati nella Direttiva⁵¹⁹, a completare la disciplina dei vari rimedi e a prendere posizione sulle importanti tematiche della responsabilità contrattuale del finanziatore e del consumatore nel caso di *irresponsibile lending* o *irresponsible borrowing*.

Diversamente, invece, come talvolta accade quando viene recepita una Direttiva Europea in Italia⁵²⁰, il legislatore italiano con il d.lgs. 141/2010

⁵¹⁸ Diversamente gli articoli 40,41,42 del codice del consumo, introdotti con la precedente Direttiva, sono stati abrogati ed è rimasto l'art. 43, che rinvia alla disciplina del Testo Unico Bancario. Tale scelta del legislatore è stata criticata da alcuni autori in quanto hanno ritenuto che la sede idonea per disciplinare questi tipi di contratti fosse il codice di consumo, in quanto in teoria tale disciplina è volta a favorire una migliore tutela del consumatore: in tal senso E. PELLECCCHIA, *Dall'insolvenza al sovraindebitamento. Interesse del debitore alla liberazione e ristrutturazione dei debiti*, cit., p. 49 s.

⁵¹⁹ In merito v. *supra* § 2.3. Cap. III.

⁵²⁰ In merito v. L. MODICA, *Profili giuridici del sovraindebitamento*, cit., p. 242 s.

non ha fatto altro che riprodurre, come vedremo nei prossimi paragrafi, il contenuto della Direttiva.

Il decreto legislativo di recepimento è stato quindi segnalato come piuttosto deludente da parte della dottrina⁵²¹, con la cui valutazione non si può non essere d'accordo.

3.1. *La disciplina del responsible borrowing in Italia*

In particolare, per quanto riguarda la disciplina del *responsible borrowing*, essa è stata recepita dal legislatore italiano attraverso le medesime misure previste dalla Direttiva, consistenti nell'incremento dell'educazione finanziaria e degli obblighi informativi.

3.1.1. *L'educazione finanziaria*

Per quanto riguarda l'*educazione finanziaria*, disciplinata dal Considerando 26 della Direttiva 2008/48/CE, essa è promossa in Italia attraverso una serie di misure volte a favorire una maggior conoscenza delle materie economiche e finanziarie e a superare l'asimmetria informativa e cognitiva che sussiste all'interno dei contratti di credito al consumatore.

La diffusione e promozione di tale strumento non è nuova, in realtà, nel nostro ordinamento, come hanno rilevato alcuni autori⁵²², in quanto è già presente nel Codice di consumo il concetto di "*educazione del consumatore*",

⁵²¹ V. L. MODICA, *I contratti di credito ai consumatori nella nuova disciplina comunitaria*, cit., p. 785 ss. e G. FALCONE, *Il trattamento normativo del sovraindebitamento del consumatore*, in A. BENOCCI et al. (a cura di), *Studi per Franco Belli*, cit., p. 633 ss.

⁵²² G. FALCONE, *Il trattamento normativo del sovraindebitamento del consumatore*, A. BENOCCI et al. (a cura di), *Studi per Franco Belli*, cit p. 645 s.

considerato dall'art. 2, co. 2 lett. d⁵²³, come un "diritto fondamentale"⁵²⁴ e disciplinato nell'art. 4⁵²⁵ del citato codice, volto a ridurre lo squilibrio informativo che può caratterizzare il rapporto con il professionista.

Pertanto, di fronte alla previsione della Direttiva, le autorità della Banca d'Italia, Consob, Copvip, Isvap e Agcm, consapevoli e sensibili all'importanza sia nazionale che europea di tale principio, hanno firmato il 9 giugno 2010 un protocollo in cui viene affermato che di fronte a tale scenario di "analfabetismo finanziario" che ha portato <<Una significativa percentuale delle famiglie a tenere comportamenti in contrasto col proprio benessere a causa di un'insufficiente padronanza dei concetti base di economia e finanza, di una ridotta capacità di calcolo, di una scarsa comprensione degli strumenti e dei prodotti finanziari esistenti>>⁵²⁶, le varie autorità si impegneranno a favorire una maggiore cultura finanziaria.

Essa è promossa per gli adulti, attraverso la predisposizione di numerosi siti istituzionali, in cui vengono messi a disposizione materiali informativi,

⁵²³ Tale articolo tuttavia ha destato alcune perplessità, in quanto, innanzitutto, non specifica su quali soggetti gravi questa responsabilità di educare i consumatori, né chiarisce i contenuti, le caratteristiche e finalità dell'educazione. In merito a questo la Relazione del codice di consumo ha chiarito che l'educazione è : <<Il processo mediante il quale il consumatore apprende il funzionamento del mercato, e la cui finalità consiste nel migliorare la capacità di agire in qualità di acquirente o di consumatore dei beni e servizi che sono giudicati maggiormente idonei al miglioramento del proprio benessere>>. V. A. BIZZARRO, *L'educazione e l'informazione del consumatore*, in G. RECINTO, L. MEZZASOMA, S. CHERTI (a cura di), *Diritti e tutele dei consumatori*, cit., p. 35 ss.

⁵²⁴ In merito a questo, alcuni autori osservano che la tutela all'educazione fornite dall'art. 4 cod. cons. si sarebbe attuata a prescindere dal richiamo dell'art. 2 cod. cons. che qualifica il diritto all'educazione come un diritto fondamentale per il consumatore, in quanto vi è già l'art. 2 cost. che fa da norma di riferimento per la tutela della persona umana, attraverso l'utilizzo di una clausola aperta e generale. In merito v. A. BIZZARRO, *L'educazione e l'informazione del consumatore*, in G. RECINTO, L. MEZZASOMA, S. CHERTI (a cura di), *Diritti e tutele dei consumatori*, cit., p. 38 s.

⁵²⁵ L'art. 4, co. 1 del cod. cons. infatti afferma: <<L'educazione dei consumatori e degli utenti è orientata a favorire la consapevolezza dei loro diritti e interessi, lo sviluppo dei rapporti associativi, la partecipazione ai procedimenti amministrativi, nonché la rappresentanza negli organismi esponenziali>>. Tale educazione in particolare viene fornita attraverso qualunque tipo di mezzo di comunicazione di massa, quali stampa, televisione, radio, internet, volti: <<ad esplicitare le caratteristiche dei prodotti e dei servizi e a rendere chiaramente percepibili i benefici e costi conseguenti le loro scelte>>, così da rendere più consapevole ed informato il consumatore sui prodotti e servizi disponibili sul mercato. In merito v. A. TORRENTE, P. SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato*, Giuffrè, Milano, 2013, p. 60 ss.

⁵²⁶ In merito v. Banca d'Italia, Agcm, Consob, Copvip, Isvap, *Protocollo d'intesa tra autorità in materia di educazione finanziaria*, 9 giugno 2010 in www.agcm.it.

strumenti di calcolo, guide alla comprensione dei principali prodotti finanziari e, per i ragazzi, attraverso approfondimenti negli istituti scolastici di tali tematiche, producendo anche effetti indiretti all'interno delle intere famiglie.

Inoltre, sono presenti nel territorio italiano una serie di associazioni dei consumatori ed organizzazioni no profit, come l'Adiconsum, la Caritas e il Codacons, che svolgono attività di mediazione e consulenza legale in favore delle famiglie sovraindebitate⁵²⁷. Le associazioni dei consumatori o di volontariato, che forniscono consulenza gratuita o comunque a costi accessibili ai consumatori in difficoltà, potranno avere un ruolo rilevante sia nella formazione di una nuova cultura volta ad un consumo maggiormente responsabile, sia nella diffusione di adeguate informazioni sugli strumenti offerti dalla legge n. 3 del 2012 come rimedi successivi al sovraindebitamento⁵²⁸.

In particolare, una posizione di rilievo occupa l'Adiconsum, in quanto offre, oltre ad un servizio di consulenza, anche un supporto psicologico ed economico fornito dal Fondo di Prevenzione Usura⁵²⁹, creato nel 2007, per

⁵²⁷ Infatti dalla lettura dell'art. 4 e del Considerando 26 della Direttiva non sembra emergere che tale *educazione finanziaria* debba essere necessariamente fornita dagli stessi professionisti, legati da un rapporto contrattuale con il consumatore. Dall'art. 4 emerge infatti che il diritto all'educazione finanziaria abbia una valenza di natura "verticale", in quanto inerente al rapporto tra consumatore ed enti pubblici, e non "orizzontale" inerente al rapporto tra privati. In merito, v. G. FALCONE, *Il trattamento normativo del sovraindebitamento del consumatore*, A. BENOCCI et al. (a cura di), *Studi per Franco Belli*, cit p. 646 s. Deve aggiungersi che le associazioni dei consumatori o di volontariato, che forniscono consulenza gratuita o comunque a costi accessibili ai consumatori in difficoltà, potranno avere un ruolo rilevante sia nella formazione di una nuova cultura volta ad un consumo maggiormente responsabile, sia nella diffusione di adeguate informazioni sugli strumenti offerti dalla legge n. 3 del 2012 come rimedi al sovraindebitamento.

⁵²⁸ Sul rilievo delle associazioni dei consumatori nella tutela dei consumatori stessi v. E. BATTELLI, *Le associazioni dei consumatori*, in E. M. TRIPODI, E. BATTELLI (a cura di), *Codice del consumatore*, Ipsoa, Milano, 2006, p. 211 ss.

All'interno dei siti internet delle principali associazioni di consumatori e di volontariato esistono pagine dedicate all'informazione sul sovraindebitamento e a supportare il consumatore che voglia affrontare il problema, giudizialmente o meno : v. tra le altre www.altroconsumo.it/soldi/mutui/news/debiti-piano-del-consumatore; www.aintodebitori.it; www.sovraindebitamento.org; www.sosonline.aduc.it.

⁵²⁹ Per quanto riguarda il rapporto tra l' "usura" ed il sovraindebitamento, v. *supra* § 1.3.1. Cap. I.

i consumatori sovraindebitati⁵³⁰. Tale fondo opera a livello nazionale per le famiglie in difficoltà e consente agli intermediari finanziari di erogare credito a soggetti che altrimenti non potrebbero esserne destinatari, per le precarie condizioni economiche o le scarse garanzie offerte.

Tuttavia, ci sembra opportuno precisare che tali organizzazioni sono di natura no profit e non vengono supportate economicamente anche da finanziamenti statali⁵³¹ pur avendo le consulenze di cui possono necessitare i consumatori in difficoltà costi abbastanza elevati che non sono sostenibili dai nuclei familiari già in crisi economica.

A nostro avviso, pertanto, lo Stato per raggiungere più efficacemente gli scopi prefissati⁵³², quali eliminare *l'analfabetismo finanziario* e favorire una maggiore autoresponsabilità del consumatore, dovrebbe, in parallelo con la predisposizione di siti istituzionali ed approfondimenti scolastici sulla materia economico-finanziaria, stanziare fondi per supportare economicamente tali associazioni a tutela dei consumatori.

Infatti il supporto che esse possono fornire ha un costo e dal punto di vista pratico sono molto utili in quanto consistono in colloqui tenuti tra

⁵³⁰ Sempre secondo quanto viene rilevato nello studio del 2013 del *Civic Consulting of the Consumer Policy Evaluation Consortium (CPEC)*, in riferimento all'attività di *debt counselling* fornita dall'Italia : <<*The majority of interviewees were either unable to comment on the availability of most types of personalised debt advice, or did not consider such advice to exist. Regarding face-to-face advice, the majority of stakeholders did feel that it was available to some extent, but not widely. This is related to the current lack of organizations (public or private) offering advice to over-indebted households at the country level and on a regulated basis. There are only a few initiatives by consumer associations and non-profit organizations, such as Adiconsum and Caritas Bolzano, that offer personalised debt advice. In particular, Adiconsum offers consultancy and free psychological support for over-indebted households that apply for financial support from the Usury Prevention Fund (Fondo di Prevenzione Usura). This fund was established in 2007 and is targeted at over-indebted households. By providing guarantees, the fund allows banks to grant loans to individuals and households that would otherwise be excluded from the formal credit circuit. It receives funding from the Ministry of Economy and Finance*>>.

⁵³¹ Secondo quanto afferma anche P. F. MARCUCCI, *La procedura di composizione della crisi da sovraindebitamento del consumatore : tra esperienza nazionale e riflessioni comunitarie*, in S. BONFATTI, G. FALCONE (a cura di), *Le procedure di composizione negoziale delle crisi*, Giuffrè, Milano, 2014, p. 308 s.

⁵³² L'Assenza di fondi predisposti per i servizi di consulenza forniti da tali associazioni è stata sempre rilevata nello studio del 2013 del *Civic Consulting of the Consumer Policy Evaluation Consortium (CPEC)* : <<*It was reported that there is no funding for debt advice in Italy, as it does not exist. There are no specific funds available except for the Usury Prevention Fund, which was mentioned above. One stakeholder from the financial services industry commented that, <<The Government should find funds in order to reinforce the role of consumer associations in informing, training, consulting and supporting consumers and households on credit*>>.

consulenti e famiglie sovraindebitate o a rischio di sovraindebitamento che chiedono e di rimando ottengono un supporto informativo, legale e psicologico adeguato alla loro concreta situazione problematica, che può aiutarli a risolverla e a prendere le decisioni più opportune⁵³³.

Si deve comunque segnalare che, come è stato rilevato dallo studio del *Consulting of the Consumer Policy Evaluation Consortium (CPEC)*⁵³⁴ del 2013, in Italia in realtà finora le famiglie sovraindebitate fanno ricorso a tali strumenti di consulenza di rado e solamente quando hanno difficoltà ad ottenere nuovi finanziamenti, pur essendo tali strumenti di consulenza di grande utilità pratica.

Alcuni autori⁵³⁵ evidenziano comunque che il supporto consultivo di una associazione di categoria può aiutare a favorire una maggiore autoresponsabilizzazione dei consumatori ma non è tuttavia da solo risolutivo al problema dell'asimmetria informativa e dell'*irresponsible borrowing*. La disciplina dell'educazione finanziaria deve, infatti, andare di pari passo con quella degli obblighi informativi, che saranno analizzati nel paragrafo seguente.

⁵³³ Sono numerosi ormai le organizzazioni, le associazioni di volontariato e gli enti no profit che, anche attraverso ben organizzati siti internet, offrono al contempo aiuto alle vittime dell'usura e forniscono informazioni dettagliate sui rimedi al sovraindebitamento, sui requisiti, sui caratteri delle diverse procedure e sui vantaggi.

⁵³⁴ Il rapporto infatti, nella sezione dedicate all' Italia (sez. n. 14) a p. 291, afferma: <<*The majority of stakeholders who commented on the question of whether demand for debt advice had changed in the last five years indicated that it had fairly increased. However, one stakeholder from the financial industry commented that households do not know what kind of tools are available to help them with their financial difficulties. The stakeholder explained that, "people seek advice only when they are encountering problems in getting new credit, and even in that situation, only in some cases. They do not even know what instruments there are to get support or fix their problem"*>>.

⁵³⁵ Tra cui G. CARRIERO, *Vigilanza bancaria e tutela del consumatore : obiettivi e strumenti*, A. BENOCCI et al. (a cura di), *Studi per Franco Belli*, cit., p. 551 s.

3.1.2. *Le informazioni pubblicitarie*

In merito alla disciplina delle *informazioni pubblicitarie*, presente nella Direttiva 2008/48/CE all'art. 4, essa è stata recepita nell'art. 123 T.U.B. in maniera pressoché identica a quanto previsto nella Direttiva stessa, stabilendo : <<Gli annunci pubblicitari che riportano il tasso d'interesse o altre cifre contenenti il costo del credito indicano le seguenti informazioni di base, in forma chiara, concisa e graficamente evidenziata con l'impiego di un esempio rappresentativo>>.

Tale disposizione indica, pertanto, un regime “speciale”⁵³⁶ e più dettagliato previsto per quelle comunicazioni pubblicitarie che recano l'indicazione del tasso d'interesse o qualsiasi altro dato idoneo a rappresentare il costo del credito a carico del consumatore.

Secondo alcuni autori⁵³⁷, tali obblighi informativi riguardano solamente quei messaggi pubblicitari in cui sono enunciati gli elementi economici del finanziamento, in quanto vi è, evidentemente, una volontà del legislatore non tanto di garantire un'informazione completa, quanto di evitare che tale messaggio pubblicitario risulti fuorviante.

La regolamentazione del diritto d'informazione in questa fase è finalizzata, infatti, da un lato a garantire una scelta razionale dello strumento finanziario più adeguato all'acquisto del bene di consumo, attraverso il raffronto dei costi, dall'altro a promuovere un leale svolgimento della concorrenza tra le imprese, evitando che vengano divulgate informazioni ingannevoli o non veritiere.

⁵³⁶ Regime speciale, in quanto nel Codice di Consumo è già presente una disciplina generale sulla fase promozionale e pubblicitaria dei beni o servizi venduti al consumatore, data dalla normativa delle pratiche commerciali scorrette. In merito v. A. COSTA, *La disciplina del credito ai consumatori*, G. ALPA (a cura di), *I contratti del consumatore*, cit., p. 933 s. Sugli obblighi di informazione ai consumatori previsti dal codice del consumo v. E. M. TRIPODI, *Obblighi di informazione ai consumatori e pubblicità*, in E. M. TRIPODI, E. BATTELLI (a cura di), *Codice del consumatore*, Ipsoa, Milano, 2006, p. 29 ss.

⁵³⁷ A. COSTA, *La nuova disciplina del credito ai consumatori*, G. ALPA (a cura di), *I contratti del consumatore*, cit., p. 935 s.

Pertanto, se l'erogazione delle stesse può avvenire su scelta meramente discrezionale dell'istituto finanziario⁵³⁸, come del resto emerge dalla lettura dell'art. 123 T.U.B., il suo contenuto non può esserlo e qualora si discosti da quanto indicato nella norma potrà essere applicata la normativa delle pratiche concorrenziali scorrette⁵³⁹.

La norma, tuttavia, non specifica le caratteristiche di tali informazioni, né le modalità della loro divulgazione, bensì rinvia al CICR, e pertanto alla normazione secondaria, la previsione di tali elementi.

3.1.3. *Gli obblighi precontrattuali*

In merito alla disciplina degli *obblighi* propriamente *precontrattuali*, che riguardano le informazioni fornite prima della stipulazione del contratto di credito ai consumatori, il legislatore italiano ha ripreso pressoché interamente il contenuto della Direttiva 2008/48/CE⁵⁴⁰, disponendo all'art. 124 del T.U.B. che il finanziatore in tale fase deve erogare alcune informazioni di carattere obbligatorio e può erogare alcune informazioni facoltative, fornite a fini meramente promozionali o conoscitivi.

Le prime <<*Sono fornite dal finanziatore o dall'intermediario del credito su supporto cartaceo o su altro supporto durevole attraverso il modulo contenente le "Informazioni europee di base sul credito ai consumatori"*>>.

⁵³⁸ In merito all'erogazione discrezionale delle informazioni pubblicitarie L. MODICA ha rilevato che l'art. 123 T.U.B. riporta esattamente lo stesso contenuto dell'art. 116 T.U.B. che si occupa delle informazioni pubblicitarie erogate nelle "operazioni e servizi bancari" e prevede che tale erogazione di informazioni sia invece obbligatoria. Da ciò potrebbe quindi concludersi che anche tali informazioni pubblicitarie disciplinate dall'art. 123 T.U.B. siano da erogare obbligatoriamente. Inoltre la Direttiva, e di rimando anche il legislatore domestico non si soffermano sulla vincolatività o meno di tali informazioni sul contenuto del contratto. L. MODICA tuttavia afferma che non sarebbe ragionevole non attingere alla disciplina dei contratti bancari, all'interno della quale l'art. 116 che afferma che il singolo contratto può discostarsi solo in *melius* dalle informazioni pubblicitarie, salvo apposita clausola approvata specificatamente per iscritto. In merito v. L. MODICA, *Il contratto di credito ai consumatori nella nuova disciplina comunitaria*, in *Europa e dir. priv.*, fasc. 3, 2009, p. 785 ss.

⁵³⁹ Per un'analisi più approfondita delle "pratiche commerciali scorrette" v. *infra* 3.2.1. § Cap. III.

⁵⁴⁰ Secondo quanto afferma L. MODICA, *Profili giuridici del sovraindebitamento*, cit., p. 230 s.

Tali informazioni sono più numerose rispetto al passato e sono espresse in diciannove punti, di cui buona parte è rappresentata da diritti riconosciuti in capo al singolo consumatore aventi fonte legale.

Le informazioni facoltative, invece, potranno essere erogate oralmente o contenute in un foglio distinto e separato, onde ad evitare un eccessivo sovraccarico informativo.

Inoltre, l'art. 124 prevede che il professionista, qualora il consumatore ne faccia richiesta, possa consegnare una bozza gratuita del contratto.

La Banca d'Italia, inoltre, ha precisato che dovranno essere adottate procedure interne volte ad assicurare la possibilità di rivolgersi, nei normali orari di lavoro, al finanziatore per ottenere gratuitamente spiegazioni aventi ad oggetto la documentazione precontrattuale, le caratteristiche del prodotto offerto, e gli effetti che possono derivargli dalla conclusione del contratto, in termini di obblighi economici e conseguenze del mancato pagamento⁵⁴¹.

La previsione di tali obblighi d'informazione appena citati, se costituisce un importante strumento di tutela, attraverso il quale il consumatore dovrebbe essere in grado di effettuare una scelta consapevole dello strumento finanziario più adeguato per la sua operazione economica e per la sua situazione patrimoniale, tuttavia hanno destato parecchie perplessità per numerosi autori⁵⁴².

Essi evidenziano che il legislatore italiano ha previsto una disposizione alquanto incompleta, per quanto riguarda le informazioni obbligatorie, in quanto pur prevedendo espressamente gli "obblighi precontrattuali" non ha previsto quale siano le conseguenze del mancato o erroneo adempimento di tali obblighi da parte del finanziatore, nonostante l'invito fatto dalla Direttiva 2008/48/CE ai vari Stati di prevedere sanzioni "efficaci proporzionali

⁵⁴¹ Secondo quanto emerge in A. COSTA, *La nuova disciplina del credito ai consumatori*, G. ALPA (a cura di), *I contratti del consumatore*, cit., p. 933 ss.

⁵⁴² Come ci riportano numerosi autori, quali per esempio D. ACHILLE, *Il credito al consumo*, in G. RECINTO, L. MEZZASOMA, S. CHERTI (a cura di), *Diritti e tutele dei consumatori*, cit., p. 297 s e S. MAZZAMUTO, *Il contratto di diritto europeo*, cit., p. 221 ss.

e dissuasive” (art. 23 Direttiva) in caso di mancato rispetto dei relativi obblighi precontrattuali.

L’art. 124, invece, stabilisce solo che : <<Gli obblighi informativi di cui al comma 1 si considerano assolti attraverso la consegna di tale modulo>>⁵⁴³ e, inoltre, una volta acquisita la documentazione informativa, da parte del consumatore, essa viene attestata da lui per iscritto attraverso altro supporto durevole⁵⁴⁴.

Nel silenzio della disposizione legislativa, tuttavia, riteniamo, alla luce anche della lettura dell’importante norma presente del codice civile all’art. 1337 c.c., che le parti abbiano, in tale fase, un reciproco obbligo di comportarsi secondo buona fede e correttezza e tale obbligo di comportamento racchiude al suo interno un più specifico dovere d’informazione⁵⁴⁵.

Pertanto, ci sembra non possa mancare una qualche responsabilità (extracontrattuale o contrattuale) a carico del finanziatore, il quale, soprattutto all’interno di tali contratti⁵⁴⁶ dove vige uno squilibrio informativo, per la sua posizione “forte” non può non avere l’obbligo di portare a conoscenza dell’altra parte le circostanze che rivestono importanza decisiva per la conclusione dell’affare.

⁵⁴³ In merito all’erogazione delle informazioni ed, in particolare, dell’apposito modulo standardizzato parte della dottrina ritiene che all’interno di tale contratto sul consumatore non gravi l’onere di informazione sulle condizioni generali predisposte dal professionista, come invece normalmente stabilisce l’art. 1341 co. 1, c.c.. In particolare, A. COSTA, *La nuova disciplina del credito ai consumatori*, G. ALPA (a cura di), *I contratti del consumatore*, cit., p. 933 s., afferma che le clausole non conosciute in tempo utile, prima della conclusione del contratto, resteranno prive di efficacia, benché fossero conoscibili usando l’ordinaria diligenza, in quanto la mera consegna del modulo e la corretta menzione di tali informazioni all’interno di esso non basta a rendere le informazioni conosciute dal consumatore.

⁵⁴⁴ Secondo quanto ha stabilito la Banca d’Italia. In merito v. D. ACHILLE, *Il credito al consumo*, in G. RECINTO, L. MEZZASOMA, S. CHERTI (a cura di), *Diritti e tutele dei consumatori*, cit., p. 297 s.

⁵⁴⁵ Secondo quanto afferma per esempio F. GALGANO, *Il trattato di diritto civile*, vol. II, Cedam, Padova, 2010, p. 525 s.: <<Il dovere di buona fede assume, anzitutto, carattere di un dovere d’informazioneE di una parte nei confronti dell’altra: ciascuna di esse ha il dovere di dare notizia delle circostanze che appaiono ignorate all’altra e che possono essere determinanti del suo consenso>>.

⁵⁴⁶ V. C. CRAVETTO, *Il danno al consumatore e la responsabilità precontrattuale*, in P. CENDON, C. PANCIBO’ (a cura di), *Il risarcimento del danno al consumatore*, Giuffrè, Milano, 2014, p. 71 s.

Di fronte al vuoto di disciplina un primo indirizzo dottrinario⁵⁴⁷ ha affermato che gli obblighi informativi forniti in fase precontrattuale siano delle mere norme di comportamento, riconducibili al generale principio di comportarsi secondo buona fede⁵⁴⁸.

Pertanto la loro violazione comporterebbe non tanto l'invalidità del contratto, che ancora non è venuto ad esistenza, bensì, per via della collocazione logico-temporale di tali obblighi d'informazione (di cui all'art. 1337 c.c.), una responsabilità di tipo precontrattuale, risarcibile ex art. 2043 c.c., in quanto in fase prenegoziale ancora non sussiste un vincolo obbligatorio tra le parti, bensì delle generiche regole di condotta riconducibili al principio del *neminem laedere*⁵⁴⁹.

Secondo una differente opinione⁵⁵⁰, invece, la violazione di obblighi informativi comporta il mancato rispetto di regole di comportamento, non assolute, bensì relative alla conclusione di quel contratto.

⁵⁴⁷ F. GALGANO, *Diritto privato*, Cedam, Padova, 2010, p. 351 s.; D. ACHILLE, *Il credito al consumo*, in G. RECINTO, L. MEZZASOMA, S. CHERTI (a cura di), *Diritti e tutele dei consumatori*, cit., p. 298 s.

⁵⁴⁸ Sulla rilevanza del principio guida di buona fede v. C. M. BIANCA, *Diritto civile*, vol. 3, Milano, 2000, p. 162 ss. : secondo l'autore, non in merito propriamente ai contratti di credito al consumo, bensì in generale in riferimento a qualunque tipo di contratto, il principio della buona fede debba essere inteso in senso meramente oggettivo, come norma generale di comportamento, correttezza, solidarietà, lealtà e salvaguardia delle parti, all'interno di una società civile. L'autore aggiunge che una tipica espressione di tale principio è il dovere dell'altra parte di informare delle circostanze di rilievo che attengono all'affare, il cui mancato rispetto non può che portare ad una responsabilità extracontrattuale o aquiliana.

⁵⁴⁹ Secondo quanto emerge C. CRAVETTO, *Il danno al consumatore e la responsabilità precontrattuale*, in P. CENDON, C. PANCIBO' (a cura di), *Il risarcimento del danno al consumatore*, Giuffrè, Milano, 2014, p. 65 ss.

⁵⁵⁰ Si veda per esempio la sentenza del Tribunale di Venezia del 22 novembre 2004 in merito al mancato rispetto degli obblighi d'informazione degli intermediari finanziari nei contratti di servizi d'investimento. Essa afferma : <<Nella prestazione di servizi d'investimento, la banca ha l'obbligo, ai sensi dell'art. 21 d.lgs. 24 febbraio 1998 n. 58, di comportarsi con diligenza, correttezza e trasparenza nell'interesse dei clienti e per l'integrità dei mercati, di acquisire le informazioni necessarie dai clienti operando in modo che essi siano adeguatamente informati, nonché, ai sensi dell'art. 28, regolamento CONSOB 1 luglio 1998, n. 11522, di non effettuare operazioni se non dopo aver fornito all'investitore informazioni adeguate sulla natura, sui rischi e sulle implicazioni della specifica operazione richiesta. Tali norme imprimono ai comportamenti dovuti una logica che non può essere letta riduttivamente, nel quadro della disciplina del mandato e la loro natura è imperativa ai sensi dell'art. 1418 c.c. in ragione degli interessi tutelati (diligenza degli intermediari e tutela del risparmio), e la loro violazione determina la nullità dell'ordine impartito dall'investitore>>, pubblicata in *Contratti*, 2005, p. 5.

Pertanto, una volta stipulato, la violazione di tali obblighi entra nel regolamento contrattuale, condizionandone la validità e determinando la nullità del contratto successivamente concluso.

Alla nullità del contratto seguirà, pertanto, la restituzione (anche rateale) delle somme utilizzate da parte del consumatore (secondo quanto afferma l'art. 125-*bis* co. 9) e la richiesta del risarcimento del danno (per responsabilità contrattuale ex art. 1218 c.c.)

Un terzo indirizzo dottrinario, invece, ha affermato che il mancato rispetto degli obblighi informativi nella fase di formazione della volontà del consumatore-contraente lo porti in errore e pertanto egli potrà chiedere l'annullamento del contratto per vizio della volontà e il risarcimento del danno, (per responsabilità contrattuale ex art. 1218 c.c.)⁵⁵¹

L'orientamento oggi prevalente⁵⁵², tuttavia, ricorre ad un altro rimedio, che si può affiancare a quello del risarcimento del danno, quale la risoluzione del contratto, in quanto la mancata erogazione d'informazioni in fase precontrattuale viene qualificata come inadempimento, ossia come vicenda propria del rapporto contrattuale.

Tuttavia, la risoluzione non è sempre uno strumento proficuo per il consumatore.

La Corte di Cassazione di recente si è pronunciata a Sezioni Unite⁵⁵³ in merito alla violazione di tali obblighi all'interno di contratti

⁵⁵¹ G. VISINTINI, *La reticenza nella formazione del contratto*, Cedam, Padova, 1972, p. 105 s. nonché R. SACCO, in R. SACCO, G. DE NOVA, *Il Contratto*, Torino, Utet, 2004, 428 s.

⁵⁵² Secondo quanto emerge in S. MAZZAMUTO, *Il contratto di diritto europeo*, cit., p. 222 s.

⁵⁵³ La questione è stata, infatti, rimessa alle Sezioni Unite attraverso le ordinanze del 16 dicembre 2007 n. 36 e del 16 febbraio 2007.

Le sentenze n. 26724 e 26725 del 19 dicembre 2007 delle Sezioni Unite sono state pubblicate ed annotate nelle principali riviste italiane : tra le altre, in *Foro it.* 2008,I, c. 784, con nota di U. SCODITTI; in la *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, p. 432, con nota di V. SALANTRO; in *Il Corriere giuridico* 2008, p.223 con nota di V. MARICONDA; in *Danno e resp.* 2008, p. 525, con nota di F. BONACCORSI; in *Giust. civ.*, 2008, p. 1175, con nota di G. NAPPI.

Sul tema vi anche M. DE POLI, *Gli obblighi gravanti sui "creditori" nella fase anteriore e posteriore alla stipulazione del contratto e le conseguenze della loro violazione*, in G. DE CRISTOFARO, *La nuova disciplina europea del credito al consumo. La Direttiva 2008/48/CE relativa ai contratti di credito dei consumatori e il diritto italiano*, cit., p. 71 s. e S. MAZZAMUTO, *Il contratto di diritto europeo*, cit., p. 223 ss.

d'intermediazione finanziaria e ha affermato con le due sentenze 19 dicembre 2007 n. 26724 e n. 26725, che la conseguenza della violazione degli obblighi di informazione è di tipo risarcitorio, discendente a seconda delle situazioni dalla responsabilità precontrattuale o contrattuale, mentre non incide sulla validità del contratto⁵⁵⁴.

In tale occasione la Corte, confermando l'estraneità della violazione degli obblighi d'informazione all'area della nullità e ha chiarito la differenza tra regole di validità e regole di responsabilità.

Essa ha affermato che qualora la violazione degli obblighi informativi si collochi nella fase antecedente alla stipulazione del contratto (ex art. 1337 c.c.), essa dà luogo a responsabilità precontrattuale (con richiesta di risarcimento del danno ex art. 2043 c.c.), diversamente, qualora tale violazione avvenga nella fase esecutiva del contratto, essa comporta una responsabilità per inadempimento (e quindi ex art. 1218 c.c.) e nel caso ricorrano i presupposti di cui ex art. 1455 c.c. l'eventuale risoluzione del contratto.

Appare pienamente condivisibile l'orientamento enunciato dalla Corte di Cassazione e la presa di distanza della violazione degli obblighi informativi dall'area della nullità, in quanto la caducazione del contratto potrebbe essere più controproducente per il consumatore che per il professionista.

La soluzione del solo risarcimento del danno ex art. 2043 c.c.⁵⁵⁵, con conservazione del contratto, invece, ci sembra la soluzione più convincente,

⁵⁵⁴ La Corte, infatti, ha enunciato la seguente massima : <<Dalla violazione dei doveri di comportamento che la legge pone a carico dei soggetti autorizzati alla prestazione dei servizi d'investimento finanziario, discende la responsabilità precontrattuale, con conseguente obbligo di risarcimento dei danni per le violazioni in sede di formazione del contratto d'intermediazione destinato a regolare i successivi rapporti tra le parti, ovvero la responsabilità contrattuale, con relativo obbligo risarcitorio ed eventuale risoluzione del predetto contratto, per le violazioni riguardanti le operazioni d'investimento o disinvestimento compiute in esecuzione del contratto d'intermediazione finanziaria in questione, ma non la nullità di quest'ultimo o dei singoli atti negoziali conseguenti, in difetto di previsione normativa in tal senso>>.

⁵⁵⁵ C'è da dire, tuttavia, che se la prima soluzione ci sembra la più adatta alle esigenze del consumatore presenti in questi tipi di contratti, non è sicuramente una strada più semplice invece per ottenere il risarcimento del danno di quanto sia quella della responsabilità contrattuale. Nel caso di responsabilità extracontrattuale, infatti, il danneggiato deve provare l'atto illecito, il nesso causale tra l'atto illecito (in questo caso, la mancata erogazione degli obblighi informativi) e il danno subito ed infine lo stesso danno. Nel caso di responsabilità contrattuale, invece, il danneggiato deve provare solo l'esistenza del

in quanto fa anche da reale deterrente al comportamento irresponsabile e poco corretto del professionista.

Per quanto riguarda, invece la responsabilità del finanziatore nel caso in cui abbia erogato erronee informazioni al consumatore, in mancanza di un'espressa disposizione, la dottrina⁵⁵⁶ sembra uniforme nell'ipotizzare il ricorso agli ordinari strumenti di tutela contro i vizi della volontà contrattuale.

L'erogazione erronea d'informazioni, infatti, può portare il consumatore all'errore, ossia ad una falsa rappresentazione dei contenuti del contratto che lo inducono a contrarre.

Pertanto, il consumatore potrà chiedere l'annullamento del contratto e l'eventuale risarcimento del danno.

In relazione alle informazioni facoltative, alcuni autori si sono chiesti se anche nell'erogazione di tali informazioni ci debba essere in capo al finanziatore un generale obbligo di comportarsi secondo buona fede e correttezza.

L'art. 1337 c.c. impone, infatti, ad entrambe le parti un obbligo generale di tenere un comportamento conforme a buona fede durante le trattative, senza specificare la natura obbligatoria o meno di tali informazioni.

Come sottolineano alcuni autori⁵⁵⁷, di norma si ritiene che il dovere di informazione ex art. 1337 c.c. e di comportarsi secondo buona fede coinvolga solo le circostanze essenziali del contratto, ossia quelle circostanze che, in relazione alla natura del contratto e alla qualità delle

contratto e il danno subito, nonché il nesso causale tra il danno lamentato e l'inadempimento dell'altra parte, mentre è il danneggiante che deve provare di aver tenuto la dovuta diligenza nell'eseguire la prestazione o, che l'inadempimento è stato dovuto da causa a lui non imputabile.

⁵⁵⁶ D. ACHILLE, *Il credito al consumo*, in S. CHERTI, L. MEZZASOMA, G. RECINTO (a cura di), *Diritti e tutele dei consumatori*, cit., p. 299 s.

⁵⁵⁷ V. in merito C. CRAVETTO, *Il danno al consumatore e la responsabilità precontrattuale*, in P. CENDON, C. PANCIBO' (a cura di), *Il risarcimento del danno al consumatore*, cit., p. 73 s.

parti, appare ragionevole rilevare rispetto alle quali ciascuna parte si attende di essere informata⁵⁵⁸.

Diversamente, tale dovere non si estende alle circostanze di rilievo marginale.

Ciò detto alcuni autori⁵⁵⁹ rilevano che nell'individuazione delle circostanze ritenute essenziali, si deve tener conto della disciplina propria del contratto che s'intende concludere.

Per cui nei contratti del consumatore, in cui, come abbiamo visto, vige un'asimmetria informativa, il *quantum* delle informazioni essenziali sarà necessariamente più esteso, rispetto ai casi in cui vi è una tendenziale parità di potere contrattuale, come nel caso dei rapporti contrattuali tra operatori professionali.

Pertanto anche se alcune informazioni, pur essendo meramente facoltative, sono essenziali, il professionista è tenuto a fornirle in vista del suo obbligo generale di comportarsi secondo correttezza e buona fede stabilito dal nostro Codice Civile.

Per concludere, pertanto, in caso di eventuali, future controversie interne in relazione alla violazione degli obblighi informativi nel concludere contratti di credito ai consumatori, si considererà anche se il professionista abbia erogato tutte le informazioni necessarie, rispettando i principi di correttezza e buona fede e se si sia adoperato a risolvere ogni dubbio del consumatore, utilizzando la diligenza richiesta dalla sua professione lavorativa.

Pur avendo il nostro ordinamento gli strumenti interpretativi necessari per porre colmare le lacune legislative presenti nell'art. 124 del T.U.B., secondo alcuni autori⁵⁶⁰, la norma introdotta dal d.lgs. n. 141 del 2010 sembra comunque una disposizione alquanto deludente, che per la sua vaghezza

⁵⁵⁸ In merito a questo per esempio N. SAPONE afferma: <<Si è proposto in dottrina, al fine di delineare la natura del dovere d'informazione, un criterio fondato esclusivamente sull'essenzialità o meno delle circostanze nel quadro dell'assetto di interessi programmati e della natura del contratto e della qualità delle parti>>. V. N. SAPONE, *La responsabilità precontrattuale*, Giuffrè, Milano, 2008, p. 149 s.

⁵⁵⁹ In merito v. G. GRISI, *Informazioni (obblighi di)*, in *Enciclopedia del diritto*, cit, p. 599 ss.

⁵⁶⁰ Secondo quanto emerge in L. MODICA, *Profili giuridici del sovraindebitamento*, cit., p. 232 ss.

non induce il finanziatore a tenere un comportamento pienamente responsabile, volto a permettere al consumatore una scelta più consapevole e conveniente in relazione all'acquisto di tali prodotti finanziari.

Piuttosto, la disposizione (piuttosto infelice) contenuta nel citato articolo in cui si afferma che, con la consegna del modulo, il finanziatore è esonerato da qualunque obbligo informativo, mira più che altro a mettere al riparo il professionista da qualunque tipo di responsabilità e non incoraggia un suo qualche impegno nell'erogazione di tali informazioni.

Pertanto, a nostro avviso, in merito alla disciplina del *responsible borrowing* in Italia, non ci sembra che ci siano ancora gli strumenti adeguati per prevenire l'eccessivo sovraindebitamento delle famiglie, a causa di una stipulazione irrazionale e poco responsabile di tali contratti.

Da un lato, infatti, lo Stato dovrebbe supportare maggiormente le varie associazioni no profit, presenti sul territorio, che forniscono consulenza legale e psicologica alle famiglie sovraindebitate, in modo da incrementare questo supporto informativo importante.

Dall'altro, il legislatore, anziché riprodurre piattamente il testo della Direttiva, avrebbe dovuto, e magari in futuro potrebbe, provvedere ad ampliare gli obblighi precontrattuali del professionista, in modo da permettere ai consumatori, all'atto della stipulazione del contratto di credito, di avere una più chiara consapevolezza dei contenuti, dell'impegno e del peso economico che tale contratto comporti sulla sua vita.

Se, infatti, l'informazione è fornita in moduli standard, tecnici, complicati e di difficile comprensione, si ha, dal punto di vista qualitativo, una cattiva informazione, che può produrre un risultato analogo a quello che si avrebbe nel caso di un'assenza totale d'informazioni.

L'importante è, infatti, comunicare le informazioni in modo semplice, lineare e con un linguaggio accessibile al cliente, in modo da facilitarne la comprensione.

Vedremo, nel § 4 Cap. III, che, con l'introduzione della Direttiva 2014/17/UE sul credito immobiliare ai consumatori, invece, le disposizioni

inerenti l'erogazione d'informazioni nella fase precontrattuale saranno più rigide e articolare per tutelare maggiormente il soggetto finanziato a fronte di una più ingente concessione del credito fornita dall'istituto di credito per far fronte all'acquisto di beni di maggior valore economico, rispetto a quelli di consumo.

3.1.4. *Gli obblighi post-contrattuali*

La legge di recepimento, come del resto la Direttiva, non ha previsto un'apposita disposizione inerente gli obblighi post-contrattuali e di assistenza gravanti sul finanziatore, una volta concluso il contratto. Ha soltanto inserito, all'interno dell'art.125-*bis* relativo alle eventuali comunicazioni del finanziatore, un riferimento a tali obblighi.

E' previsto, pertanto, solo un generale obbligo del professionista di tenere informato il cliente sullo svolgimento del rapporto: <<Nei contratti di credito di durata il finanziatore fornisce periodicamente al cliente, su supporto cartaceo o altro supporto durevole una comunicazione completa e chiara in merito allo svolgimento del rapporto. La Banca d'Italia, in conformità alle deliberazioni del CICR, fissa i contenuti e le modalità di tale comunicazione>>.

3.2. *La disciplina del responsible lending in Italia*

Per quanto riguarda lo strumento di tutela preventiva del *responsible lending*, esso è stato recepito in Italia con la disciplina del *merito creditizio* presente nell'art. 124-*bis* T.U.B., che riproduce, pressoché integralmente, la corrispondente disposizione contenuta nella Direttiva 2008/48/CE⁵⁶¹, con

⁵⁶¹ Secondo quanto emerge in G. FALCONE, *Il trattamento normativo del sovraindebitamento del consumatore*, in A. BENOCCI et al. (a cura di), *Studi per Franco Belli*, cit., p. 633 s.

la sola differenza di prevedere un più specifico obbligo di *valutazione*, rispetto all'obbligo di *verifica*, presente nella Direttiva⁵⁶².

Esso, come la Direttiva, esordisce con una dicitura alquanto generica, disponendo <<*Prima della conclusione del contratto di credito, il finanziatore valuta il merito creditizio del consumatore sulla base di informazioni adeguate, se del caso fornite dal consumatore stesso e, ove necessario, ottenute consultando la banca dati pertinente*>>, senza fornire una definizione né di cosa sia il *merito creditizio*, né di cosa si intenda per *informazioni adeguate*, né del legame che eventualmente potrebbe intercorrere tra la valutazione preventiva del finanziatore e la conclusione del contratto, ma rimandando alla normativa secondaria (CICR) il compito di emanare le disposizioni di attuazione in merito a tale disciplina.

Il recepimento domestico anche di tale istituto, come quello del *responsible borrowing*, è stato, pertanto, criticato da numerosi autori⁵⁶³, in quanto ci si aspettava un impegno maggiore nel completare le disposizioni della Direttiva, come normalmente il recepimento impone.

Il concetto di *merito creditizio*, benché non esplicitato dal legislatore, tuttavia non è del tutto distante⁵⁶⁴ dal concetto di *merito creditizio* utilizzato in ambito commerciale nel nostro ordinamento, che fa riferimento alla valutazione che il finanziatore deve compiere all'atto dell'erogazione del credito a favore dell'impresa.

La valutazione del *merito creditizio* dell'imprenditore, tuttavia, a differenza di quella che coinvolge il privato, concerne, oltre la complessiva capacità di rimborso dello stesso, anche la congruità fra il credito erogato e gli investimenti prospettati, per evitare, quindi, che venga fatta una scorretta

⁵⁶² E. PELLECCIA, *Dall'insolvenza al sovraindebitamento, interesse del debitore alla liberazione e ristrutturazione dei debiti*, cit., p. 79 s.

⁵⁶³ In merito v. L. MODICA, *Profili giuridici del sovraindebitamento*, p. 237 ss. e G. FALCONE *La disciplina comunitaria e domestica, sul credito ai consumatori: il sovraindebitamento da prevenire*, in A. BENOCCI et al. (a cura di), *Studi per Franco Belli*, cit., p. 633 s.

⁵⁶⁴ Secondo quanto emerge in A. SIMIONATO, *Prime note in tema di valutazione del merito creditizio del consumatore nella Direttiva 2008/48/CE*, in C. DE CRISTOFARO (a cura di), *La nuova disciplina europea del credito al consumo*, cit., p. 184 s.

allocazione delle risorse bancarie, erogando un finanziamento che sia poi impiegato male dall'imprenditore⁵⁶⁵.

La nozione di merito creditizio del consumatore è un concetto in parte nuovo e più ristretto, che esula da una valutazione sulla *meritevolezza* dell'impiego⁵⁶⁶ che il consumatore fa del credito concesso⁵⁶⁷, e si limita ad una analisi delle capacità del consumatore di restituire il credito.

Tale valutazione, come abbiamo in precedenza visto⁵⁶⁸, viene effettuata attraverso un'analisi dinamica, e non statica della posizione patrimoniale del consumatore.

Essa, infatti, non concerne solamente l'analisi dell'affidabilità e solvibilità del consumatore sulla base delle informazioni fornite dallo stesso o ricavate dalla banca dati, ma consiste nel confrontare la capacità reddituale del consumatore con il livello complessivo d'indebitamento e riscontrare le modalità di adempimento degli impegni assunti in precedenza, in modo da fare una valutazione prognostica sulla futura capacità di rimborso del consumatore.

Se, infatti, la valutazione avesse carattere meramente statico e fosse basata solo sulle informazioni riguardanti la solvibilità del consumatore, non si vedrebbe alcuna differenza con la valutazione effettuata dal prudente operatore professionale del credito, che agisce secondo le regole di

⁵⁶⁵ In merito v. L. MODICA, *Profili giuridici del sovraindebitamento*, cit., p. 234 ss. ed E. PELLECCIA, *Dall'insolvenza al sovraindebitamento. Interesse del debitore alla liberazione e ristrutturazione dei debiti*, cit., p. 74 ss.

⁵⁶⁶ La mancanza della valutazione in merito all'impiego che il consumatore farà del credito secondo A. SIMIONATO è dovuta al fatto che in generale il consumatore di norma impiega sicuramente il credito erogato nei consumi, ma se così anche non fosse, se lo impiegasse per pagare i debiti pregressi o altri finanziamenti il mercato dei consumi ne trarrebbe comunque beneficio, perché si premierebbe comunque il mercato del credito e si consentirebbe in ogni caso al consumatore di continuare ad avere un ruolo attivo nel mercato e quindi a "consumare". In merito v. A. SIMIONATO, *Prime note in tema di valutazione del merito creditizio del consumatore nella Direttiva 2008/48/CE*, in C. DE CRISTOFARO (a cura di), *La nuova disciplina europea del credito al consumo*, cit., p. 184 s.

⁵⁶⁷ In realtà in non tutti i contratti di credito si esula da tale valutazione. Infatti nei contratti di credito finalizzato bisogna anche accertare che il finanziamento sia realmente utilizzato per lo scopo per cui è erogato, come per esempio accade nei contratti di mutuo di scopo. In merito v. D. CERINI, *Sovraindebitamento e consumer bankruptcy: tra punizione e perdono*, cit., p. 212 s.

⁵⁶⁸ V. *supra* § 2 Cap. III.

prudenza e vigilanza, previste dal T.U.B. e di diligenza del buon banchiere, di cui l'art. 1176 c.c.

Tuttavia, ad una prima lettura⁵⁶⁹ del decreto ministeriale n. 117 del 3 febbraio 2011, emanato dal Ministro dell'Economia e delle finanze, recante *“Determinazioni in materia di credito ai consumatori”*⁵⁷⁰, sembrerebbe all'art. 6 che tale valutazione coincida perfettamente con gli obblighi di sana e prudente gestione, di cui gli artt. 53, 67, 108, 109 e 114-*quaterdecies* del T.U.B. e che quindi l'art. 124-*bis* sia una norma meramente pleonastica che non aggiunge nulla di nuovo al nostro ordinamento.

L'art. 6 infatti afferma: *«Al fine di evitare comportamenti non prudenti e assicurare pratiche responsabili nella concessione del credito, i finanziatori assolvono all'obbligo di verificare il merito creditizio del consumatore, previsto dall'articolo 124-bis del T.U.B., applicando le procedure, le metodologie e le tecniche relative alla valutazione e al monitoraggio del merito creditizio dei clienti previste ai fini della sana e prudente gestione dei soggetti vigilati dagli articoli 53, 67, 108, 109 e 114-quaterdecies del e dalle relative disposizioni di attuazione»*.

Secondo parte della dottrina⁵⁷¹, tuttavia, l'art. 124-*bis* non è una norma di mero comportamento o di diligenza, che afferma che il buon banchiere prima dell'erogazione del credito è tenuto ad mera *verifica* della posizione economica del consumatore, com'è disciplinato nella Direttiva, bensì è una norma di carattere obbligatorio, che impone di effettuare una *valutazione*, ossia l'espressione di un giudizio sulla posizione economica del debitore.

Essa ha la finalità pertanto di obbligare il professionista a valutare sempre il *merito creditizio*, a prescindere dal fatto che tale valutazione sia di suo interesse o meno.

⁵⁶⁹ In merito v. G. FALCONE, *Il trattamento normativo del sovraindebitamento del consumatore*, A. BENOCCI et al. (a cura di), *Studi per Franco Belli*, cit p. 634 s.

L. MODICA, *Profili giuridici del sovraindebitamento*, cit., p. 234 ss. ed E. PELLECCCHIA, *Dall'insolvenza al sovraindebitamento. Interesse del debitore alla liberazione e ristrutturazione dei debiti*, cit., p. 75 ss.

⁵⁷⁰ Il decreto ministeriale n. 117 del 2011 dà attuazione alle nuove previsioni del T.U.B. in materia di credito ai consumatori.

⁵⁷¹ E. PELLECCCHIA, *Dall'insolvenza al sovraindebitamento. Interesse del debitore alla liberazione e ristrutturazione dei debiti*, cit., p. 79 s.

La *ratio*, pertanto, secondo alcuni autori⁵⁷², è quella di evitare che tale valutazione sia di carattere meramente discrezionale, in quanto, se così fosse, verrebbe svolta solo in situazioni in cui vi è un interesse del finanziatore a conoscere la situazione economica e la capacità di adempimento del consumatore, mentre in tutti gli altri casi, in cui non sussista tale interesse, il credito verrebbe erogato a prescindere da tale valutazione, comportando quindi una diffusione, talvolta, di cattivo credito⁵⁷³.

Inoltre, secondo alcuni autori⁵⁷⁴, l'obbligo di imporre una valutazione sul merito creditizio è dovuta anche al fatto che in precedenza i finanziatori, in assenza di tale valutazione e quindi di informazioni circa la solvibilità del consumatore, erano propensi ad applicare indistintamente i tassi d'interesse commisurati alla rischiosità media dei debitori, disincentivando i debitori più solvibili dal chiedere il prestito e rendendo ancora più difficile il rimborso di chi versasse in situazioni economiche precarie.

La norma, pertanto, imponendo la valutazione sul merito creditizio, è volta a tutelare in *primis* il mercato del credito ed in *secundis* i consumatori, in quanto una maggiore disponibilità di informazioni permette una migliore valutazione di rischio dei potenziali clienti, consentendo di allocare il credito in maniera più efficiente e a condizioni più eque.

⁵⁷² L. MODICA, *Il contratto di credito ai consumatori nella nuova disciplina comunitaria*, cit., p. 785 ss.

⁵⁷³ Si pensi per esempio al caso in cui il consumatore garantisca l'adempimento del proprio debito con una garanzia personale: in tale caso il creditore non troverebbe alcun interesse nel conoscere la situazione economica e la capacità di adempimento del debitore, in quanto il rischio del suo *default* è trasferito su un soggetto terzo. In merito v. E. PELLECCIA, *Dall'insolvenza al sovraindebitamento. Interesse del debitore alla liberazione e ristrutturazione dei debiti*, cit., p. 78 s.

⁵⁷⁴ E. PELLECCIA, *Dall'insolvenza al sovraindebitamento. Interesse del debitore alla liberazione e ristrutturazione dei debiti*, cit., p. 78 s.

3.2.1. *Le responsabilità del finanziatore*

Di grande interesse ed attualità è il problema della configurabilità o meno di una responsabilità del finanziatore a seguito di una mancata o errata valutazione del merito creditizio o di una erogazione non meritevole del finanziamento.

La disposizione dell'art. 124-*bis* appare piuttosto scarna ed in parte ambigua perché, al di là dell'obbligo di valutazione, il legislatore non aggiunge altro⁵⁷⁵. Per quanto riguarda il comportamento che dovrebbe essere tenuto dal finanziatore nel caso di valutazione negativa del merito creditizio, la legge non stabilisce un obbligo di astensione del finanziatore dal concedere il credito al consumatore non meritevole che ne faccia richiesta⁵⁷⁶.

Tuttavia non sembra nemmeno che sia configurabile una libertà assoluta di erogare tali finanziamenti pure a soggetti ritenuti immeritevoli⁵⁷⁷, anche perché, se così fosse, non si comprenderebbe l'utilità pratica di tale valutazione.

Se, infatti, come abbiamo affermato fino a questo punto, la finalità di tale valutazione è quella di tutelare da un lato il mercato del credito e dall'altro lo stesso consumatore, non si può ritenere che una volta terminata tale valutazione, a prescindere dall'esito di essa, il finanziatore possa legittimamente erogare il credito anche se risulti che il consumatore non sarà mai in grado di restituirlo.

⁵⁷⁵ In merito v. E. PELLECCCHIA, *Dall'insolvenza al sovraindebitamento. Interesse del debitore alla liberazione e ristrutturazione dei debiti*, cit., p. 79 s. e E. PELLECCCHIA, *Composizione delle crisi da sovraindebitamento: il "piano del consumatore" al vaglio della giurisprudenza*, in *Diritto civile contemporaneo*, Anno 1/2014 aprile/giugno, n. I, www.dirittocivilecontemporaneo.com

⁵⁷⁶ G. FALCONE, *Il trattamento normativo del sovraindebitamento del consumatore*, A. BENOCCI et al. (a cura di), *Studi per Franco Belli*, cit p. 638 s.

⁵⁷⁷ Riguardo ciò E. PELLECCCHIA ha affermato che tra l'altro se ci si arrestasse alla mera interpretazione letterale, ritenendo che manchi un divieto esplicito e quindi tale divieto non ci sia, si creerebbero i presupposti per una "zona grigia" in cui troverebbero giustificazione anche condotte azzardate e non sempre limpide del finanziatore : v. E. PELLECCCHIA, *Composizione delle crisi da sovraindebitamento: il "piano del consumatore" al vaglio della giurisprudenza*, cit..

Al contrario, sembra emergere che tale valutazione sia un mezzo per consentire al finanziatore di decidere quale sia il finanziamento più sostenibile per il consumatore⁵⁷⁸, il quale, nel momento in cui gli viene erogato il credito, ha piena fiducia nella decisione del finanziatore e nella propria capacità di rimborso.

Pertanto, pur non essendo esplicitata alcuna indicazione su come debba comportarsi il finanziatore nel momento in cui termina la valutazione del merito creditizio⁵⁷⁹, a nostro avviso, si deve affermare che anche in questo caso, egli debba uniformarsi al principio di correttezza precontrattuale e buona fede⁵⁸⁰.

Per cui, il finanziatore potrà legittimamente concedere il finanziamento solo se, al termine di una valutazione positiva e corretta del merito creditizio,

⁵⁷⁸ Alcuni autori, come per esempio G. FALCONE, hanno ritenuto che il comportamento del finanziatore in merito alla valutazione del merito creditizio nei contratti di credito al consumo sia assimilabile a quello dei professionisti adibiti a stipulare contratti d'investimento con potenziali investitori. Il regolamento della Consob del 29 ottobre 2007 n. 16190 (da ultimo modificato il 17 marzo 2016 con il provvedimento n. 19548) stabilisce, infatti, agli artt. 39 e 40 che il professionista, per valutare quali sia l'investimento più adeguato al proprio cliente (art. 40), è tenuto a richiedere all'investitore specifiche informazioni in merito a : <<a) alla conoscenza ed esperienza nel settore di investimento rilevante per il tipo di strumento o di servizio; b) alla situazione finanziaria; c) agli obiettivi di investimento>>(art. 39 co. 1). Inoltre l'art. 39 co. 6 impone all'intermediario l'obbligo di astenersi dal porre in essere qualunque tipo di operazione d'investimento, nel momento in cui non abbia ricevuto le informazioni necessarie a valutare l'operazione meno rischiosa e più conveniente per il cliente. Concetti quali l'obbligo di astensione e il principio di adeguatezza del finanziamento non sono esplicitati nel testo della direttiva e neppure nella legge di recepimento, tuttavia G. FALCONE ritiene che da un lato emerga il *principio di adeguatezza* in riferimento ai chiarimenti ulteriori che il finanziatore in fase precontrattuale può erogare (art. 124 T.U.B.), che non possono non riferirsi alle preferenze e possibilità economiche del consumatore, dall'altro non avrebbe senso ritenere che un obbligo di verifica del merito creditizio non vada inteso *a contrario* come un divieto di concedere credito a soggetti che non presentino una solida condizione finanziaria. Del resto i contratti di credito ai consumatori sono contratti che mirano a preservare anche l'interesse dei consumatori e non solo quello della banca. In merito v. G. FALCONE, *Il trattamento normativo del sovraindebitamento del consumatore*, in A. BENOCCI et al. (a cura di), *Studi per Franco Belli*, cit p. 637 ss

⁵⁷⁹ In merito v. G. FALCONE, *Il trattamento normativo del sovraindebitamento del consumatore*, in A. BENOCCI et al. (a cura di), *Studi per Franco Belli*, cit., p. 633 s.

⁵⁸⁰ In merito v. D. CERINI, *Sovraindebitamento e consumer bankruptcy: tra punizione e perdono*, cit., p. 215 s. e E. PELLECCCHIA che afferma: <<Nonostante il dettato normativo dell'art. 124-bis sia oltremodo scarno, giova ricordare che la valutazione del merito creditizio è operazione che si svolge in una fase precontrattuale comunque governata dalla regola generale della buona fede, prima ancora che dalla normativa di settore>>. V. E. PELLECCCHIA, *Composizione delle crisi da sovraindebitamento: il "piano del consumatore" al vaglio della giurisprudenza*, cit. .

ritenga che al consumatore possa essere erogato un determinato prodotto finanziario.

Diversamente, se il finanziatore al termine della valutazione del merito creditizio conclude che il consumatore non possa ottenere il credito, a causa della sua condizione economica precaria, sarebbe legittimo da parte sua un comportamento o di *totale astensione* dall'erogazione o quantomeno di *messa in guardia* del consumatore⁵⁸¹ riguardo ai rischi connessi alla stipulazione del contratto che può concludersi in ogni caso con la stipulazione, qualora il consumatore sia comunque favorevole all'erogazione⁵⁸².

Invece, il finanziatore, qualora concluda, al termine della valutazione del merito creditizio, che il consumatore sia immeritevole del finanziamento, ma tuttavia lo eroghi lo stesso, senza nemmeno mettere in guardia il cliente rispetto alla sua inadeguatezza, appare passibile di incorrere in responsabilità⁵⁸³ contrattuale⁵⁸⁴ o, secondo alcuni autori⁵⁸⁵, addirittura extracontrattuale.

⁵⁸¹ In merito v. E. PELLECCIA, *Dall'insolvenza al sovraindebitamento, interesse del debitore alla liberazione e ristrutturazione dei debiti*, cit., p. 79 s.

⁵⁸² La volontà del consumatore di insistere per la concessione di un prestito, pur a fronte di una valutazione negativa del suo merito creditizio da parte del finanziatore può rilevare anche all'interno del giudizio di omologazione del piano del consumatore, sotto il profilo della mancanza della meritevolezza: sul giudizio di meritevolezza v. *supra*, § 1.7.1., Cap.II,

⁵⁸³ In merito a tali strumenti di tutela giudiziale CARRIERO, *Vigilanza bancaria e tutela del consumatore: obiettivi e strumenti*, in A. BENOCCI et al. (a cura di), *Studi per Franco Belli*, cit p. 554 s., evidenzia che a prescindere dai tempi e dalle disfunzioni generalmente presenti nella giustizia civile domestica, non risultano essere particolarmente efficaci, in quanto: 1) per quanto presto il giudice possa decidere arriva comunque tardi al danno procurato; 2) le caratteristiche dei beni oggetto del contratto sono di tale complessità tecnica da far ragionevolmente dubitare del diffuso possesso delle relative conoscenze specialistiche; 3) non sempre è possibile rimediare ex post al danno prodotto sia con riferimento al numero dei danneggiati che alle specifiche esigenze di ciascuno; 4) non sempre è possibile apprezzare con certezza il nesso eziologico tra condotta dell'intermediario ed evento danno, potendo esso dipendere da variabili esterne al contratto tuttavia difficilmente isolabili.

⁵⁸⁴ In merito a questo E. PELLECCIA *Composizione delle crisi da sovraindebitamento: il "piano del consumatore" al vaglio della giurisprudenza*, cit., afferma che qualora il debitore provi di aver confidato nella sostenibilità del finanziamento erogato – proprio perché erogato, e quindi supposto "intrinsecamente" sostenibile in rapporto al suo merito di credito valutato dal finanziatore – e di avere invece ricevuto un prestito che era insostenibile già al momento della conclusione del contratto e che tale insostenibilità poteva essere riscontrata dal creditore alla luce delle informazioni in suo possesso o che avrebbe dovuto acquisire secondo la diligenza professionale, la via del rimedio risarcitorio è percorribile.

⁵⁸⁵ G. FALCONE, *Il trattamento normativo del sovraindebitamento del consumatore*, in A. BENOCCI et al. (a cura di), *Studi per Franco Belli*, cit p. 636 s.

In particolare per quanto riguarda la responsabilità extracontrattuale del professionista, fondata sull'art. 2043 c.c., essa potrebbe sussistere, qualora il comportamento del professionista abbia provocato un danno ingiusto al consumatore, il quale dovrà pertanto dimostrare l'esistenza di un comportamento doloso o colposo del finanziatore e il fatto che tale comportamento ha causato il danno ingiusto subito dal consumatore.

Entrambi i tipi di tutela potranno produrre rimedi risarcitori o restitutori, previo accertamento dei fatti denunciati.

Alcuni autori⁵⁸⁶ evidenziano però che essi naturalmente tendono a tutelare solo il singolo individuo danneggiato e non assicurano, invece, una tutela all'intera categoria di oblati.

Una tutela generale (prevalentemente preventiva) ai consumatori è, invece, fornita dalle autorità amministrative che predispongono appositi strumenti, volti a vigilare i comportamenti degli istituti di credito⁵⁸⁷.

⁵⁸⁶ G. CARRIERO, *Vigilanza bancaria e tutela del consumatore : obiettivi e strumenti*, in A. BENOCCI et al. (a cura di), *Studi per Franco Belli*, cit p. 554 s. e G. FALCONE, *Il trattamento normativo del sovraindebitamento del consumatore*, in A. BENOCCI et al. (a cura di), *Studi per Franco Belli*, cit p. 639 ss.

⁵⁸⁷ In parallelo alla tutela giudiziale e amministrativa delle controversie tra la clientela bancaria e finanziaria, gli istituti di credito e gli intermediari, è stato istituito l'Arbitro Bancario Finanziario (ABF)⁵⁸⁷, un sistema di risoluzione alternativo (a cui si fa ricorso di solito prima di andare di fronte al giudice) e stragiudiziale delle controversie (in quanto avviene al di fuori del processo ordinario), disciplinato dalla deliberazione del CICR del 29 luglio 2008 n. 275. Esso è suddiviso in tre collegi rispettivamente presenti a Milano, Roma e Napoli, competenti per le rispettive aree territoriali, presso cui il cliente può ricorrere solo dopo aver cercato di risolvere la controversia inviando un reclamo scritto all'intermediario, che ne costituisce una condizione di procedibilità. L'ABF è un organismo indipendente e imparziale nei compiti e nelle decisioni, sostenuto nel suo funzionamento dalla Banca d'Italia, che ha cominciato ad operare dall'ottobre del 2009 e si occupa di contenziosi aventi ad oggetto operazioni e servizi bancari e finanziari, servizi di pagamento, di risarcimento del danno fino a 100.000 euro, di responsabilità del finanziatore nei contratti di credito al consumo, di retrocessione della quota del premio assicurativo per l'estinzione anticipata del finanziamento e così via. E' un sistema che riscontra un gradimento crescente, in quanto è più veloce (la durata media di un di un ricorso è, infatti, di circa 112 giorni) e più economico rispetto al ricorso al giudice, dal momento che non prevede un'assistenza legale obbligatoria e presenta un basso costo d'accesso (venti euro). Inoltre ha esiti per lo più positivi per il cliente, superiori al 60 % e la decisione pur non essendo vincolante, come quella del giudice, è solitamente rispettata dall'altra parte. Infatti la disciplina dell'ABF, se l'intermediario non adempie alla decisione dell'Arbitro, prevede un'unica sanzione, ma significativa, consistente nel rendere pubblico (*shame culture*) il comportamento dell'intermediario o dell'istituto di credito (ma si registrano casi marginali di tale umiliazione pubblica).

In

merito

v.

Pertanto, il consumatore, nel caso in cui il finanziatore, dopo una valutazione negativa del merito creditizio, abbia erogato comunque il finanziamento, senza averlo messo in guardia sull'inadeguatezza di tale somma, può chiedere anche l'intervento dell'autorità amministrativa, in tema di pratiche commerciali scorrette, così da sanzionare questi atteggiamenti avventati da parte dei finanziatori e dannosi per i consumatori.

I comportamenti della banca o dell'operatore autorizzato in genere, infatti, in tali situazioni si pongono in contrasto con l'interesse allo svolgimento delle corrette pratiche commerciali, attuate secondo i principi di buona fede, correttezza e lealtà e possono quindi rientrare, in certi casi, nella disciplina delle pratiche commerciali scorrette.

Occorrerà a questo fine valutare se il comportamento del finanziatore possa rientrare in astratto *sub specie* di pratica commerciale scorretta, ossia corrisponda a <<Qualsiasi azione, omissione, condotta o dichiarazione, comunicazione commerciale ivi compresa la pubblicità e la commercializzazione del prodotto, posta in essere da un professionista, in relazione alla promozione, vendita o fornitura di un prodotto ai consumatori>>, (18 co. 1 l. d codice del consumo)), volta ad: <<alterare sensibilmente la capacità del consumatore di prendere una decisione consapevole, inducendolo pertanto ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso>> (art. 18 co. 1 l. e codice del consumo)). Le pratiche commerciali scorrette sono vietate dall'art. 20 del codice del consumo e sanzionabili dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato.

Nel caso di specie, il comportamento omissivo del finanziatore potrà consistere nell'aver omesso di considerare l'inadeguatezza del finanziamento, rispetto alla condizione economica del consumatore.

G. CARRIERO, *Vigilanza bancaria e tutela del consumatore : obiettivi e strumenti*, in A. BENOCCI et al. (a cura di), *Studi per Franco Belli*, cit p. 561 ss.

Diversamente, l'azione scorretta potrà basarsi sull'erogazione al consumatore d'informazioni non corrispondenti al vero.

Alcuni autori ritengono che sia sanzionabile come pratica commerciale scorretta non il singolo comportamento della banca o dell'operatore autorizzato, ma solo un comportamento generale e costante da parte del professionista. Altri autori⁵⁸⁸ ritengono sanzionabile invece anche una singola pratica scorretta, a prescindere dall'esistenza di una prassi, purchè essa abbia un'astratta replicabilità idonea a mettere pertanto a rischio una categoria generalizzata di consumatori .

3.3. *La responsabilità del consumatore*

Al termine dell'analisi del decreto legislativo di recepimento della Direttiva 2008/48/CE ci sembra opportuno riflettere sul fatto se sia possibile o meno desumere dall'analisi della disciplina del *responsible borrowing* e di quella del *responsible lending* l'ipotizzabilità di una qualche responsabilità dello stesso consumatore.

Il d.lgs. n. 141 del 2010 non contiene, infatti, un'esplicita disposizione in merito.

In realtà, tanto dalla disciplina interna, che da quella europea, correttamente interpretate, emerge chiaramente come il consumatore finanziato sia tenuto ad un comportamento diligente, sia nella valutazione dei vari prodotti finanziari sottoposti alla sua scelta, sia nel momento in cui fornisce al finanziatore tutte le informazioni sulla sua condizione finanziaria.

La disciplina del Codice Civile afferma fin dall'inizio del Capo dedicato alle obbligazioni in generale, che entrambe le parti debbano comportarsi

⁵⁸⁸ Ricostruisce il problema e conclude in questo senso G. FALCONE, *Il trattamento normativo del sovraindebitamento del consumatore*, in A. BENOCCI et al. (a cura di), *Studi per Franco Belli*, cit., 641 s.

secondo i canoni di correttezza e solidarietà (1175 c.c.) che dovranno essere mantenuti per tutta la durata del rapporto obbligatorio.

Per cui, come il finanziatore, il consumatore nel momento in cui non abbia rispettato gli obblighi di correttezza e buona fede potrà risponderne.

Del resto, se non così non fosse, il consumatore non sarebbe minimamente incentivato ad un acquisto responsabile del credito e pertanto non si raggiungerebbero pienamente le finalità di tutela del credito responsabile e di prevenzione del sovraindebitamento che le normative in esame si prefiggono, ma semmai si incrementerebbe un atteggiamento negligente del consumatore.

Inoltre, se non fosse configurabile alcuna responsabilità per il consumatore si caricherebbe di eccessivi oneri il finanziatore, al punto da rendere meno propensi i professionisti ad erogare tali finanziamenti⁵⁸⁹, danneggiando in *primis* il mercato del credito e di riflesso gli stessi consumatori, bisognosi di acquistare tali finanziamenti.

E' probabile, a nostro avviso, che il legislatore, vista la delicatezza di tale materia, la cui disciplina potrebbe avere anche risvolti economici sul mercato del credito, non abbia voluto prevedere una rigida disciplina sul tema delle responsabilità, ma piuttosto lasciare all'interprete il compito di valutare caso per caso chi abbia tenuto un comportamento negligente o se ci sia stato un concorso di colpe tra le parti del rapporto obbligatorio.

4. *La Direttiva 2014/17/UE*

Parallelamente ai contratti di credito al consumo, la Commissione europea ha monitorato nel corso degli anni i comportamenti degli operatori

⁵⁸⁹ G. FALCONE, *Il trattamento normativo del sovraindebitamento del consumatore*, in A. BENOCCI et al. (a cura di), *Studi per Franco Belli*, cit p. 644 s.

finanziari nella stipulazione di contratti di credito per l'acquisto di beni immobili residenziali.

In relazione ai finanziamenti per l'acquisto di beni immobili, la Commissione ha adottato il 19 luglio 2005, il Libro Verde n. 327, intitolato: *"Il credito ipotecario nell'UE"*⁵⁹⁰.

In seguito, il 18 dicembre 2007, ha elaborato il Libro Bianco n. 807, denominato *"L'integrazione dei mercati UE del credito ipotecario"*⁵⁹¹, in cui ha comunicato l'intento di valutare l'impatto che avrebbe potuto avere sul mercato la predisposizione di una nuova Direttiva riguardante la stipulazione di contratti di credito per l'acquisto di beni immobili, che estendesse a tali tipi contrattuali la stessa disciplina già in vigore per la conclusione dei contratti di credito al consumatore.

In seguito, la Commissione ha costituito un gruppo di esperti sulle informazioni storiche sui crediti (*Expert Group on Credit Histories*), con il compito di assisterla nella preparazione di misure intese a migliorare l'accessibilità, la comparabilità e la completezza dei dati sui crediti e ha avviato studi sul ruolo e sull'attività degli intermediari del credito e degli enti non creditizi che erogano contratti di credito relativi a beni immobili residenziali.

Infine, al termine di tali studi, il Parlamento europeo ed il Consiglio hanno emanato il 4 febbraio 2014, la nuova Direttiva 2014/17/UE⁵⁹², volta sia a disciplinare i contratti di credito ai consumatori stipulati per l'acquisto di beni immobili residenziali attraverso la predisposizione di rimedi volti ad evitare un'erogazione irresponsabile del creditore per l'acquisto di tali beni (apportando anche alcune modifiche alla precedente Direttiva n. 2008/48/CE, relativa ai contratti di credito ai consumatori).

⁵⁹⁰ Reperibile in ec.europa.eu/internal_market/finservices-retail/docs/home-loans/comments/repr-it_cnn-it.pdf.

⁵⁹¹ Reperibile in eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=URISERV%3A124487.

⁵⁹² Nota come *Mortgage Credit Directive*, o Direttiva mutui.

Finalità della Direttiva 2014/17/UE sono da un lato fornire una “*piena armonizzazione*” (di cui al Considerando 7)⁵⁹³ anche per la stipulazione di contratti di credito per l’acquisto di un’altra tipologia importante di beni, quali quelli immobiliari, dall’altro tutelare sia il mercato che il consumatore realizzando “*un mercato interno più trasparente, efficiente e competitivo, grazie a disposizioni uniformi, flessibili ed eque per i contratti di credito relativi a beni immobili*” (di cui al Considerando 6).

Tali beni sono di frequente acquistati all’interno delle famiglie⁵⁹⁴, ma a differenza di quelli di consumo, hanno un valore economico di gran lunga superiore che quindi porta spesso i consumatori, non aventi disponibilità economiche così ingenti, a stipulare presso gli appositi istituti di credito contratti volti a finanziarne l’acquisto.

Si poneva anche per questi contratti l’esigenza di garantire una erogazione di credito responsabile ed in favore di soggetti meritevoli.

Tale Direttiva, pertanto, ha predisposto una disciplina più rigida, rispetto quella presente nella Direttiva sul credito ai consumatori per l’acquisto di beni di consumo, volta a favorire da un lato il *responsible borrowing*, dall’altro il *responsible lending*⁵⁹⁵.

Per quanto riguarda la disciplina del *responsible borrowing* vi è, infatti, da un lato, in sede pubblicitaria un ampliamento delle informazioni volte a

⁵⁹³ Il Considerando 7, infatti, afferma : <<Per creare un autentico mercato interno, con un livello elevato ed equivalente di protezione dei consumatori, la presente direttiva stabilisce disposizioni che devono essere oggetto di piena armonizzazione [...] >>

⁵⁹⁴ Come abbiamo precedentemente rilevato, infatti, non si comprende il perché il legislatore non abbia previsto fin da subito, nella Direttiva 08/48, una disciplina più ampia che disciplinasse sia i contratti di credito per l’acquisto di beni di consumo, sia quelli per l’acquisto di beni immobiliari. Alcuni autori hanno messo in rilievo che escludendo infatti da tale direttiva tali contratti ha creato situazioni paradossali, in cui il consumatore che acquistava una lavatrice era più tutelato rispetto a quello che acquistava, tramite un contratto di credito, un’abitazione, secondo quanto emerge in E. MINERVINI, *Il sovraindebitamento del consumatore e la direttiva 2008/48/CE*, in E.CATERINI, L. DI NELLA, L. MEZZASOMA, V. RIZZO (a cura di), *La tutela del consumatore nelle posizioni di credito e di debito*, Edizioni scientifiche italiane, cit., p. 61 s.

⁵⁹⁵ In merito v. E. PELLECCIA, *La direttiva 2014/17/UE su contratti di credito ai consumatori relativa ai beni immobili residenziali*, in *Banca Borsa Titoli di Credito*, fasc. 2, 2016, p. 206 ss.

promuovere sia l'istituto di credito, che i prodotti finanziari disponibili sul mercato a chiunque abbia interesse a stipulare un contratto di credito.

Dall'altro, vi è in sede precontrattuale una migliore erogazione d'informazioni al consumatore-cliente, le quali vengono fornite attraverso un modulo informativo personalizzato alle preferenze e condizioni economiche del consumatore (Considerando 41).

In merito alla disciplina del *responsible lending* sono state previste, invece, disposizioni più rigide e chiare per quanto riguarda la valutazione del merito creditizio e le sue ripercussioni sul rapporto obbligatorio.

4.1. *La disciplina del responsible borrowing alla luce della Direttiva 2014/17/UE*

Per quanto riguarda la disciplina del *responsible borrowing*, all'interno della c.d. "Direttiva mutui" essa è caratterizzata da una graduale erogazione d'informazioni che inizia da un ambito generale e standardizzato, svincolato da una contrattazione con un consumatore determinato (all'informazione pubblicitaria sono dedicati gli artt. 11 e 12 e alle informazioni generali l'art. 13), fino ad una qualificata e personalizzata serie d'informazioni dirette al consumatore specifico (all'informazione precontrattuale è dedicato l'art. 14), contrassegnate dalla bi-direzionalità e circolarità delle notizie fornite da un lato, dal finanziatore, dall'altro dal consumatore.

Esse sono fornite in modo da permettere l'assunzione di una decisione informata da parte del consumatore⁵⁹⁶ attraverso sia il confronto tra le offerte di credito disponibili sul mercato, sia una valutazione delle diverse implicazioni che possono conseguire una volta stipulato il contratto.

⁵⁹⁶ In merito v. R. MONTINARO, *Il sovraindebitamento del consumatore: diligenza nell'accesso al credito ed obblighi del finanziatore*, in *Banca borsa titoli di credito*, fasc. 6, 2015, p. 781 ss.

4.1.1. *Le informazioni pubblicitarie e generali*

Per quanto riguarda la prima *tranche* d'informazioni, esse sono erogate a fini meramente conoscitivi e pubblicitari ad un numero indeterminato di soggetti⁵⁹⁷.

Esse si dividono in informazioni pubblicitarie e generali.

Per quanto riguarda quelle *pubblicitarie*, rispettivamente disciplinate dall'art. 11 e 12, esse sono caratterizzate da una serie di informazioni base che devono essere fornite laddove la pubblicità commerciale abbia ad oggetto il tasso d'interesse o qualunque altro dato numerico riguardante il costo del credito per il consumatore.

Esse devono essere fornite in maniera che siano "*facilmente leggibili o chiaramente udibili*" ed accompagnate da un esempio rappresentativo.

Tali informazioni, tassativamente elencate nell'art. 11 concernono:

l'identità del creditore, le garanzie che devono essere fornite dal consumatore, il tasso debitore, l'importo totale del credito, il TAEG, la durata del contratto, se del caso l'importo e il numero delle rate, l'importo totale che il consumatore dovrà pagare e le eventuali avvertenze relative alle fluttuazioni del tasso creditore.

Per quanto riguarda, invece, le *informazioni generali*, esse sono fornite attraverso : <<Supporto cartaceo o su altro supporto durevole o sotto forma elettronica>> (art. 13), con un: <<linguaggio semplice e comprensibile>> (Considerando 41).

Esse sono contrassegnate da una standardizzazione dei contenuti volta a semplificare la presentazione e conoscenza delle varie offerte astrattamente disponibili nel mercato.

Tali informazioni dovranno contenere le caratteristiche essenziali dei prodotti offerti, quali (art. 13 co. 1): gli scopi per il quale il credito può essere utilizzato, le forme di garanzie, la possibile durata del contratto, i tipi

⁵⁹⁷ LAS CASAS A., "*Informazioni generali*" e "*informazioni personalizzate*" nella nuova direttiva sui mutui ipotecari ai consumatori, in *Persona e Mercato*, n. 1/2015, p. 254 ss.

di tasso d'interesse, le valute estere nelle quali il credito sia disponibile, il TAEG applicabile, gli eventuali costi, le modalità di rimborso, le modalità e condizioni per il rimborso anticipato e l'avvertenza, l'avvertenza generale relativa alle possibili conseguenze dell'inosservanza degli impegni legati al contratto di credito.

Inoltre alcune di esse, come il carattere variabile del tasso debitore, il credito in valuta estera e l'avvertenza generale sulle conseguenze dell'inosservanza degli impegni stabiliti nel contratto, sono accompagnate dalla spiegazione degli effetti economici e dei rischi che tali effetti sono suscettibili di determinare, in modo da favorire la comprensione di tali punti al consumatore.

4.1.2. *Le informazioni personalizzate*

Per quanto riguarda invece le informazioni fornite in sede precontrattuale (art. 14), la Direttiva 2014/17/UE prevede una preliminare fase in cui il consumatore mette il finanziatore a conoscenza della propria situazione finanziaria e delle proprie esigenze e preferenze (art. 20), in modo tale che il finanziatore, da una parte, comprenda le preferenze del consumatore e, dall'altro, valuti il merito creditizio dello stesso (art. 20, co. 1).

Tale momento rappresenta l'inizio della contrattazione individualizzata tra le parti e segna il termine efficace da cui incombe sul professionista l'onere di fornire informazioni precontrattuali al consumatore.

In seguito, il professionista dovrà fornire al consumatore un apposito modulo standardizzato, denominato PIES (Prospetto informativo europeo), recante <<Informazioni personalizzate necessarie a confrontare i crediti disponibili sul mercato, valutarne le implicazioni e prendere la decisione informata sull'opportunità di concludere un contratto di credito>> (art. 14).

Tali informazioni, pertanto, a differenza di quelle previste dalla Direttiva 2008/48/CE, pur essendo contenute in un modulo standardizzato, per

facilitare e velocizzare la comprensione delle informazioni, sono personalizzate⁵⁹⁸ e quindi riferite ad uno specifico prodotto, individuato dal professionista, a seguito delle informazioni erogate dallo stesso consumatore.

In merito a tale prodotto vengono individuate le relative offerte e le informazioni sui suoi elementi fondamentali, che saranno poi contenute nel contratto, in modo da dare anche una comunicazione anticipata del contenuto di tale contratto.

Inoltre, all'interno del PIES sono ulteriormente chiariti i concreti effetti economici del contratto, in modo da aiutare il consumatore a prendere una “*decisione informata*” (art. 14, § 1) e consapevole.

In aggiunta il creditore deve erogare “informazioni adeguate” (art. 16) onde consentire al consumatore di valutare se il credito offerto sia adatto alla sua situazione economica, indicando anche gli effetti sul suo patrimonio una volta stipulato il contratto o le conseguenze del suo eventuale inadempimento.

Finalità di tali chiarimenti è garantire un'ulteriore assistenza al consumatore, al fine di fare chiarezza e mettere in guardia il consumatore circa il profilo dell'adeguatezza del credito rispetto al suo patrimonio⁵⁹⁹.

4.1.3. *Le violazioni degli obblighi informativi e le relative conseguenze*

La Direttiva 2014/17/UE non individua rimedi specifici nel caso di violazione degli obblighi di informazione, ma rimette agli Stati membri il

⁵⁹⁸ LAS CASAS A., “*Informazioni generali*” e “*informazioni personalizzate*” nella nuova direttiva sui mutui ipotecari ai consumatori, cit., p. 257 ss.

⁵⁹⁹ Tale disposizione costituisce una rilevante novità, rispetto alla disciplina del credito al consumo, in quanto fornisce un ulteriore strumento per una “*responsabile erogazione del credito*”, rispetto a quanto invece previsto nella Direttiva 2008/48/CE, secondo quanto emerge in R. MONTINARO, *Il sovraindebitamento del consumatore: diligenza nell'accesso al credito ed obblighi del finanziatore*, in *Banca borsa titoli di credito*, fasc. 6, 2015, p. 781 ss.

compito di definire in sede di recepimento *“sanzioni efficaci, proporzionate e dissuasive”*.

Tuttavia, alcuni autori⁶⁰⁰ hanno elaborato delle ipotesi in riferimento alle conseguenze dalla violazione degli obblighi d'informazione.

Per quanto riguarda la disciplina delle informazioni generali (quindi informazioni rivolte ad un pubblico indeterminato e ancora fuori da una possibile contrattazione negoziale), nel caso in cui esse risultino essere lacunose o fuorvianti, si è ipotizzata l'applicabilità della disciplina delle pratiche commerciali scorrette (di cui all'art. 20 del codice del consumo) e pertanto della tutela amministrativa (di cui agli artt. 21-23, 27 Codice del Consumo).

Nel caso in cui, invece, tali informazioni siano falsate e determinino un comportamento del singolo consumatore che non si sarebbe verificato nel caso in cui tali informazioni siano state totalmente veritiere, potrebbe in astratto ipotizzarsi un vizio del consenso del consumatore, tale da condurre ad un annullamento del contratto.

Tuttavia, nel concreto, è difficile giungere a tale conclusione, in quanto la conclusione del contratto è comunque mediata dall'erogazione delle informazioni personalizzate (art. 14), che riguardano i medesimi aspetti oggetto delle informazioni generali, ma che li espongono in modo molto più dettagliato. Pertanto, se l'informazione personalizzata è integra e completa e corrisponde poi all'operazione effettivamente conclusa, sembra difficile poter sostenere che tale contratto sia annullabile per via delle scorrette informazioni generali che si ritiene possano aver viziato il consenso del consumatore in fase anteriore a quella precontrattuale.

Diversamente, nel caso in cui le informazioni scorrette siano fornite in sede precontrattuale con il modulo personalizzato e creino uno sviamento del comportamento economico del consumatore, si ritiene che esse possano realmente aver viziato il consenso dello stesso.

⁶⁰⁰ A. LAS CASAS, *“Informazioni generali” e “informazioni personalizzate” nella nuova Direttiva sui mutui ipotecari ai consumatori*, cit., p. 264 ss.

Se invece esistesse una discordanza tra i costi indicati in sede di informazioni generali e quelli rinvenuti nel PIES, sarebbe applicabile nel nostro ordinamento la disciplina delle informazioni pubblicitarie di cui l'art. 116 e 117 T.U.B., la quale afferma che il contenuto del contratto può discostarsi solo *in melius* dal contenuto presente nelle informazioni pubblicitarie.

In tali casi si avrà, pertanto, la nullità delle clausole contrattuali che prevedevano condizioni economiche meno favorevoli in sede pubblicitaria e la sostituzione automatica di esse con le clausole più favorevoli.

Nel caso in cui, invece, l'inesattezza delle informazioni generali determini la mancata conclusione del contratto, si ipotizza che il consumatore possa appellarsi alla violazione dell'art. 1337 c.c., ovvero alla configurabilità di una responsabilità precontrattuale del professionista, lamentando un danno nell'aver confidato nelle condizioni economiche esposte all'interno delle informazioni generali riguardanti quei prodotti, che poi si sono rivelate fuorvianti in sede di informazioni personalizzate.

Nel caso in cui, invece, il contratto sia concluso in assenza di consegna del PIES o con l'erogazione di un PIES mancante delle parti che riguardano la spiegazione di alcuni contenuti economici essenziali del contratto, in entrambi i casi si ritiene che si possa ipotizzare la violazione degli obblighi informativi personalizzati che comporta un'estensione del termine ordinario di recesso previsto per il consumatore (di cui all'art. 125-*bis* e *ter* cod. cons.).

4.2. *La disciplina del responsible lending alla luce della Direttiva 2014/17/UE*

In merito alla disciplina del *responsible lending*, invece, la Direttiva 2014/17/UE rafforza il ruolo attribuito alla valutazione del merito

credizio del consumatore, non sufficientemente specificato nella Direttiva 2008/48/CE, né nella relativa legge di recepimento italiana⁶⁰¹.

La Direttiva 2008/48/CE, infatti, come abbiamo visto nel § 2.2. Cap. III, si limitava a prevedere solo un *obbligo di verifica*, tacendo sul collegamento con le decisioni conseguenti e rimettendo al legislatore nazionale la scelta circa la previsione delle conseguenze della violazione dell'obbligo.

Il legislatore italiano, in tutta risposta, con l'art. 124-*bis* si è limitato solo a prevedere un più sostanziale *obbligo di valutazione*, senza pronunciarsi sul rapporto tra questa e le successive determinazioni, e lasciando all'interprete la riflessione sulle conseguenze della valutazione nel rapporto obbligatorio⁶⁰².

La Direttiva n. 17, invece, come vedremo nel successivo paragrafo, esige invece dai vari Stati membri, chiamati a darvi attuazione, la predisposizione di regole più severe, rispetto a quelle introdotte per l'erogazione di credito al consumo (secondo quanto stabilito anche dal Considerando 22)⁶⁰³, predisponendo, tra l'altro, un evidente nesso di funzionalità necessaria tra detta valutazione e la decisione successiva in merito all'erogazione o meno del credito (di cui il Considerando 57)⁶⁰⁴, con l'intento di permettere una più incisiva tutela preventiva del consumatore dal rischio di

⁶⁰¹ In merito v. *supra* § 2.2. , 3.2., 3.2.1. Cap. III.

⁶⁰² Secondo quanto emerge anche in L. MODICA, *Il contratto di credito ai consumatori nella nuova disciplina comunitaria*, in *Europa e diritto privato*, cit., p. 785 ss.

⁶⁰³ Il Considerando 22, ultimo periodo, infatti, afferma: <<A questo proposito, per la valutazione del merito di credito sarebbe opportuno prevedere disposizioni più rigide rispetto al credito al consumo, esigere dagli intermediari del credito informazioni più precise circa il loro status e le relazioni con i creditori, per portare alla luce eventuali conflitti di interesse, e garantire che tutti gli operatori coinvolti nell'emissione di contratti di credito relativi a beni immobili siano sufficientemente abilitati e sottoposti a vigilanza>>.

⁶⁰⁴ Il Considerando 57 afferma: <<La decisione del creditore sulla opportunità di concedere il credito dovrebbe essere coerente con l'esito della valutazione del merito creditizio. Ad esempio, la capacità del creditore di trasferire parte del rischio di credito a terzi non dovrebbe condurlo a ignorare le conclusioni della valutazione del merito di credito, rendendo disponibile un contratto di credito a un consumatore che probabilmente non sarà in grado di rimborsarlo. Gli Stati membri dovrebbero poter recepire questo principio chiedendo alle autorità competenti di adottare le misure del caso nell'ambito delle attività di vigilanza e di monitorare l'osservanza delle procedure di valutazione del merito di credito da parte dei creditori. Tuttavia, una valutazione positiva del merito di credito non dovrebbe tradursi nell'obbligo per il creditore di erogare il credito>>.

sovraindebitamento, ed una sua maggior consapevolezza del contratto che sta per stipulare⁶⁰⁵.

4.2.1. *L'obbligo di valutazione del merito creditizio*

L'art 18 della Direttiva 2014/17/UE prevede che <<Il creditore eroghi il credito al consumatore solo quando i risultati della valutazione del merito creditizio indicano che gli obblighi derivanti dal contratto di credito saranno verosimilmente adempiuti secondo le modalità prescritte dal contratto di credito>>.

Il testo definitivo della Direttiva è meno esplicito di quello contenuto nella sua proposta⁶⁰⁶; tuttavia appare evidente una più marcata sensibilità del legislatore nei confronti della tutela dell'interesse a non concludere un contratto da cui possa derivare un'obbligazione di rimborso, che il finanziato potrebbe non essere in grado di adempiere, e una posizione più chiara in merito ai doveri di condotta del finanziatore all'atto della valutazione del merito creditizio e dell'erogazione del credito.

Se il finanziatore, infatti, arriva ad una prognosi positiva in merito al futuro adempimento del consumatore, da cui emerge che il consumatore verosimilmente rimborserà il credito, la Direttiva stabilisce che egli è tenuto ad erogare un finanziamento *sostenibile*, ossia proporzionale rispetto al patrimonio presente e futuro del richiedente e tale da rendere possibile l'adempimento regolare del credito.

La sostenibilità dell'adempimento conduce di conseguenza ad un legittimo affidamento del consumatore.

Per quanto riguarda, invece, l'eventualità che il finanziatore non svolga alcuna valutazione sul merito creditizio o che la valutazione risulti essere

⁶⁰⁵ In merito v. R. MONTINARO, *Il sovraindebitamento del consumatore: diligenza nell'accesso al credito ed obblighi del finanziatore*, cit., p. 781 ss.

⁶⁰⁶ L'art. 14 della proposta Direttiva del 2011, infatti enunciava: <<Se dalla valutazione del merito del credito del consumatore risulta che le prospettive di rimborso del prestito nel corso della durata del contratto di credito sono negative, il creditore rifiuta il credito>>.

negativa ma viene erogato in ogni caso il credito, che risulterà quindi essere “non sostenibile”, il legislatore europeo, come nella precedente Direttiva, non fornisce indicazioni esplicite sugli effetti sanzionatori del comportamento del finanziatore, bensì rimette ai singoli ordinamenti il compito di stabilire le adeguate sanzioni.

Tuttavia, ai Considerando 76⁶⁰⁷ e all’art. 38⁶⁰⁸, il legislatore europeo afferma che i vari Stati devono prevedere sanzioni “*efficaci, proporzionate, dissuasive*”, ossia devono adottare soluzioni che abbiano un’efficacia deterrente sul comportamento del finanziatore.

Inoltre, la Direttiva, inserisce un’importante novità⁶⁰⁹ (di cui all’art. 28)⁶¹⁰, quale quella che i vari Stati, di fronte ad un difettoso rimborso del credito, debbano introdurre una serie di strumenti volte da un lato a mitigare le reazioni del creditore dinanzi all’inadempimento del consumatore, imponendogli un certo grado di tolleranza, dall’altro a tutelare maggiormente il consumatore in difficoltà (che altrimenti di norma sarebbe immediatamente soggetto ai rimedi dell’esecuzione individuale), attraverso dei rimedi volti a facilitare il rimborso (Considerando 27)⁶¹¹.

Tali rimedi, che verranno introdotti da ciascun legislatore interno, potranno consistere nella dilazione delle scadenze dei pagamenti, nella riduzione o eliminazione degli interessi moratori, nella perdita in tutto o in parte degli

⁶⁰⁷ Il Considerando 76 afferma: <<È opportuno che gli Stati membri stabiliscano norme relative alle sanzioni da applicare in caso di violazione delle disposizioni nazionali adottate a norma della presente direttiva e ne garantiscano l’attuazione. Benché la scelta delle sanzioni sia lasciata alla discrezionalità degli Stati membri, le sanzioni previste dovrebbero essere efficaci, proporzionate e dissuasive>>.

⁶⁰⁸ L’art. 38, co. 1 infatti prevede che : <<Gli Stati membri stabiliscono le norme riguardanti le sanzioni applicabili alle violazioni delle disposizioni di diritto interno adottate sulla base della presente direttiva e adottano tutte le misure necessarie per garantirne l’applicazione. Tali sanzioni sono efficaci, proporzionate e dissuasive>>.

⁶⁰⁹ Secondo quanto ci riferisce R. MONTINARO, *Il sovraindebitamento del consumatore: diligenza nell’accesso al credito ed obblighi del finanziatore*, cit., p. 781 ss.

⁶¹⁰ L’art. 28 stabilisce: <<Gli Stati membri adottano misure per incoraggiare i creditori ad esercitare un ragionevole grado di tolleranza prima di dare avvio a procedure di escussione della garanzia>>.

⁶¹¹ Il Considerando 27 infatti afferma: <<Considerate le conseguenze significative di un pignoramento per creditori, consumatori e, potenzialmente, per la stabilità finanziaria, è opportuno che i creditori siano incoraggiati ad affrontare in maniera proattiva il rischio di credito emergente in una fase precoce e che si disponga delle misure necessarie affinché i creditori esercitino un ragionevole grado di tolleranza e compiano ragionevoli sforzi per risolvere la situazione con altri strumenti, prima di dare avvio a procedure di pignoramento>>.

interessi compensativi, nella rinegoziazione delle condizioni di finanziamento in modo da adeguare le condizioni contrattuali all'effettiva capacità di rimborso del consumatore⁶¹².

Infine, la Direttiva afferma al Considerando 27 che: <<E' opportuno che i creditori siano incoraggiati ad affrontare in maniera proattiva il rischio di credito emergente in una fase precoce>>.

Tale comportamento è caratterizzato da un atteggiamento attento e corretto del creditore, che si protrae nel tempo ed è volto ad osservare costantemente la situazione economica del consumatore, così da completare la valutazione sul merito creditizio.

In tali situazioni il finanziatore, infatti, può richiedere tempestivamente l'immediata prestazione, nel caso di deterioramento delle condizioni patrimoniali, o stabilire col consumatore una strategia comune, volta al superamento delle sue difficoltà economiche e a favorire il rimborso del credito.

Tale comportamento ha risvolti positivi per il consumatore, naturalmente nel momento in cui è accompagnato da un comportamento di reciproca correttezza del debitore che mette il finanziatore a conoscenza delle eventuali prospettive di deterioramento o meno del suo patrimonio.

5. *Il recepimento della Direttiva 2014/17/UE in Italia*

Il 21 aprile 2016 è stata recepita la Direttiva 2014/17/UE attraverso il decreto legislativo n. 72 (entrato in vigore il 4 giugno) che ha introdotto al Titolo VI del T.U.B, intitolato *“Trasparenza delle condizioni contrattuali e dei rapporti con i clienti”*, il nuovo Capo I-bis dedicato al *“Credito immobiliare ai*

⁶¹² Secondo quanto emerge in E. PELLECCIA, *La Direttiva 2014/17/UE sui contratti di credito ai consumatori relativi ai beni immobili residenziali*, cit., p. 206 ss.

consumatori” e ha modificato gli artt. 115 e 112 T.U.B. ed i Titoli VI-*bis* (“*Agenti di attività finanziaria e mediatori*”) e VIII (“*Altre sanzioni*”) di esso .

I contratti di credito presi in considerazione dalla normativa di recepimento sono definiti dal neo introdotto art. 120-*quinquies* come quei contratti di credito con cui un finanziatore concede o si impegna a concedere a un consumatore un credito sotto forma di dilazione di pagamento, di prestito o di altra facilitazione finanziaria, quando il credito e' garantito da un'ipoteca sul diritto di proprietà' o su altro diritto reale avente a oggetto beni immobili residenziali o e' finalizzato all'acquisto o alla conservazione del diritto di proprietà' su un terreno o su un immobile edificato o progettato.

Il nuovo Capo I *bis* inserito nel TUB finalmente fornisce una chiara regolamentazione in merito ai contratti di credito per l'acquisto di immobili residenziali⁶¹³ al fine di assicurare un'adeguata protezione dei consumatori che intendono stipulare tali contratti, in considerazione dell'impegno finanziario assunto e dei rischi connessi.

Esso prevede una disciplina più incisiva soprattutto in merito al comportamento del finanziatore e dell'intermediario finanziario, i quali “*Si comportano con diligenza, correttezza, trasparenza tenendo conto degli interessi dei consumatori*” (in tal senso l'art. 120-*septies*) al fine di erogare un credito più responsabile.

Tuttavia, nulla aggiunge il decreto legislativo, come del resto neppure la Direttiva 2014/17/UE, in merito alle rispettive responsabilità del finanziatore e del consumatore soprattutto nel caso di mancato rispetto dei rispettivi obblighi informativi, quali le informazioni del finanziatore da

⁶¹³ Prima di questo recente decreto legislativo, infatti, la disciplina dei contratti di credito per l'acquisto di beni immobili residenziali era in parte regolamentata dai d.lgs. n. 141/2010 e n. 218/2010 (nella materia degli obblighi di trasparenza) e in parte attraverso alcuni articoli del T.U.B. quali l'art. 120-*ter*, in merito all'estinzione anticipata di mutui immobiliari o l'art. 120-*quater*, in riferimento alla nullità di clausole o patti con cui si convenga una qualsivoglia prestazione, per il caso di estinzione anticipata ed alla surrogazione nei contratti di finanziamento. In merito v. R. MONTINARO, *Il sovraindebitamento del consumatore: diligenza nell'accesso al credito ed obblighi del finanziatore*, cit., p. 781 ss.

erogare in sede pubblicitaria e precontrattuale e la valutazione del merito creditizio, e le informazioni fornite dal consumatore al finanziatore sulla sua capacità di rimborso e condizione economica e finanziaria.

In merito a tali questioni pertanto non possiamo che rimandare alle riflessioni svolte nei paragrafi precedenti, § 4.1.3. e 4.2.1., sulla base dei primi commenti dottrinari inerenti alla responsabilità del finanziatore e del consumatore alla luce della Direttiva 2014/17/UE, essendo i testi legislativi alquanto simili.

5.1. *Pubblicità ed obblighi precontrattuali*

La disciplina del *responsible borrowing* nel decreto legislativo n. 72/2016 si articola attraverso la disciplina delle informazioni pubblicitarie (art. 120-*octies*), degli obblighi precontrattuali (art. 120-*novies*) e dei servizi di consulenza (120-*terdecies*).

Per quanto riguarda le informazioni pubblicitarie, il contenuto dell'art. 120-*octies* non si distanzia minimamente dal contenuto degli artt. 11 e 12 presenti nella Direttiva 2014/17/UE, con l'aggiunta della specificazione che esse devono essere fornite "*in forma corretta, chiara e non ingannevole*" e non devono contenere formulazioni che possono indurre nel consumatore false aspettative.

Per il resto, come la Direttiva, gli articoli indicati stabiliscono che qualora tali informazioni contengano il tasso d'interesse o qualunque altro dato numero devono riportare i contenuti base del contratto e devono essere accompagnate da un esempio rappresentativo.

In merito alla disciplina degli obblighi precontrattuali (art. 120-*novies*) il legislatore domestico ha recepito la previsione di un duplice tipo di informazioni, introdotte con la Direttiva 2014/17/UE, quelle generali (art.13 Direttiva) e personalizzate (art. 14 Direttiva)

Per quanto riguarda le informazioni generali, il d.lgs. non riporta testualmente il disposto della Direttiva, tuttavia, stabilisce che tali informazioni debbano essere “*chiare e comprensibili*” e offerte su supporto cartaceo o altro supporto durevole.

Inoltre, esse dovranno essere accompagnate dell’avvertimento che il credito non verrà erogato se la valutazione del merito creditizio non può essere effettuata a causa della scelta del consumatore di non fornire informazioni o gli elementi di verifica necessari e che in merito a questo verrà anche consultata la banca dati pertinente.

Inoltre, l’art. 120-*novies* prevede che il consumatore verrà informato del fatto che potrà usufruire dei servizi di consulenza di cui all’art. 120-*terdecies*.

In merito alle informazioni personalizzate, invece, sono state recepite le indicazioni previste dall’14 della Direttiva.

Esse, infatti, sono fornite attraverso l’erogazione del PIES (“*Prospetto informativo europeo standardizzato*”), su supporto cartaceo o altro supporto durevole, che è consegnato tempestivamente al consumatore, dopo che abbia fornito informazioni circa le sue esigenze, la sua situazione finanziaria e le sue preferenze.

Esso può essere accompagnato da un documento distinto recante le informazioni aggiuntive che possono essere richieste dal consumatore e da chiarimenti adeguati forniti dal finanziatore o dall’intermediario.

Inoltre, è concesso al consumatore – in ragione dell’elevato impegno economico che la sottoscrizione di un contratto di finanziamento finalizzato ad un acquisto immobiliare comporta - un periodo di riflessione di almeno sette giorni prima della conclusione del contratto, durante il quale egli può confrontare le diverse offerte di credito sul mercato, valutare le implicazioni e prendere una decisione consapevole.

Inoltre, con il citato decreto è stato previsto un apposito servizio di consulenza (120-*terdecies*) fornito dai finanziatori e dagli intermediari del credito e separato rispetto all’attività di concessione del credito.

Tale servizio si sostanzia in raccomandazioni personalizzate fornite al consumatore ed è connesso ad una serie di obblighi a carico del finanziatore o intermediario del credito, quali quello di agire nel migliore interesse del consumatore, di acquisire informazioni aggiornate sulla sua situazione personale e finanziaria, di fornire al consumatore una raccomandazione personalizzata in merito al contratto di credito che sia adeguata rispetto ai suoi bisogni e della sua situazione personale e finanziaria (tenendo conto anche dei possibili rischi e della durata del contratto).

5.2. *La valutazione del merito creditizio nel d.lgs. n. 72/2016*

In merito alla valutazione del merito creditizio è stata recepita (all'art. 120-undicies) in gran parte la disciplina presente nella Direttiva 2014/17/UE di rilevante importanza per il mercato del credito per l'acquisto di tali beni, dal momento che in passato i creditori non erano incentivati ad effettuare valutazioni approfondite sull'idoneità o il merito del credito, e basavano la valutazione sulla conclusione o meno del contratto in prevalenza sul valore della garanzia fornita (l'immobile ipotecato), e dall'altra parte i consumatori tendevano a sopravvalutare talvolta i propri redditi per ottenere il prestito. Pur essendo l'introduzione di tale disposizione di rilevante importanza, essa appare piuttosto scarna, in quanto rimette alle disposizioni della Banca d'Italia la disciplina delle regole inerenti al processo di tale valutazione. Si tratta comunque di una valutazione che si fonda, come è emerso anche negli altri testi legislativi, su informazioni riguardanti la situazione economica e finanziaria del consumatore, fornite dal consumatore stesso o dalla banca dati pertinente.

Inoltre l'art. 120-undicies non prevede alcuna sanzione nel caso in cui tale valutazione non venga svolta o venga svolta scorrettamente, o abbia esito negativo ma il credito venga comunque erogato, bensì stabilisce solo che in

caso di errata o incompleta erogazione di informazioni fornite dal consumatore al professionista sulla sua situazione economica e finanziaria, il finanziatore non può risolvere il contratto, salvo il caso in cui il consumatore abbia volutamente omesso tali informazioni.

5.3. *La Direttiva 2014/17/UE e il relativo d.lgs. n. 72/2016: una efficace prevenzione al sovraindebitamento?*

Dopo aver analizzato la disciplina del *responsible borrowing* e del *responsible lending* presenti rispettivamente nella Direttiva 2014/17/EU e nel d.lgs. di recepimento, n. 72/2016, è opportuno chiedersi se tale disciplina sia riuscita a delineare un meccanismo efficiente per l'acquisto di beni che per il loro ingente valore e per la grande importanza che rivestono all'interno dei nuclei familiari non possono non influire sul sovraindebitamento delle famiglie.

Per quanto riguarda la disciplina del *responsible borrowing* è previsto un sistema di erogazione d'informazioni più efficiente, rispetto a quello previsto nella Direttiva di contratti di credito ai consumatori, 2008/48/CE⁶¹⁴ e nel decreto legislativo di recepimento n. 140/2011, in quanto viene previsto in sede precontrattuale l'utilizzo di moduli personalizzati sulle preferenze del singolo cliente, che in teoria dovrebbero facilitare maggiormente il consumatore nel prendere una scelta più consapevole ed efficiente.

Per quanto riguarda, invece, la disciplina del *responsible lending* è previsto un legame tra la valutazione del merito creditizio e l'erogazione del finanziamento, in modo da vincolare in qualche modo il finanziatore nella scelta di concedere o meno il finanziamento⁶¹⁵.

⁶¹⁴ In merito v. *supra* § 2.1. Cap. III

⁶¹⁵ A differenza di com'era stato previsto nella precedente Direttiva : v. *supra* § 2.2. Cap. III.

Tuttavia, al di là di queste modifiche, sicuramente positive per l'intera disciplina dei contratti di credito, vi è ancora una certa cautela del legislatore europeo e di quello italiano nel pronunciarsi in merito alla responsabilità sia del consumatore che del professionista e nel prevedere le relative sanzioni in merito a tali comportamenti.

La scelta prudente del legislatore, come abbiamo detto in precedenza nel parlare della Direttiva 2008/48/CE e della legge di recepimento italiana è collegata in parte alla delicatezza della materia.

Se da un lato, infatti, si caricasse di eccessivi oneri la figura del finanziatore, si potrebbe incrementare, come immediato effetto, la diffidenza dei finanziatori nel concedere il credito, cosa che danneggerebbe il mercato del credito.

Inoltre, ciò comporterebbe anche una noncuranza degli stessi consumatori nell'accedere ai finanziamenti, in quanto non sarebbero incoraggiati alla stipulazione responsabile di tali contratti.

Se dall'altro si caricasse, invece, di eccessivi oneri il consumatore, questo comporterebbe una disciplina esageratamente severa per il consumatore, il quale è il soggetto debole del rapporto obbligatorio.

Diversamente, il professionista sarebbe esageratamente tutelato, tanto che potrebbe erogare tali finanziamenti mettendo in primo piano solo i propri interessi economici.

Tuttavia, chiarite le difficoltà che hanno portato sia il legislatore europeo, che quello domestico ad un'eccessiva cautela in merito alla disciplina delle responsabilità delle parti all'interno dei contratti di credito, ci auguriamo che il legislatore italiano possa prendere una più chiara posizione in futuro.

Bisogna dire comunque che, come si è cercato di evidenziare numerose volte lungo questo capitolo, gli strumenti interpretativi propri del nostro diritto interno coordinati con le norme europee già consentono di prospettare, seguendo come principio guida il principio di buona fede nella fase delle trattative e nella conclusione del contratto, alcune possibilità di tutela per il consumatore.

Tuttavia, riteniamo che, qualora il legislatore decida di pronunciarsi sulla responsabilità sia del finanziatore, che del consumatore, ciò potrebbe avere risvolti, in ogni caso, positivi anche sugli strumenti di tutela successiva, ma necessariamente correlata, al sovraindebitamento del consumatore, previsti dalla legge n. 3 del 2012.

Anche all'interno della disciplina del sovraindebitamento dettata dalla legge n. 3 del 2012 vi è stata (come si è posto in luce nel secondo capitolo di questa trattazione) una certa "timidezza"⁶¹⁶ del legislatore a pronunciarsi in merito all'eventuale responsabilità del finanziatore nel momento in cui viene erogato un finanziamento *immeritevole* (timidezza forse in parte dovuta al fatto che nella disciplina preventiva del sovraindebitamento non è stata ancora espressamente affermata una sua responsabilità).

Infatti, nella disciplina del piano del consumatore, all'interno del giudizio di meritevolezza, si considera soltanto il comportamento pregresso del consumatore.

Nel caso di assunzione negligente e irragionevole delle obbligazioni da parte del consumatore, egli verrà considerato *non meritevole*, in sede di giudizio di omologazione, di accedere alla disciplina premiale del piano del consumatore e di conseguenza all'automatica esdebitazione dei debiti insoddisfatti.

Solo in caso di assunzione diligente e proporzionale delle obbligazioni che, tuttavia, per motivi o eventi imprevedibili ed inevitabili, non riescono ad essere soddisfatte dal consumatore, questi potrà essere ritenuto meritevole di accedere al procedimento del piano del consumatore e alle relative conseguenze esdebitatorie.

Non viene, invece, contemplata espressamente alcuna ipotesi in cui la condizione di sovraindebitamento sia legata ad un comportamento colposo del professionista o ad un concorso di colpa tra professionista e consumatore.

⁶¹⁶ G. FALCONE, *Il trattamento normativo del sovraindebitamento del consumatore*, in A. BENOCCI et al. (a cura di), *Studi per Franco Belli*, cit, p. 647 s.

Tuttavia tale ipotesi, a nostro avviso, dovrebbe essere tenuta in considerazione, in quanto non sembra possibile, né logico non tenere in conto anche la responsabilità del finanziatore nel concedere il credito con leggerezza ed escludere, pertanto, l'impatto che il fenomeno dell' *irresponsible lending* abbia sul fenomeno del sovraindebitamento.

Si auspica quindi che, si tenga conto fin da ora, in sede di valutazione della meritevolezza del consumatore, se il suo stato di sovraindebitamento sia stato indotto, in tutto o in parte, da informazioni inadeguate o da una avventata concessione del credito.

6. Prospettive comparatistiche al problema del sovraindebitamento: l'approccio degli Stati Uniti

Al termine dell'analisi eseguita in merito alla disciplina sia preventiva che successiva del sovraindebitamento nell'ordinamento italiano, ci sembra interessante comparare, seppur in maniera sintetica, tale disciplina con quella della *business bankruptcy law*, presente negli Stati Uniti, che ha anticipato di due secoli rispetto a noi la disciplina dei rimedi al sovraindebitamento del debitore civile.

Negli Stati Uniti, infatti, il fallimento del debitore civile e l'istituto del *discharge* (liberazione dai debiti pregressi) è stato disciplinato già fin dai primi anni del 1800, con quattro principali atti, l'ultimo dei quali è stato introdotto di recente : il *Bankruptcy Act* del 1800, il *Bankruptcy Act* del 1841, il *Bankruptcy Reform Act* del 1978 e il *Bankruptcy Abuse prevention and Consumer protection Act* del 2005.

In sintesi, la disciplina americana è caratterizzata, quasi fin da subito, da un'unica procedura di fallimento, a cui possono accedere sia l'imprenditore, che il debitore civile (in quanto secondo la logica americana tutti sono

potenziali imprenditori) e dall'istituto del *discharge*, dapprima concesso solo in relazione alla posizione dell'imprenditore commerciale e poi esteso anche al debitore civile.

Il primo atto, ovvero il *Bankruptcy Act* del 1800, richiama la nostra procedura fallimentare, in quanto consisteva in una *collective procedure* che poteva essere attivata solo su iniziativa dei creditori e riservata solamente al *merchant*⁶¹⁷ che versasse in stato di bancarotta, e non anche al debitore civile.

Caratteristica di tale procedura fallimentare era l'assenza di una dimensione premiale per il debitore, il quale, oltre a non poter iniziare la procedura, poteva ottenere un *discharge*⁶¹⁸ non automaticamente al termine della procedura fallimentare, bensì solo dopo l'emissione di un *certificate* del *district judge* che gli veniva rilasciato se sussisteva il consenso di due terzi dei creditori.

Successivamente, con la crisi finanziaria del 1837, che aveva portato alla *bankruptcy* anche di numerose famiglie, la disciplina fallimentare prese una piega notevolmente diversa con il secondo *Bankruptcy Act* del 1841 (modificato successivamente nel 1867 e 1898).

Tale legge, per attenuare il problema dell'indebitamento dei *consumers*, estese la *collective procedure* anche al debitore civile ed introdusse per la prima volta l'istituto del *voluntary bankruptcy*, il quale stabiliva che il fallimento potesse essere richiesto anche su iniziativa del debitore.

La legge, inoltre, mantenne in vigore l'istituto dell' *involuntary bankruptcy* a cui accedeva forzatamente solo il *merchant*.

⁶¹⁷ Tale legge federale prevedeva infatti che la procedura di fallimento potesse essere applicata solo al *merchant* o ai *traders* e non invece ai privati, non impiegati in attività commerciali o ai lavoratori dipendenti. Questa grande limitazione è stata una delle principali ragioni che hanno portato poco dopo a successive modifiche, in quanto ci si è presto resi conto che ciò era in netto contrasto con il *Bill of Right* e il principio della parità dei cittadini di fronte alla legge. In merito v. D. CERINI, *Sovraindebitamento e consumer bankruptcy: tra punizione e perdono*, cit., p. 301 s.

⁶¹⁸ Tale istituto trae origine, negli USA, dalla legge inglese del 1705, denominata *Statute of Anne, ch 17* in merito v. D. CERINI, *Sovraindebitamento e consumer bankruptcy: tra punizione e perdono*, cit., p. 266 ss.

L'istituto del *discharge* invece continuò ad essere condizionato dalla delibera positiva di almeno due terzi dei creditori; tuttavia l'emanazione del *certificate* non venne più riservata alla *districts courts*, ma venne permessa anche in sede di udienza, davanti ai creditori.

Successivamente, con l'avvento del nuovo secolo, iniziò una vera e propria rivoluzione culturale ed economica che portò nel 1978 all'emanazione del *Bankruptcy Reform Act*.

Tale rivoluzione, che ebbe il suo apice nella seconda metà del XX secolo, fu caratterizzata dall'idea che, per favorire una maggiore ricchezza e democratizzazione del credito, dovesse essere concesso credito dalle banche con maggiore elasticità, così da permettere anche alle persone con meno *cash* di acquistare beni elitari e godere di una migliore qualità di vita, rispetto a quella permessa dalle loro scarse disponibilità economiche⁶¹⁹.

Nella seconda metà del secondo secolo pertanto le *big companies* iniziarono ad erogare credito senza alcuna attenzione al rischio-cliente, causando più che l'aumento di ricchezza, l'incremento vertiginoso delle procedure di *individual defaults*.

Di fronte a tale scenario, venne pertanto introdotto, con la legge del 1978, il *Bankruptcy Code* nel *US Code* che riformò radicalmente il sistema fallimentare presente fino a quel momento.

Tale legge, per debellare il problema del fallimento del debitore civile, introdusse una procedura *pro-debtor oriented* i cui punti principali sono racchiusi rispettivamente nel *Chapter 7*, intitolato "*straight discharge*"⁶²⁰ e nel *Chapter 13*, noto come "*Rehabilitation Chapter*"⁶²¹.

⁶¹⁹ L'obiettivo era quello di garantire una *freedom opportunity* a tutti, distribuendo poi su tutta la collettività il rischio che alcune iniziative private potessero fallire. In merito v. A. FABBRI, *Sovraindebitamento, consumer bankruptcy, discrezionalità del giudice civile*, in BRUNO CAPPONI et. al. (a cura di), *Il processo esecutivo liber amicorum Romano Vaccarella*, cit., p. 1096 s.

⁶²⁰ Il quale, tra le altre cose, inizialmente non si poteva applicare nemmeno a tutti i creditori, bensì solo a quelli non titolari di garanzie (*secured creditors*), secondo quanto emerge in D. CERINI, *Sovraindebitamento e consumer bankruptcy: tra punizione e perdono*, cit., p. 308 s.

⁶²¹ Il primo procedimento, previsto nel *Chapter 7* era a vocazione liquidatoria ed era la forma storicamente più utilizzata dal *consumer bankruptcy* in quanto non c'erano molte limitazioni per accedervi e permetteva di ottenere immediatamente l'esdebitazione dei beni insoddisfatti, il secondo procedimento, invece, previsto nel *Chapter 13* si basava sugli

Nel *Chapter 7* venne introdotto⁶²² un *fresh start* immediato, detto anche *automatic* o *unconditional discharge*, che premiava indiscriminatamente i debitori con una liberazione dei debiti pre-fallimentari, che vennero qualificati come *void*⁶²³.

Unica condizione per ottenere l'esdebitazione era solamente l'attribuzione di eventuali *assets* del fallito ad un *trustee*, incaricato della fase di *liquidation* e successiva distribuzione del ricavato ai creditori.

Tuttavia, la maggior parte delle volte, il debitore sovraindebitato non aveva più alcun bene aggredibile dai creditori, per ciò in poco tempo otteneva l'esdebitazione incondizionata e si reinscriveva nel mercato⁶²⁴.

Nel *Chapter 13* venne invece stabilito un procedimento a cui poteva alternativamente accedere il consumatore sovraindebitato, qualora lo preferisse.

Tale procedimento era denominato *wage-earner plan* o *rehabilitation system*, che prevedeva un'esdebitazione posticipata nel tempo, da un minimo di tre ad un massimo di cinque anni, periodo durante il quale i creditori potevano soddisfarsi sull'*income* (reddito) del fallito.

L'introduzione di tale legge, tuttavia, pur mirando a diminuire il fenomeno del sovraindebitamento, in effetti, lo aumentò, in quanto l'istituto del *discharge* automatico incrementò soltanto comportamenti irresponsabili del consumatore.

individual repayments ed era notoriamente meno utilizzato nella pratica. In merito v. A. FABBRIO, *Sovraindebitamento, consumer bankruptcy, discrezionalità del giudice civile*, in BRUNO CAPPONI et. al. (a cura di), *Il processo esecutivo liber amicorum Romano Vaccarella*, cit., p. 1097 s.

⁶²² Prima di questa riforma, era già stata introdotta una novità con gli emendamenti contenuti nel *Bankruptcy Act Amendments* del 1970, in cui viene istituita la *injunctive discharge*, strumento previsto dalla Corte Suprema nella sentenza *Local Loan Co. Hunt*, volto a bloccare le azioni contro il fallito. In tale occasione la Corte affermò che l'esdebitazione: <<Gives to the honest but unfortunate debtor a new opportunity in life and a clear field for the future effort, unhampered by the pressure and discouragement of the pre-existing debt>>. In merito v. D. CERINI, *Sovraindebitamento e consumer bankruptcy: tra punizione e perdono*, cit., p. 309 s.

⁶²³ Tale procedura di esdebitazione automatica era in linea con la logica che il default fosse un evento fisiologico nell'esistenza di ciascun soggetto economico, sia o no imprenditore, perciò non conciliabile con una logica sanzionatoria o punitiva, secondo quanto emerge in L. MODICA, *Profili giuridici del sovraindebitamento*, cit., p. 318 s.

⁶²⁴ E, pertanto, poteva ottenere facilmente ed immeritevolmente il *fresh start*. In merito v. A. CASTAGNOLA, *La liberazione del debitore (discharge) nel diritto fallimentare statunitense*, Giuffrè, Milano, 1993.

Nel 2005, ebbe luogo un sostanziale mutamento nella concezione etica del credito, rappresentato da quella che è stata definita “la più significativa riforma federale in materia di consumer bankruptcy”⁶²⁵, indetta dal Congresso di Washington.

Tale riforma del diritto fallimentare, denominata “*Bankruptcy Abuse prevention and Consumer protection Act*” del 2005 (c.d. BAPCPA), da un lato, stabilì un percorso più oneroso per il debitore per accedere al processo di esdebitazione, dall’altro, introdusse per la prima volta delle misure preventive, volte ad evitare ricadute del debitore ed a responsabilizzare i creditori.

In merito alla disciplina dell’esdebitazione, nel procedimento previsto dal *Chapter 7* fu introdotto all’art. 707, come requisito per accedervi la valutazione da parte della *Bankruptcy Court* del *means test*, ovvero di un giudizio prognostico, elaborato attraverso calcoli matematici, che concerneva le future possibilità del fallito di produrre reddito.

In tale giudizio la Corte era tenuta a valutare preventivamente le entrate mensili del richiedente, confrontandole col reddito medio nella zona considerata e sottraendo da queste certe voci di spesa, così da comprendere se il debitore sarebbe stato in grado per il futuro di risparmiare agevolmente e pagare i propri debiti, senza usufruire della procedura di esdebitazione⁶²⁶.

Qualora da tale valutazione fosse emerso che l’aspettativa del reddito futuro del consumatore, commisurata alle esigenze di sostentamento, non soddisfacesse determinati parametri economici, si sarebbe consentito al debitore l’accesso alla procedura di cui al *Chapter 7*. In merito invece al procedimento previsto nel *Chapter 13*, esso subì interventi di poco conto, tra

⁶²⁵ D. CERINI, *Sovraindebitamento e consumer bankruptcy: tra punizione e perdono*, cit. p. 296 s.

⁶²⁶ In merito v. A. FABBRI, *Sovraindebitamento, consumer bankruptcy, discrezionalità del giudice civile*, in BRUNO CAPPONI et. al. (a cura di), *Il processo esecutivo liber amcorum: Romano Vaccarella*, cit., p. 1099 s.

cui quello di valutare la “*good faith*” del debitore all’atto del deposito della domanda per accedere al procedimento⁶²⁷.

Per quanto riguarda la seconda novità introdotta con la citata legge, essa consisteva nell’imposizione al fallito di sottoporsi ad un *integrated counselling*⁶²⁸, ossia a sedute d’informazione economiche, simili all’istituto dell’educazione finanziaria, presente ormai nel nostro ordinamento⁶²⁹ e in altre normative europee.

Tale istituto fu tuttavia disciplinato in maniera alquanto scarna in quanto la legge non precisava quali società o enti avrebbero dovuto offrire tale formazione, né se fosse possibile fruire di un supporto di *integrated counselling* pre-fallimentare.

Inoltre, sempre con la legge del 2005, venne richiesta una maggiore responsabilizzazione dei professionisti legali, i quali erano tenuti ad una certificazione di conformità della procedura richiesta rispetto alla reale situazione economica del debitore (che presentava delle similitudini con le analisi che fanno gli organismi di composizione della crisi nelle procedure di sovraindebitamento).

Infine, con la riforma fu previsto un incentivo implicito all’accordo dei creditori col fallito consistente nel fatto che il creditore che non avesse accettato una proposta di pagamento stragiudiziale senza un ragionevole motivo, sarebbe stato penalizzato in sede di distribuzione dell’eventuale attivo in sede giudiziale.

⁶²⁷ A. FABBRI, *Sovraindebitamento, consumer bankruptcy, discrezionalità del giudice civile*, in BRUNO CAPPONI et. al. (a cura di), *Il processo esecutivo liber amcorum: Romano Vaccarella*, cit., p. 1099 s.

⁶²⁸ In merito a questi istituti o agenzie che erogano consulenze ai consumatori o alle famiglie in materia economica finanziaria E. PELLECCCHIA afferma che solitamente negli Stati Uniti sono supportate economicamente da compensi erogati dai creditori. Ciò comporta che difficilmente tali agenzie erogano informazioni in maniera totalmente imparziale rispetto agli interessi dei creditori, secondo quanto emerge in E. PELLECCCHIA, *Dall’insolvenza al sovraindebitamento. Interesse del debitore alla liberazione e ristrutturazione dei debiti*, cit., p. 147 s.

⁶²⁹ Per un approfondimento sull’ “*educazione finanziaria*” in Italia v. *supra* § 3.1.1. Cap. III.

Conclusioni

Al termine dell'analisi compiuta con questo lavoro, emerge un quadro di luci ed ombre.

La disciplina del sovraindebitamento del consumatore (introdotta con la l. n. 3/2012) ha costituito una significativa innovazione, ha abbattuto barriere secolari tra la condizione del debitore commerciale e quella del debitore civile, ha proiettato quest'ultimo verso il reinserimento nella società attiva liberato dai debiti preesistenti e si propone di risolvere i problemi che un accesso eccessivo al credito aveva creato nell'ambito delle famiglie.

Tuttavia, una tecnica legislativa non sempre coerente ha dato adito a corposi dubbi interpretativi e di fatto la disciplina risulta ancora poco utilizzata rispetto alle aspettative.

Al momento, non risultano ancora raggiunti pienamente gli obiettivi sperati dal legislatore, di favorire un reinserimento sociale ed economico del consumatore che si sia sovraindebitato senza alcuna colpa e di creare un meccanismo di deterrenza di atteggiamenti di sovraindebitamento colpevole.

Uno dei limiti della disciplina può essere individuato nel non aver preso in considerazione, neppure all'interno del giudizio-filtro di meritevolezza, il cui superamento consente al consumatore l'accesso al piano del consumatore ed alla procedura esdebitativa, tra le possibili cause del sovraindebitamento del consumatore un eventuale atteggiamento poco responsabile del finanziatore nell'atto di erogazione del credito, laddove l'atteggiamento di *irresponsible lending* influisce notevolmente sul fenomeno del sovraindebitamento e non può essere per ciò pretermesso.

Al contempo, la normativa europea va avanti, e con essa si rafforzano gli strumenti di tutela preventiva al sovraindebitamento, che passano attraverso un'informazione più accurata e la creazione di una diversa cultura di accesso responsabile all'acquisto di beni di consumo o immobiliari.

Tuttavia anche nella disciplina preventiva al sovraindebitamento emergono una serie di lacune, soprattutto in merito alla mancata presa di posizione del legislatore sia europeo, che interno in merito alle rispettive responsabilità del finanziatore o del consumatore di fronte ad una erogazione o assunzione del credito irresponsabile.

Tuttavia, la soluzione dei problemi che la nuova normativa pone al momento può essere colmata attraverso la valorizzazione, in sede interpretativa, delle norme già esistenti a tutela del consumatore, e della clausola generale di buona fede.

Si auspica che in seguito il legislatore interno colga l'occasione per disciplinare meglio i profili di responsabilità di entrambe le parti all'interno dei contratti di credito e che d'altra parte metta in luce, all'interno del giudizio di meritevolezza, anche il peso dell' *irresponsible lending* sul fenomeno del sovraindebitamento, creando un raccordo più efficiente tra la disciplina dei contratti di credito e quella del sovraindebitamento del consumatore, dal momento che il superamento del fenomeno, sociale ed economico, prima che giuridico, del sovraindebitamento del consumatore, passa attraverso una stretta interazione tra gli strumenti di tutela preventiva e successiva.

Bibliografia

Riferimenti dottrinali

ALLENA M., AMBROSINI S., BONFATTI S., CASTIELLO D'ANTONIO A., FALCONE G., FRASCAROLI SANTI E., MEO G., *Le altre procedure concorsuali*, vol. IV, Torino, 2014.

ALLEGRI V., CALVOSA L., D'ALESSANDRO F., DE ANGELIS L., FORTUNATO S., GRIPPO G., MAFFEI ALBERTI A., MANGINI V., PARTESOTTI G., PIRAS A., SCOGNAMIGLIO G., VOLPE PUTZOLU G., ZANARONE G., *Diritto Commerciale*, Milano, 2010.

ALPA G. (a cura di), *I contratti del consumatore*, Milano, 2014.

ARCURI I., BOSTICCO P., *Il piano di risanamento attestato e il nuovo sovraindebitamento*, Milano, 2014.

ARNESE, A. *Usura e modus. Il problema del sovraindebitamento dal mondo antico all'attualità*, Bari, 2013.

BALESTRA L., *Annullamento e risoluzione dell'accordo nella composizione della crisi da sovraindebitamento*, in *Riv. Trim. dir. proc. civ.*, fasc. 2, 2013, p. 593 ss.

BATTAGLIA R., *I nuovi procedimenti di composizione della crisi da sovraindebitamento dopo il maquillage della L. n. 3/2012*, in *Il fallimento*, n. 12/2013, p. 1433 ss.

BATTAGLIA R., *La composizione della crisi da sovraindebitamento del debitore non fallibile: alcuni profili problematici*, in *Diritto Fallimentare e delle società commerciali*, Fasc. ³/₄, vol. 87, Padova, 2012, p. 423 ss.

BENOCCI A., BROZZETTI A., CORVESE C.G., GRECO G.L., MAZZINI F., NIGRO A., SALERNO M. E., SANTORO V., *Studi per Franco Belli*, Pisa, 2014.

M. BESSONE (a cura di), *Istituzioni di Diritto Privato*, Giappichelli, Torino, 2010.

BIANCA, C. M., *Diritto civile*, vol. 3, Milano, 2000.

BIANCA C.M., *L'inadempimento delle obbligazioni*, Bologna, 1979.

BONFATTI S., FALCONE G., *Le procedure di composizione negoziale della crisi da sovraindebitamento*, Milano, 2014.

BONFATTI S., FALCONE G., *Soluzioni negoziali e istituti preconcursuali nella gestione della crisi*, Milano, 2013.

BRESCIA G., COLDIERO F., DAMIANI S., GIOIA G., *La composizione della crisi da sovraindebitamento*, Santarcangelo di Romagna, 2013.

CAMPOBASSO G.F., *Manuale di diritto commerciale*, CAMPOBASSO M. (a cura di), Milano, 2010.

CAPPONI B., SASSANI B., STORTO A., TISCINI R., *Il processo esecutivo, liber amicorum Romano Vaccarella*, Milano, 2014.

CARRATTA A., *La semplificazione dei riti e le nuove modifiche del processo civile*, Torino, 2012.

CASTAGNOLA A., *L'insolvenza del debitore civile nel sistema della responsabilità patrimoniale*, in *Analisi giuridica dell'economia*, 2004, p. 243 ss.

CASTAGNOLA A., *La liberazione del debitore (discharge) nel diritto fallimentare statunitense*, Milano, 1993.

CENDON P., PANCIBO' C., *Il risarcimento del danno al consumatore*, Milano, 2014.

CERINI D., *Sovraindebitamento e consumer bankruptcy: tra punizione e perdono*, Milano, 2012.

COSTA C., *Profili problematici della disciplina della composizione della crisi da sovraindebitamento*, in *Il diritto fallimentare e delle società commerciali*, n. 6-2014.

DE MATTEIS S., GRAZIANO N., *Crisi da sovraindebitamento, ovvero il fallimento del consumatore*, Milano 2015.

DELLI PRISCOLI L., *I presupposti per l'esdebitazione*, in *Treccani, Dir. Civ. e Imp. di Mercato*, 2012, p. 142.

DE CRISTOFARO G. (a cura di), *La nuova disciplina europea del credito al consumo. La direttiva 2008/48/CE relativa ai contratti di credito dei consumatori e il diritto italiano*, Torino, 2009.

DI MARZIO F., *Diritto negoziale e crisi della grande impresa*, in *www.ilfallimentarista.it*, 2012.

DI MARZIO F., MACARIO F., TERRANOVA G., *Composizione della crisi da sovraindebitamento, in vigore dal 29 febbraio 2012*, Milano, 2012.

DI MARZIO F., MACARIO F., TERRANOVA G., *La “nuova” composizione della crisi da sovraindebitamento, in vigore dal 19 dicembre 2012*, Milano, 2013.

DURELLO L., *Profili processuali del procedimento per la composizione della crisi da sovraindebitamento*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, fasc. 2, 2014, p. 651 ss.

FABIANI M., *La gestione del sovraindebitamento del debitore “Non fallibile” (D.L. 212/2011)*, doc. 278/2012, in *www.ilcaso.it*.

FALCONE G., *Il trattamento normativo del sovraindebitamento del consumatore*, in *Giur. Comm.*, fasc. 1, 2015, p. 132 ss.

FADDA R., *La tutela preventiva del diritto di credito*, Napoli, 2012.

FORCELLINI F., *Sovraindebitamento e statuto dell’ obbligazione pecuniaria*, in *Europa e dir. priv.*, fasc. 1, 2015, p.109 ss.

GALGANO F., *Il trattato di diritto civile*, vol. II, Padova, 2010.

GALGANO F., *Diritto privato*, Cedam, Padova, 2010.

GORGONI M., *Spigolature su luci (poche) ed ombre (molte) sulla nuova disciplina di contratto di credito ai consumatori*, in *Resp. civ. e prev.*, fasc.4, 2011, p. 0755B.

GUGLIELMUCCI L., *Diritto fallimentare*, F. PADOVINI (a cura di), Torino, 2014.

LAS CASAS A., *“Informazioni generali” e “informazioni personalizzate” nella nuova direttiva sui mutui ipotecari ai consumatori*, in *Persona e Mercato*, n. 1/2015, p. 251 ss.

LEOZAPPA A. M., *Il sovraindebitamento del debitore fallibile, delle società professionali e degli enti pubblici*, in *Giur. Comm.*, fasc. 3, 2015, p. 574 ss.

LO CASCIO G. (a cura di), *Codice commentato del fallimento*, Milano, 2015.

LO CASCIO G., *L'ennesima modifica alla legge sulla composizione della crisi da sovraindebitamento (L. 27 gennaio 2012 n. 3)*, in *Il Fallimento*, n. 7/2013.

LO CASCIO G., *Il rischio d'insolvenza nell'attuale concezione della Commissione europea*, in *Il Fallimento*, n.7/2014, p. 733 ss.

LOBUONO M, LORIZIO M., *Credito al consumo e sovraindebitamento del consumatore: scenari economici e profili giuridici*, Torino, 2007.

LUISO F. P., *Diritto Processuale Civile. Il processo esecutivo*, Vol. III, Milano, 2013.

MACARIO F., *Sovraindebitamento dei debitori "non fallibili"*, in *Treccani, Dir. Civ. Obblig. e Contr.*, 2013, p. 48-56.

MAFFEI ALBERTI A., GUERRIERI G., *Procedure concorsuali*, Padova, 2013.

MANDRIOLI C., *Diritto processuale civile. L'esecuzione forzata. I procedimenti sommari, cautelari e camerali*, CARRATTA A. (a cura di), vol. IV, Torino, 2016.

MANENTE D., *Gli strumenti di regolazione della crisi da sovraindebitamento dei debitori non fallibili, introduzione alla disciplina della L. 27 Gennaio 2012, N. 3, dopo il c.d. <<Decreto crescita-bis>>*, in *Il diritto fallimentare e delle società commerciali*, n.5/2013, p. 557 ss.

MAZZAMUTO S., *Il contratto di diritto europeo*, Torino, 2015.

MODICA L., *Tutela del sovraindebitamento incolpevole (L. 3/2012) o sanzione per omessa verifica del merito creditizio (art. 124 T.U.B.)? Il piano del consumatore in funzione punitiva*, in *Diritto Civile contemporaneo*, Anno 1/2014, n. II, www.dirittocivilecontemporaneo.com.

MODICA L., *Profili giuridici del sovraindebitamento*, Napoli, 2012.

MODICA L., *Il contratto di credito ai consumatori nella nuova disciplina comunitaria*, in *Europa e dir. priv.*, fasc. 3, 2009, p. 785 ss.

MONTINARO, R., *Il sovraindebitamento del consumatore: diligenza nell'accesso ai creditori ed obblighi del finanziatore*, in *Banca Borsa Titoli di Credito*, fasc. 6, 2015, p. 781 ss.

PAJARDI P., PALUCHOWSKI A., *Manuale di diritto fallimentare*, Milano, 2008.

- PANZANI L., *La composizione della crisi da sovraindebitamento dopo il D.L. 179/2012*, in *www.treccani.it*, 2013.
- PANZANI L., *Composizione delle crisi da sovraindebitamento*, in *Il nuovo diritto delle società*, n. 1/2012, p. 9 ss.
- PARENTE F., RUGGERI L., *Attività di liquidazione e tutela dei creditori*, Napoli, 2014.
- PELLECCHIA E., *La Direttiva 2014/17/UE sui contratti di credito ai consumatori relativi ai beni immobiliari residenziali*, in *Banca Borsa Titoli di Credito*, fasc. 2, 2016, p. 206 ss.
- PELLECCHIA E., *Primi provvedimenti sulle procedure di composizione della crisi da sovraindebitamento: in particolare, il piano del consumatore*, in *Banca Borsa tit. cred.*, fasc. 5, 2014, p. 543 ss.
- PELLECCHIA E., *Dall'insolvenza al sovraindebitamento. Interesse del debitore alla liberazione e ristrutturazione dei debiti*, Torino, 2012.
- RECINTO G., MEZZASOMA L., CHERTI S. (a cura di), *Diritti e tutele dei consumatori*, Napoli, 2014.
- RIZZO V., CATERINI E., DI NELLA L., MEZZASOMA L., *La tutela del consumatore nelle posizione di credito e di debito*, Napoli, 2010.
- ROJAS ELGUETA G., *L'esdebitazione del debitore civile: una rilettura del rapporto civil law-common law*, in *Banca Borsa tit. cred.*, fasc. 3, 2012, p. 310 ss.
- SACCO R., DE NOVA G., *Il Contratto*, Torino, 2004
- SAPONE N., *La responsabilità precontrattuale*, Milano, 2008
- SASSANO F., *Manuale pratico dell'esecuzione mobiliare e immobiliare*, San Marino, 2012.
- SOLDI A.M., *Manuale dell'esecuzione forzata*, Padova, 2014.
- Società italiana degli studiosi di Diritto Civile, *Benessere e regole dei rapporti civili, lo sviluppo oltre la crisi, atti del 9° Convegno Nazionale a Napoli in ricordo di Giovanni Gabrielli*, Napoli, 2015.
- TISCINI R., *I procedimenti di composizione della crisi da sovraindebitamento e liquidazione del patrimonio*, in *Riv. Proc. Civ.*, 2013, p. 649 ss.
- TORRENTE A., SCHLESINGER P., *Manuale di diritto privato*, Milano, 2013

TRIPODI E. M., BATTELLI E., *Codice del consumatore*, Milano, 2006.
VERDE F., *Il sovraindebitamento*, Bari, 2014.
VISINTINI G., *La reticenza nella formazione del contratto*, Padova, 1972.
ZATTI P., COLUSSI V., *Lineamenti di diritto privato*, Padova, 2009.

Riferimenti giurisprudenziali

Corte di giustizia UE sez. IV, 18 dicembre 2014, in C-449/13 , in <http://curia.europa.eu/>

Corte costituzionale, ordinanza 30 novembre 2007 n. 411 in www.iusexplorer.it

Corte costituzionale, sentenza 23 marzo 1970 n.43 in www.iusexplorer.it

T.A.R. Lazio, sentenza 4 novembre 2015, n. 12457, in www.giustiziaamministrativa.it

Corte di cassazione, 1 febbraio 2016 n. 1869 , in www.italgiure.giustizia.it

Corte di cassazione, 3 febbraio 2015 n. 1902, in www.italgiure.giustizia.it.

Corte di cassazione, 16 dicembre 2014 n. 26361 in www.italgiure.giustizia.it

Corte di cassazione, 27 marzo 2014 n.7252 in www.italgiure.giustizia.it

Corte di cassazione, 12 marzo 2014 n. 5705 , in www.italgiure.giustizia.it

Corte di cassazione, 6 febbraio 2013 n. 2782 in www.italgiure.giustizia.it

Corte di cassazione, 14 giugno 2012, n. 9767, in www.italgiure.giustizia.it

Corte di cassazione, 18 marzo 2008 n. 7263 in www.italgiure.giustizia.it

Corte di cassazione, S.U., 19 dicembre 2007 n. 26724 e 26725, in *Il Foro italiano*, 2008, I, c. 784

Tribunale di Cagliari, ordinanza 23 maggio 2016, non pubblicata

Tribunale di Napoli, sentenza 18 febbraio 2016, in www.deiure.it

Tribunale di Milano, ordinanza 16 maggio 2015, in www.ilcaso.it

Tribunale di Treviso, ordinanza 20 maggio 2015, in www.deiure.it

Tribunale di Bergamo, ordinanza 12 dicembre 2014, in www.ilcaso.it
Tribunale di Pistoia, decreto 28 febbraio 2014, in www.ilcaso.it
Tribunale di Pistoia, decreto 27 dicembre 2013, in www.ilcaso.it
Tribunale di Torino, sentenza 12 febbraio 2009, in www.deiure.it
Tribunale di Venezia, sentenza 22 novembre 2004, in *Contratti*, 2005 p. 5.

Documenti dell'Unione Europea

EUROPEAN COMMISSION, *Toward a common operational European Definition of Over-indebtedness*, Directorate general for Employment , Social affair and equal opportunities, Bruxelles, February, 2008, in http://www.oec.fr/files/study_overindebtedness_en.pdf.

Research note 4/2010 Over-indebtedness New evidence from the EU-SILC special module . in ec.europa.eu/social/BlobServlet?docId=6708&langId=e.

The over-indebtedness of European Households: update mapping of the situation, nature and causes, effects and initiative for alleviating its impact, part 1 , Synthesis of findings in http://ec.europa.eu/consumers/financial_services/reference_studies_documents/docs/part_1_synthesis_of_findings_en.pdf.

The over-indebtedness of European Households: update mapping of the situation, nature and causes, effects and initiative for alleviating its impact, part 2, Country reports, in http://ec.europa.eu/consumers/financial_services/reference_studies_documents/docs/part_2_synthesis_of_findings_en.pdf.

Ringraziamenti

Questo periodo universitario, culminato con questa tesi di laurea, è stato senza dubbio uno dei periodi più felici della mia vita.

E' difficile, una volta concluso tutto questo, non essere un po' malinconici o nostalgici di fronte alla fine di questi bellissimi anni passati tra esami, risate, lezioni, tanti ricordi e belle persone che ho avuto la fortuna e la gioia di conoscere.

Perciò, al termine di questo lavoro, non posso non fare i dovuti ringraziamenti a tutte le persone che lo meritano davvero.

In primo luogo mi sento di ringraziare il mio relatore, il prof. Ettore Battelli per la fiducia che ha riposto in me nell'avermi assegnato un argomento così complesso, nuovo ed interessante, con la speranza di aver soddisfatto, anche solo in parte, le sue aspettative.

Ringrazio anche l'Avv. Valerio Cintio per tutti i suoi preziosi consigli, senza i quali, sicuramente, questo lavoro non sarebbe stato completo.

Inoltre, ringrazio immensamente la mia famiglia, in particolare i miei genitori e mio fratello che mi hanno sempre incoraggiato e supportato durante questo periodo così importante per me.

Infine, ringrazio tutti i miei amici che sono anche una parte della mia famiglia, quella acquisita : Francesca, Kim, Chiara, Geraldine, Azzurra, Roberta, Matteo e tutte le persone vecchie e nuove che continuano costantemente a far parte della mia vita e a renderla migliore.

Grazie per il supporto e l'amore che ogni giorno mi dimostrate.