

NICOLA RONDINONE

***IL PRESUPPOSTO SOGGETTIVO DELLE
PROCEDURE DI CUI AL CAPO II DELLA LEGGE N.
3/2012 QUALE ESPRESSIONE DELLA NUOVA
CONCORSUALITA' "DEBTOR ORIENTED"***

3

2017

ISSN 2282 - 667X

Direttore responsabile: *Francesco Denozza*

Editorial Board/Direzione scientifica: *Pierre-Henri Conac, Jorge Manuel Coutinho de Abreu, Francesco Denozza, Stefan Grundmann, Carlo Ibba, Jonathan Macey, Marco Maugeri, Vincenzo Meli, Massimo Miola, Andrea Perrone, Serenella Rossi, Giuliana Scognamiglio, Ruggero Vigo*

Editorial Staff/Redazione scientifica: *Alessio Bartolacelli, Elisabetta Codazzi, Chiara Garilli, Carmen Herrero Suarez, Corrado Malberti, Alessio Scano, Alessandra Zanardo*

Referees/Revisione scientifica: *Niccolò Abriani, Elisabetta Bertacchini, Vincenzo Calandra Buonauro, Lucia Calvosa, Antonio Cetra, Stefano Cerrato, Antonio Cetra, Nicoletta Ciocca, Monica Cossu, Concetto Costa, , Renzo Costi, Emanuele Cusa, Vincenzo Di Cataldo, Philipp Fabbio, Marilena Filippelli, Carlo Felice Giampaolino, Gianvito Giannelli, Paolo Giudici, Andrea Guaccero, Gianluca Guerrieri, Giuseppe Guizzi, Aldo Laudonio, Mario Libertini, Elisabetta Loffredo, Giorgio Marasà, Marisaria Maugeri, Aurelio Mirone, Paolo Montalenti, Mario Notari, Michele Perrino, Paolo Piscitello, Giuseppe B. Portale, Gaetano Presti, Roberto Sacchi, Luigi Salamone, Davide Sarti, Laura Schiuma, Maurizio Sciuto, Renato Santagata, Antonio Serra, Marco S. Spolidoro, Lorenzo Stanghellini, Mario Stella Richter, Andrea Tina, Alberto Toffoletto, Umberto Tombari, Paolo Valensise, Francesco Vella, Andrea Vicari, Roberto Weigman*

IL PRESUPPOSTO SOGGETTIVO DELLE PROCEDURE DI CUI AL CAPO II DELLA LEGGE N. 3/2012 QUALE ESPRESSIONE DELLA NUOVA CONCORDAZIONE, “DEBTOR ORIENTED”

NICOLA RONDINONE*

SOMMARIO: 1. La disciplina delle crisi da sovraindebitamento: correlazioni fra inquadramento sistematico e ambito soggettivo di applicazione. - 2. Le istanze di tutela del “bisogno di concorsualità” dei debitori non fallibili prima e dopo i lavori di riforma della legge fallimentare del 2005-2007. - 3. L’ondivago *iter* formativo della legge 27 gennaio 2012, n. 3, e l’approdo all’attuale modello a “concorsualità differenziata”. - 4. Soggetti che possono accedere alle procedure di sovraindebitamento *versus* soggetti “fallibili”. Il problema dell’esistenza di ulteriori tipologie di procedure liquidatorie o di risanamento. - 5. Il nodo interpretativo della controversa nozione di <<procedura concorsuale>>. - 6. Enti pubblici ed enti privati non lucrativi nel “frammentato” sistema concorsuale *debtor oriented*. - 7. L’accesso alla concorsualità *a parte debitoris* del socio illimitatamente responsabile di società “fallibile” - 8. La nozione di “consumatore” nella legge n. 3/2012 e la sua estendibilità a imprenditori e professionisti. - 9. Conclusioni sulla razionalità del nostro ordinamento concorsuale.

1. La disciplina delle crisi da sovraindebitamento: correlazioni fra inquadramento sistematico e ambito soggettivo di applicazione.

Il presente contributo si prefigge l’obiettivo primario di precisare l’ambito applicativo delle procedure di composizione delle crisi da sovraindebitamento introdotte dagli artt. 6 ss. della legge 27 gennaio 2012, n. 3 (novellati dall’art. 18 del d.l. 18 ottobre 2012, n. 179, conv. in legge 17 dicembre 2012, n. 221), avvalendosi di strumenti ermeneutici di ordine sistematico e teleologico in genere non adeguatamente valorizzati in tal senso.

In particolare, si affronteranno i principali problemi interpretativi sollevati dalle norme (tecnicamente mal formulate) concernenti il presupposto soggettivo di dette procedure anche alla luce della collocazione sistematica che queste hanno assunto nel nostro ordinamento concorsuale, il quale risulta ispirato da un ordine di valori fortemente mutato rispetto al passato sia in ragione dei molteplici ritocchi apportati negli ultimi anni alla legge fallimentare, sia appunto per l’avvento della legge n. 3/2012 informata a una concezione della “concorsualità” diversa da quella tradizionale.

E’ noto che il r.d. 16 marzo 1942, n. 267, in uno con il coevo codice di procedura civile, avevano confermato il nostro tradizionale sistema “binario”, fondato sulla scelta di assoggettare alle procedure concorsuali in senso proprio il solo imprenditore commerciale

* Professore Ordinario, Università di Castellanza

non piccolo, ogni altro debitore potendo subire solo procedure esecutive individuali (o al più, se entificato, procedure concorsuali in senso lato).

Tale modello, che possiamo denominare a “concorsualità riservata”, è invero stato messo a discussione dalla nostra dottrina in vari momenti storici (v. *infra*, § 2). Ma quel che intanto interessa appuntare è che, secondo una accorta catalogazione, agli inizi del terzo millennio nei paesi dell’Unione Europea poteva dirsi prevalente l’opposta tendenza di sottoporre a procedure di esecuzione concorsuale anche il debitore civile, alternativamente in conformità a uno fra i seguenti modelli basilari:

1) sottoposizione a un regime comune o molto simile a quello previsto per gli imprenditori (modello a “concorsualità uniforme assoluta”);

2) sottoposizione a un regime comune, ma con facoltà di scelta per un regime speciale di favore (modello “a concorsualità uniforme temperata”);

3) sottoposizione a un regime speciale separato da quello previsto per gli imprenditori, ma pur sempre dominato dal principio della concorsualità (modello “a concorsualità differenziata”) ⁽²⁾.

Si intende che il tessuto normativo può rivelarsi più complesso, poiché gli ordinamenti nazionali risultano spesso ulteriormente differenziati sotto il profilo del trattamento riservato all’imprenditore agricolo o all’imprenditore di minori dimensioni (anche artigiano), di volta in volta accomunati al commerciante piuttosto che al debitore civile. E anche quest’ultimo è spesso interessato da una disciplina speciale qualora abbia la qualità di consumatore ⁽³⁾.

Al cospetto delle varie alternative appena descritte, il nostro legislatore ha scelto di innovare sul sistema tradizionale, senza tuttavia eliminare lo spartiacque della soggezione al fallimento, atteso che in prima approssimazione ha ammesso alle procedure di cui al Capo II della legge 27 gennaio 2012, n. 3, solo i soggetti non “fallibili”. Permane dunque un regime differenziato fra imprenditori commerciali medio-grandi e soggetti privi di tale qualifica, ma la divaricazione è stata attenuata, in quanto i secondi, in luogo che subire passivamente le procedure esecutive ordinarie promosse da singoli creditori, possono promuovere procedure caratterizzate da regole “concorsuali”.

⁽²⁾ Cfr. A. CASTAGNOLA, *L’insolvenza del debitore civile nel sistema della responsabilità patrimoniale*, in *AGE*, 2004, 258 ss. A. NIGRO, *La disciplina delle crisi patrimoniali delle imprese. Lineamenti generali*, in *Trattato Bessone*, XXV, Torino, Giappichelli, 2012, 5, preferisce distinguere fra modelli dualistici, in cui esiste una normativa apposita per le crisi delle imprese, e modelli monistici, in cui “le procedure di governo della crisi costituiscono istituti di diritto comune”, sottolineando che in ogni modo nel panorama internazionale è frequente l’adozione di modelli misti: a questa stregua, nell’ambito del modello dualistico viene a collocarsi sia la normativa italiana antecedente al 2012 (secondo la terminologia da me proposta, “a concorsualità riservata”), nella quale nei confronti dei debitori civili operava solo il diritto comune dell’esecuzione, sia i sistemi “a concorsualità differenziata” (Francia e Belgio, e oggi l’Italia); mentre nell’ambito del modello monistico rientrerebbero sistemi “a concorsualità uniforme assoluta” (Spagna, Portogallo), ma anche quelli “a concorsualità uniforme temperata”, in cui a una procedura concorsuale generale si affiancano subprocedure specifiche per certe categorie di debitori (Germania e Spagna).

⁽³⁾ Per un panorama delle legislazioni in materia esteso anche agli Stati Uniti v. M. GERHARDT, *Consumer Bankruptcy Regimes and Credit Default in the US and Europe. A comparative study*, in *Centre for European Policy Studies*, Working Document n. 318, Bruxelles, 2009, in <http://aei.pitt.edu/11336/1/1887.pdf>, 1 ss.; S. GIARRINI, *Le diverse soluzioni nazionali al problema del sovraindebitamento del debitore civile. Stati Uniti d’America, Francia, Germania*, in *Giur. comm.*, 2016, I, 480 ss.

In definitiva, appare essere stata accolta una specifica versione del cennato modello europeo “a concorsualità differenziata”, per cui viene tenuta ferma la circoscrizione della *failure zone* alle imprese commerciali in ragione dell’esigenza di sottoporle a regole a “concorsualità forte”, mentre ogni altro soggetto debitore ha la facoltà di accedere a procedure a “concorsualità debole”. I contorni di questo nuovo assetto del nostro ordinamento concorsuale vanno tuttavia meglio chiariti, anche perché, come anticipato, ciò presta ausilio ai fini della risoluzione dei principali problemi interpretativi concernenti l’ambito soggettivo di applicazione degli artt. 6 ss. della legge 27 gennaio 2012, n. 3.

A tale scopo, poiché le finalità principali di tale provvedimento legislativo sono estranee al nostro patrimonio culturale più risalente, appare innanzitutto utile ripercorrere brevemente il dibattito dottrinale che lo ha preceduto, con particolare riferimento alla progressiva maturazione delle scelte compiute in tema di presupposto soggettivo.

2. *Le istanze di tutela del “bisogno di concorsualità” dei debitori non fallibili prima e dopo i lavori di riforma della legge fallimentare del 2005-2007.*

In effetti, chi conosce il dibattito storico sulla sottrazione dei debitori civili e degli imprenditori non commerciali al fallimento, particolarmente vivo prima della codificazione, ma mai sopitosi negli anni successivi, sa bene che nel secolo scorso legislatori e interpreti hanno quasi sempre discusso l’alternativa secca del mantenimento del modello tradizionale “a concorsualità riservata” (come detto confermato nel 1942) rispetto all’eventuale avvento del modello “a concorsualità uniforme assoluta”.

In particolar modo, durante i primi cinquant’anni di vigenza della legge fallimentare – come testimoniano i progetti di riforma elaborati dalle Commissioni Pajardi – le istanze dottrinali si erano semmai orientate nel senso di allargare l’area soggettiva della fallibilità, non certamente nel senso di restringerla. Solo a partire dalla seconda metà degli anni ‘90 (sulla base di suggestioni comparatistiche) sono stati prospettati i due citati modelli “intermedi”, i quali hanno trovato le prime manifestazioni in alcune proposte di legge presentate nella XIII Legislatura e poi nei progetti della Commissione Trevisanato, in cui sono stati variamente riconosciuti e declinati l’esigenza di attrarre l’impresa agricola nell’orbita fallimentare e il bisogno di “concorsualità minore” del debitore civile e del piccolo imprenditore ⁽⁴⁾.

Negli anni successivi sono quindi cresciuti i consensi a sostegno dell’opzione di politica del diritto per cui i soggetti sottratti al fallimento dovrebbero poter egualmente accedere a una procedura concorsuale semplificata di tipo “premiale” e comunque con effetti esdebitatori, atta a inibire le procedure esecutive individuali promuovibili dai creditori.

Una corrente di pensiero argomentava in particolare che il modello “a concorsualità differenziata” fosse quello che incontrava i maggiori favori nell’Unione Europea, e un’uniformazione allo stesso avrebbe avuto il pregio di evitare un’applicazione disarmonica rispetto agli altri paesi membri del regolamento CEE n. 1346 del 2000 sul coordinamento fra procedure di insolvenza principali e secondarie ⁽⁵⁾.

⁽⁴⁾ Per i riferimenti essenziali mi permetto di rinviare a N. RONDINONE, *Il mito della conservazione dell’impresa in crisi e le ragioni della commercialità*, Milano, Giuffrè, 2012, risp. 40 ss., 94 ss.

⁽⁵⁾ In tal senso, CASTAGNOLA, (nt. 1), 260 s.; M. MARCUCCI, *Insolvenza del debitore civile e <<fresh start>>*. *Le ragioni di una regolamentazione*, in AGE, 2004, 239 s.; G. FALCONE, *La posizione del consumatore e gli istituti*

Altri sostenevano che la ravvisata diffusione del “credito al consumo” (anche in ambito nazionale), e in specie dei casi in cui il consumatore acquista beni o servizi senza dover dare garanzie reali, bensì in correlazione al suo reddito medio, imponesse – non addirittura una piena equiparazione dei consumatori e degli altri debitori civili agli imprenditori commerciali, ma se non altro – una normativa speciale atta ad appagare il loro “bisogno di concorsualità”, dunque giustificata *a parte debitoris* ⁽⁶⁾.

Peraltro, il testo dell’art. 1 della legge fallimentare entrato in vigore il 1° gennaio 2008 (e ancora oggi immutato) ebbe a innovare sull’impostazione del legislatore del 1942 nel solo senso di ampliare – in misura meno marcata che in origine, dopo la “controriforma” operata con il decreto n. 169/2007 – i contorni della figura dell’imprenditore commerciale “piccolo”, *rectius* sottratto alle procedure concorsuali per ragioni dimensionali.

Rimaneva invece fermo il principio per cui il fallimento e i correlati istituti c.d. “alternativi” rimanevano riservati agli imprenditori commerciali, rimanendovi esclusi i soggetti “civili” e gli imprenditori agricoli. Non veniva in alcun modo contemplata nel corpo della legge organica sulle procedure concorsuali – come si era invece ipotizzato in altre fasi dei lavori preparatori – una procedura speciale semplificata per favorire l’esdebitazione di queste categorie di soggetti (oltre che del piccolo imprenditore).

Queste scelte “tradizionali” del legislatore del 2005-2007 sotto il profilo del presupposto soggettivo delle nuove procedure concorsuali non vennero bene accolte da parecchi studiosi, propensi a sostenere che la riforma dell’ordinamento concorsuale dovesse essere completata anche sul piano delle fattispecie, avvicinando gli ordinamenti più moderni anche sotto il profilo di abbandonare il nostro modello “a concorsualità riservata”.

Pareva a molti imprescindibile attribuire ai debitori civili la facoltà di accedere a procedure concorsuali (non connotate dalle residue funzioni “commerciali” del fallimento ma) con le caratteristiche “premiali” simili a quelle degli istituti di salvataggio regolamentati nella legge fallimentare rinnovata: si trattava insomma di offrire anche ai primi le importanti opportunità già concesse agli imprenditori commerciali, sia sotto il profilo dell’accesso a forme di accordi con i creditori atte ad assicurare riduzioni e/o dilazioni dei debiti, sia sotto il profilo del beneficio dell’esdebitazione dei debiti residui (subordinatamente al rispetto di condizioni non molto selettive) al termine di una procedura di esecuzione poco afflittiva ⁽⁷⁾.

Accordare il *discharge* – si argomentava – avrebbe avuto altresì il pregio di assicurare pure alle persone fisiche “civili” insolventi il cd. *fresh start*: ciò avrebbe avuto l’effetto di favorire l’assunzione di rischio imprenditoriale “indiretto”, incidendo sul credito ricevuto per sostenere attività imprenditoriali non formalmente proprie (come avviene tipicamente nel

esdebitatori nelle recenti evoluzioni degli ordinamenti concorsuali, in *Dir. fall.*, 2006, I, 841; L. GIRONE, *Il tentativo del legislatore italiano di allinearsi agli ordinamenti internazionali con un provvedimento in materia di «sovra indebitamento» dei soggetti, non fallibili, nonché interventi in materia di usura ed estorsione*, in *Dir. fall.*, 2009, I, 819, 821.

⁽⁶⁾ Cfr. A. CASTAGNOLA, (nt. 1), 253 ss.; e più ampiamente pressoché tutti gli autori dei contributi in *AGE*, fasc. 2/2004, *L’insolvenza del debitore civile dalla prigione alla liberazione*; A. JORIO, *I lineamenti di una nuova ... improbabile legge fallimentare*, in *Giur. comm.*, 2005, I, 338; E. FRASCAROLI SANTI, *Crisi dell’impresa e soluzioni stragiudiziali*, in *Trattato Galgano*, XXXVII, Padova, Cedam, 2005, 52 s.

⁽⁷⁾ Cfr. L. GIRONE, (nt. 4), 820; M. LOBUONO, M. LORIZIO (a cura di), *Credito al consumo e sovraindebitamento del consumatore. Scenari economici e profili giuridici*, Torino, Giappichelli, 2007; L. PANZANI, *L’esdebitazione. La riforma del fallimento e delle procedure esecutive individuali: una riforma mancata*, in *Società*, 2007, 477.

caso dell'assunzione di fideiussioni per debiti di un'impresa cui la persona fisica partecipi a vario titolo); ma soprattutto avrebbe avuto l'effetto di incentivare il consumo, falcidiando il credito ricevuto per pagare prestazioni di beni o servizi atti a soddisfare bisogni personali ⁽⁸⁾.

Da alcuni si era obiettato che l'opzione in parola – oltre che atta a pregiudicare i creditori e ad intaccare il principio di cui all'art. 2740 c.c., come peraltro in ogni caso di esdebitazione – avrebbe potuto comportare un incremento dei costi della concessione del credito a debitori civili, correlato al maggiore rischio che questi ultimi compissero atti opportunistici di *moral hazard* (solo parzialmente mitigato dalle centrali-rischio cd. “positive” di cui possono avvalersi i finanziatori), determinando in tal modo un chiaro svantaggio per la collettività ⁽⁹⁾.

A ciò si era replicato – evidentemente accedendo a un diverso ordine gerarchico degli interessi in gioco – che dal punto di vista delle imprese produttrici nonché del benessere collettivo sono preferibili gli effetti di incentivazione appena accennati, piuttosto che gli effetti afflittivi e inibitori di iniziative economiche e di consumo connaturati ad una “responsabilità potenzialmente perpetua”, da cui oltretutto difficilmente il singolo creditore trarrebbe concreto vantaggio ⁽¹⁰⁾.

Sul piano delle soluzioni concrete da porre all'indice del legislatore, alcuni si pronunciavano a favore di un modello “a concorsualità uniforme assoluta” realizzato mediante l'eliminazione del requisito soggettivo per l'accesso alle procedure concorsuali regolamentate nella legge fallimentare, eliminazione fondata sul presupposto che la disparità di trattamento fra soggetti fallibili e non, avrebbe perso nella nostra epoca ogni giustificazione. In sostanza – riprendendo argomentazioni già formulate dalla dottrina più risalente – unificato sul piano sostanziale come processuale il diritto civile e commerciale, l'unificazione anche del procedimento di esecuzione collettiva (e degli strumenti atti a evitarlo) nel caso di insolvenza, veniva indicata come la soluzione più coerente e adeguata per i creditori come ceto indifferenziato ⁽¹¹⁾.

⁽⁸⁾ In tal senso, L. STANGHELLINI, <<Fresh start>>: implicazioni di <<policy>>, in AGE, 2004, 440 ss.; ID., *Le crisi di impresa fra diritto ed economia*, Bologna, Il Mulino, 2007, 167 ss., 368 s.; E. CAPUZZI, *Come è cambiato il presupposto soggettivo del fallimento*, in *Dir. fall.*, 2008, I, 540 s. Qualificava come necessario un intervento legislativo in materia di sovraindebitamento “come espressione della scelta di non sacrificare alla rigida osservanza dei diritti dei creditori il benessere della collettività, offrendo invece ai debitori prospettive per il loro futuro, incentivi a rimanere nel circuito della produttività piuttosto che in quello dell'assistenzialismo e della <<moderna schiavitù>> nei confronti dei loro creditori”, E. PELLECCIA, *Il sovraindebitamento del consumatore: esperienze legislative a confronto*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2012, 439 s.

⁽⁹⁾ Così, A. NIGRO, *L'insolvenza delle famiglie nel diritto italiano*, in *Dir. banc. mer. fin.*, 2008, 198 ss., il quale rimarcava che l'esdebitazione non è in sé un valore, bensì implica dei costi che devono essere giustificati perché essa possa essere ammessa (anche avuto riguardo al fatto che di norma il dissesto sarà di modeste dimensioni), pur non manifestandosi contrario a procedure apposite per i consumatori, una di tipo compositivo, altra di tipo liquidativo. Anche G. SCHIANO DI PEPE, *Vecchio e nuovo sulla fallibilità. Variazioni sul tema dopo il D.Lgs. 12 settembre 2007, n. 169*, in *Dir. fall.*, 2009, I, 665 s., invitava a soppesare attentamente l'effetto di “incoraggiare l'indebitamento dei privati (al fine di drogare la domanda di beni di consumo) e i cui costi finali non potrebbero non ricadere sulla collettività”, specialmente in termini di aumento dei tassi di interesse passivi per i consumatori.

⁽¹⁰⁾ In questi termini, L. STANGHELLINI, <<Fresh start>>, (nt. 7), 443 ss. e, più sinteticamente, *Le crisi di impresa*, (nt. 7), 170 ss.

⁽¹¹⁾ Cfr. in specie L. GIRONE, (nt. 4), 820. Anche G.B. PORTALE, *Dalla <<pietra del vituperio>> alle nuove concezioni del fallimento e delle altre procedure concorsuali*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2010, I, 398, sosteneva che i

Altri si esprimevano a favore di un modello “a concorsualità uniforme temperata”, presupponente l'estensione solo di alcuni degli istituti ivi regolamentati. Si sottolineava infatti che l'esistenza o meno di un'impresa determina l'opportunità di differenziare alcune regole – in vista di favorirne la conservazione nel primo caso, di verificare le prospettive di redditi futuri nell'altro – con ciò motivando l'opzione meno radicale di “affiancare ad un regime comune procedure speciali che tengano conto di queste particolarità”⁽¹²⁾.

Altri ancora prediligevano un modello “a concorsualità differenziata” realizzato mediante la foggia di procedure *ad hoc* per i debitori civili⁽¹³⁾, con particolare riguardo a quelli aventi la qualità di consumatore.

Il modello “a concorsualità uniforme temperata”, sotto la specie dell'opzione di far approdare alcuni fra i soggetti non fallibili ai soli istituti di salvataggio regolamentati nel r.d. 16 marzo 1942, n. 267, trovava anzi una prima concretizzazione sul piano legislativo nell'art. 23, comma 43, del d.l. 6 luglio 2011, n. 98, conv. in l. 15 luglio 2011, n. 111, il quale, <<in attesa di una revisione complessiva della disciplina dell'imprenditore agricolo in crisi>>, accordava agli imprenditori agricoli <<in stato di crisi o di insolvenza>> la facoltà di accedere (se non al concordato preventivo presumibilmente in quanto ritenuto indissolubilmente “alternativo” al fallimento) agli accordi di ristrutturazione dei debiti ed alla transazione fiscale regolamentati nel r.d. 16 marzo 1942, n. 267 riformato.

Tale disposizione riscuoteva di massima apprezzamento per il fatto di rappresentare un primo passo nella “giusta direzione”⁽¹⁴⁾, ma ne venivano anche segnalate le numerose incertezze applicative, dipendenti dalla difficoltà di trasporre *tout court* in altro ambito istituti concepiti per l'imprenditore commerciale: difficoltà in particolar modo riconducibili alla carenza delle scritture contabili civilistiche in capo agli imprenditori agricoli e alla loro non fallibilità, elemento quest'ultimo incidente sulle motivazioni tanto del debitore quanto dei creditori a stipulare l'accordo di ristrutturazione dei debiti o la transazione fiscale⁽¹⁵⁾.

3. *L'ondivago iter formativo della legge 27 gennaio 2012, n. 3, e l'approdo all'attuale modello a “concorsualità differenziata”.*

Gli ostacoli di ordine tecnico connotanti la realizzazione di modelli concorsuali realizzati tramite plurimi “segmenti normativi” (generali e speciali) probabilmente

vantaggi della concorsualità e della possibile esdebitazione giustificerebbero l'estensione del fallimento a tutti i debitori civili (compresi i professionisti intellettuali).

⁽¹²⁾ In questi termini, A. CASTAGNOLA, (nt. 1), 262, nt. 42.

⁽¹³⁾ Coerentemente al ruolo avuto all'interno della Commissione Trevisanato, v. S. FORTUNATO, *Sub art. 1*, in *Commentario alla legge fallimentare* Jorio-Fabiani, Bologna, Zanichelli, I, 2006, 39; A. JORIO, *L'impresa assoggettabile alla legge fallimentare e il presupposto soggettivo*, in *Il nuovo diritto fallimentare. Novità ed esperienze applicative a cinque anni dalla riforma*, diretto da A. Jorio, M. Fabiani, Bologna, Zanichelli, 2010, 3.

⁽¹⁴⁾ In tal senso, E. BERTACCHINI, *Esigenze di armonizzazione e tendenze evolutive (o involutive?) nella composizione negoziale delle crisi: dal tramonto del dogma della <<non fallibilità>> alle prospettive de iure condendo*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2012, 886 s., 934 ss.

⁽¹⁵⁾ Sui principali problemi interpretativi relativi all'art. 23, comma 43, d.l. n. 98/2011, oltre a E. BERTACCHINI, (nt. 13), v. anche M. FERRO, *La nuova legislazione sociale nelle procedure concorsuali: norme di settore e agevolazioni alla gestione della crisi*, in *Fallimento*, 2011, 909 ss.; R. MARINO, M. CARMINATI, *Le soluzioni negoziali della crisi dell'imprenditore agricolo*, *ivi*, 2012, 633 ss.; E. SABATELLI, *Il precario ingresso dell'impresa agricola nella legge fallimentare*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2012, 71 ss.; F. PRETE, *La gestione della crisi dell'impresa agricola nei recenti tumultuosi interventi legislativi*, in *Riv. dir. agr.*, 2012, I, 147 ss.

concorrono a spiegare perché le istanze volte ad appagare il bisogno di concorsualità dei debitori non fallibili, riproposte in Parlamento subito dopo la riforma della legge fallimentare, si siano stabilmente incentrate sull'obiettivo di predisporre una regolamentazione autonoma e separata, ma tendenzialmente indifferenziata per tutti i soggetti non fallibili.

Nel corso della XV Legislatura era stato invero già presentato un progetto di legge (n. C.412 del 3 maggio 2006) per il <<superamento delle situazioni di sovraindebitamento delle famiglie mediante l'istituzione della procedura di concordato delle persone fisiche insolventi con i creditori>>, ai termini del quale qualunque persona fisica che si trovasse in una situazione di insolvenza o di difficoltà finanziaria temporanea e che non fosse soggetta al fallimento, purché percettore di un reddito o titolare di beni, poteva presentare una domanda per la temporanea sistemazione dei debiti contratti per i bisogni della famiglia ad un ente abilitato ⁽¹⁶⁾.

Nella parte iniziale della XVI Legislatura altro disegno di legge (c.d. “Centaro”), anche qui riguardante ogni soggetto sottratto alle procedure concorsuali – dunque, non solo il debitore civile, ma anche il piccolo imprenditore e l'imprenditore agricolo – purché percettore di un reddito o titolare di beni o crediti, era stato approvato dal Senato della Repubblica il 1° aprile 2009, salvo arenarsi per lungo tempo nell'altro ramo del Parlamento (con la numerazione C.2364) anche a seguito delle critiche ricevute, riguardanti sia singoli profili di disciplina idonei a far pronosticare uno scarso successo del nuovo istituto ⁽¹⁷⁾, sia l'opzione del legislatore di volere disciplinare unitamente insolvenza civile e insolvenza del piccolo imprenditore ⁽¹⁸⁾.

Nondimeno, il testo in questione, con i limitati emendamenti apportati dalla Commissione Giustizia della Camera dei Deputati nel luglio 2010 – non propriamente sufficienti a sopperire alle predette censure – veniva improvvisamente fatto confluire dal Governo nella prima parte di un decreto legge sulla giustizia civile, il d.l. 22 dicembre 2011, n. 212 ⁽¹⁹⁾.

Ai fini della conversione il Governo aveva invero predisposto un emendamento che arricchiva notevolmente la disciplina, in specie introducendo un procedimento di liquidazione. Ma il Parlamento, con la legge di conversione 17 febbraio 2012, n. 10, preferiva sopprimere gli articoli del decreto legge inerenti la materia che ci interessa (artt. 1-11), in quanto nel frattempo, proseguiti i lavori parlamentari sul disegno di legge “Centaro” e

⁽¹⁶⁾ Cfr. D. SPAGNUOLO, *Il consumatore*, in AA.VV., *I soggetti esclusi dal fallimento*, a cura di M. Sandulli, Milano, Ipsoa, 2007, 178 s.; A. NIGRO, (nt. 8), 204 ss.

⁽¹⁷⁾ In particolare, L. GIRONE, (nt. 4), 821 ss. E v. anche G. FALCONE, *L'indebitamento delle famiglie e le soluzioni normative: tra misure di sostegno e liberazione dei debiti*, in AA.VV., *La ristrutturazione dei debiti civili e commerciali*, a cura di S. Bonfatti, Milano, Giuffrè, 2011, 189 ss.

⁽¹⁸⁾ V. specialmente F. DI MARZIO, *Sulla composizione negoziata delle crisi da sovraindebitamento (note a margine dell'AC n. 2364)*, in *Dir. fall.*, 2009, I, 659 ss., per cui appariva incongruo estendere alla prima, puramente a carattere patrimoniale, schemi procedurali di superamento della crisi ripresi dalla legge fallimentare – imperniati sulla predisposizione di un “piano” strategico fondato sulla prognosi della capacità futura di un soggetto che eserciti attività di impresa di generare risorse finanziarie in vista del recupero della sua “capacità adempitiva” – e appropriati unicamente per la seconda.

⁽¹⁹⁾ Su tale provvedimento, v. A. GUIOTTO, *La nuova procedura per l'insolvenza del soggetto non fallibile: osservazioni in itinere*, in *Fallimento*, 2012, 18 ss.; M. FABIANI, *La gestione del sovraindebitamento del debitore “non fallibile” (d.l. n. 212/2011)*, in <http://www.ilcaso.it>, doc. 278/2012.

apportate ulteriori circoscritte modifiche – fra cui l’eliminazione del trattamento speciale del <<consumatore>> – era stata approvata e promulgata la legge 27 gennaio 2012, n. 3, nel cui Capo II (agli artt. 6-20) era disciplinato un unico <<procedimento per la composizione delle crisi da sovraindebitamento>>, di cui i parlamentari volevano appurare gli esiti applicativi prima di considerare l’introduzione di ulteriori tipi procedurali.

Il procedimento era accessibile a tutti i debitori in stato di sovraindebitamento <<non soggetti né assoggettabili alle vigenti procedure concorsuali>> – compresi di massima gli imprenditori agricoli, nonostante la cennata facoltà di ricorrere agli accordi di ristrutturazione di cui all’art. 182-*bis* l. fall. e alla transazione fiscale ingenerasse qualche dubbio ⁽²⁰⁾ – e strutturalmente prevedeva le stesse norme per il debitore civile (compreso il consumatore) come per l’imprenditore non fallibile, senza alcuna differenziazione, il che sollevava nuovamente perplessità da parte di diversi autori ⁽²¹⁾.

Merita altresì riportare che, avuto riguardo al fatto che nella disciplina non era previsto uno spossessamento pieno del patrimonio del debitore né prescritto il rispetto della *par condicio creditorum*, e soprattutto in ragione della circostanza che non era assicurata forza cogente verso i creditori estranei all’accordo sulla base dell’applicazione del principio maggioritario (per l’effetto di non porre in essere una vera e propria “esdebitazione”), gli interpreti erano pressoché tutti concordi circa la non qualificabilità della nuova procedura come “concorsuale” ⁽²²⁾.

Quasi tutti i commentatori plaudevano comunque all’indirizzo intrapreso dal legislatore, riprendendo argomenti già sviluppati in dottrina negli anni precedenti, fra cui precipuamente quello “comparatistico”, salutandosi con favore che il legislatore avesse

⁽²⁰⁾ Ammettevano che gli imprenditori agricoli potessero accedere sia alla procedura disciplina nella legge n. 3/2012 sia all’istituto di cui all’art. 182-*bis* l. fall. (precipuamente sull’assunto che quest’ultimo non rientrasse fra le <<procedure concorsuali>>): M. FABIANI, *Crescita economica, crisi e sovraindebitamento*, in *Fallimento*, 2012, 451; R. BATTAGLIA, *La composizione della crisi da sovraindebitamento del debitore non fallibile: alcuni profili problematici*, in *Dir. fall.*, 2012, I, 431 s.; A. PACIELLO, *Prime riflessioni (inevitabilmente) critiche sulla composizione della crisi da indebitamento*, in *Riv. dir. comm.*, 2012, II, 92; E. BERTACCHINI, (nt. 13), 941; F. PRETE, (nt. 14), 162. Per la tesi secondo cui le imprese agricole potessero accedere solo al secondo, v. invece A. CAIAFA, *La composizione delle crisi da sovraindebitamento*, in *Dir. fall.*, 2012, I, 418 ss.

⁽²¹⁾ Secondo M. FABIANI, (nt. 19), 450, un importante elemento differenziale fra le due categorie che avrebbe dovuto incidere sulla disciplina è la presenza solo nel secondo caso di un’organizzazione di lavoro; mentre G. LO CASCIO, *La composizione delle crisi da sovraindebitamento (introduzione)*, in *Fallimento*, 2012, 1022, rilevava che la capacità di adempiere dell’imprenditore (non fallibile) si correla all’attività di impresa in una prospettiva dinamica, mentre il debitore civile “non deve assumere alcuna iniziativa di mercato, ma farsi semplicemente carico di una responsabilità patrimoniale statica”; per F. MAIMERI, *Presupposti soggettivi ed oggettivi di accesso*, *ibidem*, 1033, “l’opzione legislativa più corretta” sarebbe stata quella di “ammettere gli imprenditori non fallibili alle procedure concorsuali di risanamento (magari minimamente semplificate) e delineare invece per i consumatori una procedura alternativa, davvero veloce, efficiente e poco onerosa”. Sulle inefficienze applicative della scelta unitaria, v. anche S. PACCHI, *Il sovraindebitamento. Il regime italiano*, in *Riv. dir. comm.*, 2012, I, 717; A. PACIELLO, (nt. 19), 90, 93, per cui in particolare rispetto all’imprenditore “minore” si appalesava la carenza di una disciplina sulla gestione temporanea dell’impresa, oltre che sugli oneri probatori circa il non raggiungimento delle soglie di fallibilità (nel silenzio della legge da ritenersi gravanti sul debitore).

⁽²²⁾ Valorizzava tutti e tre gli elementi, R. BATTAGLIA, (nt. 19), 426 s., 434, 451. Fondava invece l’esclusione del carattere concorsuale della procedura, e finanche di esecuzione collettiva, precipuamente sulla mancanza di “coartazione delle ragioni creditorie di coloro che non partecipano all’accordo”, M. FABIANI, (nt. 19), 451, per cui si trattava di un mero procedimento su base volontaria, vincolante per i soli creditori aderenti; conf. E. BERTACCHINI, (nt. 13), 940; A. PACIELLO, (nt. 19), 85 ss., 89.

colmato una lacuna normativa rispetto a quanto riscontrabile negli ordinamenti più moderni e in specie proprio nell'ambito dell'Unione Europea ⁽²³⁾.

L'apprezzamento a livello di principio non impediva nondimeno ai più di pronosticare che, per come concretamente foggiano, il nuovo istituto fosse destinato ad avere scarso successo soprattutto in ragione della sua macchinosità e gravosità a livello di oneri documentali ⁽²⁴⁾.

In ogni modo, già il 9 marzo 2012 il Consiglio dei Ministri approvava un d.d.l. diretto a modificare e integrare la normativa di cui alla legge 27 gennaio 2012, n. 3, il quale riprendeva i contenuti dell'emendamento governativo alla legge di conversione del d.l. n. 212/2011 a suo tempo abbandonato. Indi, pochi mesi dopo, constatato che l'istituto, come conformato nell'originaria versione della l. n. 3/2012, non aveva avuto una significativa applicazione nei principali tribunali italiani, il Governo sceglieva di fare confluire la progettata sua riforma nel c.d. decreto-legge "crescita-bis".

Conseguentemente, la normativa in questione è stata profondamente innovata dall'art. 18 del d.l. 18 ottobre 2012, n. 179, conv. dalla legge 17 dicembre 2012, n. 221, appunto di modifica del Capo II della legge 27 gennaio 2012 n. 3, com'è noto oggi suddiviso in tre sezioni: la prima (artt. da 6 a 14-bis) dedicata alle <<procedure di composizione della crisi da sovraindebitamento>>, comprendenti l'«accordo di composizione della crisi» e il «piano del consumatore», accessibile solo a quest'ultimo; la seconda (artt. da 14-ter a 14-duodecies) regolante la <<liquidazione del patrimonio>>; la terza (artt. 15 e 16) contenente <<disposizioni comuni>>.

In termini generali, le procedure in questione sono state riservate al debitore in stato di sovraindebitamento il quale, oltre a non avervi già fatto ricorso negli ultimi cinque anni ⁽²⁵⁾, non sia <<soggetto a procedure concorsuali diverse da quelle regolate dal presente capo>>.

L'interpretazione dominante di tale criterio selettivo "residuale" o "per sottrazione" è che colui che chiede di essere ammesso a una delle procedure di sovraindebitamento non deve risultare concretamente assoggettato né essere astrattamente assoggettabile a procedure concorsuali <<diverse>> ⁽²⁶⁾. A fronte di un dato letterale di per sé equivoco, tale tesi è

⁽²³⁾ Sull'esigenza di allinearsi ai paesi più avanzati insistevano S. PACCHI, (n. 20), 668 ss.; E. BERTACCHINI, (nt. 13), 878 s., 938, 985; R. BATTAGLIA, (nt. 19), 431.

⁽²⁴⁾ Cfr. M. FABIANI, (nt. 19), 450; L. PANZANI, *Composizione delle crisi da sovraindebitamento*, in *NDS*, 2012, 30 s.; E. BERTACCHINI, (nt. 13), 985 s.

⁽²⁵⁾ Cass., 1° febbraio 2016, n. 1869, in *Dir. fall.*, 2016, II, 1257, ha chiarito che l'«aver fatto ricorso» significa aver fruito «degli effetti pieni dell'istituto», non avendo efficacia preclusiva un semplice tentativo di accesso a una di dette procedure; nello stesso senso, L. PANZANI, *La disciplina del sovraindebitamento*, in *Trattato Jorio - Sassani, III, Il fallimento*, Milano, Giuffrè, 2016, 715, nt. 25.

⁽²⁶⁾ Cfr., fra i molti, S. PACCHI, (nt. 20), 697; M. FERRO, *L'insolvenza civile*, in AA.VV., *Sovraindebitamento e usura*, a cura del medesimo, Milano, Ipsoa, 2012, 68; E. PELLECCIA, *La composizione delle crisi da sovraindebitamento*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, 1262; G. FERRI JR, *Sovraindebitamento, piccoli imprenditori e imprese piccole*, in *Riv. dir. comm.*, 2012, I, 424; M. CORDOPATRI, *Presupposti di ammissibilità*, in AA.VV., *La "nuova" composizione della crisi da sovraindebitamento*, *Il civilista*, Milano, Giuffrè, 2013, 22; C. COSTA, *Profili problematici della disciplina della composizione delle crisi da sovraindebitamento*, in *Dir. fall.*, 2014, I, 669 s.; S. MASTURZI, *La composizione delle crisi da sovraindebitamento mediante accordo di ristrutturazione dei debiti e soddisfazione dei crediti*, *ivi*, 679 ss.; F. VERDE, *Il sovraindebitamento*, Bari, Cacucci, 2014, 39; Trib. Pistoia, 27 dicembre 2013, in <http://www.ilcaso.it>; Trib. Cremona, 17 aprile 2014, *ivi*.

certamente da condividersi, in quanto nettamente più conferente agli obiettivi del legislatore storico e al sistema complessivo della legge in parola, che non la minoritaria tesi “estensiva” dell’accesso, per cui sarebbe impeditiva solo la soggezione effettiva a una “diversa” procedura concorsuale, non anche e soprattutto l’astratta assoggettabilità ⁽²⁷⁾.

L’area soggettiva è stata così espressamente delineata con riguardo alla proposta di accordo di composizione della crisi dagli art. 6, comma 1, e 7, comma 2, lett. a) e b). In forza dell’inciso <<anche consumatore>> di cui all’esordio dell’art. 7, comma 2, all’interno di tale area dovrebbe parimenti collocarsi il “consumatore” (figura su cui v. *infra*, § 8), legittimato a proporre la speciale procedura per cui in particolar modo il piano non occorre sia approvato dai creditori ⁽²⁸⁾.

Lo stesso perimetro subiettivo deve ritenersi valere implicitamente anche per la procedura di liquidazione dei beni, atteso che nell’art. 14-*ter*, comma 1, quest’ultima è prospettata come <<alternativa>> alle precedenti per il debitore in stato di sovraindebitamento e subordinata alle stesse condizioni di ammissibilità di cui all’art. 7, comma 2, lett. a) e b). Inoltre, l’art. 14-*quater* dispone che la stessa rappresenti lo sbocco naturale e automatico (mediante “conversione”) nel caso in cui le altre non avessero esito positivo.

Quest’ultimo precetto aiuta a mio avviso a risolvere il problema di comprendere la portata dell’art. 7, comma 2-*bis*, secondo cui l’imprenditore agricolo (anche se legittimato a proporre un accordo di ristrutturazione dei debiti ai sensi della legge fallimentare) può proporre un accordo di composizione della crisi. Alcuno ha sostenuto che la non riproposizione di analoga disposizione nell’ambito della Sez. II implichi che l’imprenditore agricolo non possa accedere alla procedura di liquidazione del patrimonio ivi disciplinata ⁽²⁹⁾. Ma siffatta interpretazione restrittiva non pare appunto compatibile col ruolo “sussidiario” di tale procedura emergente dal sistema.

Alle disposizioni appena menzionate deve aggiungersi l’art. 31, comma 1, del medesimo decreto d.l. 18 ottobre 2012, n. 179, conv. in l. 17 dicembre 2012, n. 221, che ha sottratto alle disposizioni diverse da quelle regolate nel Capo II della legge n. 3/2012 le c.d. “*start up* innovative” aventi i requisiti indicati nell’art. 25, comma 2, dello stesso decreto (quand’anche abbiano le caratteristiche proprie delle imprese commerciali), per il primo quadriennio dalla loro costituzione ⁽³⁰⁾.

⁽²⁷⁾ V. specialmente A.M. LEOZAPPA, *Il sovraindebitamento del debitore fallibile*, in <http://www.ilfallimentarista.it>, 2013, e più ampiamente *Il sovraindebitamento del debitore fallibile, delle società professionali e degli enti pubblici*, in *Giur. comm.*, 2015, I, 574 ss. (da cui d’ora innanzi si citerà), il quale valorizza principalmente l’eliminazione del formale riferimento all’“assoggettabilità” ad opera del d.l. n. 179/2012 e alcuni indici normativi poco consoni all’interpretazione dominante; e cfr. anche R. D’AMORA, *Concordato preventivo e piccolo concordato ex L. 3 del 2012: un incrocio possibile, anzi probabile*, su <http://www.osservatorio-oci.org>, 2014, p. 3 s.

⁽²⁸⁾ Nello stesso senso, E. SABATELLI, *La Cassazione precisa la nozione di <<consumatore>> ai fini dell’accesso al procedimento riservato di composizione della crisi da sovraindebitamento*, in *Dir. fall.*, 2016, II, 1265.

⁽²⁹⁾ Così, B. ARMELI, *Giustizia digitale e composizione della crisi da sovra indebitamento: una prima lettura*, in <http://www.ilfallimentarista.it>, 21.12.2012, 35; e, implicitamente, G. LO CASCIO, *L’ennesima modifica alla legge sulla composizione della crisi da sovraindebitamento (L. 27 gennaio 2012, n. 3)*, in *Fallimento*, 2013, 822.

⁽³⁰⁾ La relazione di accompagnamento motiva che nella fase di avvio questa tipologia di impresa è fortemente esposta alla “crisi”, sicché l’esonero in tale fase così delicata risponde all’obiettivo di incentivare gli operatori innovativi a concretare la loro idea di *business* e soprattutto a prendere atto tempestivamente di un suo

Quasi tutti gli interpreti hanno salutato con rinnovato favore l'orientamento di politica del diritto attuato con la riforma della legge n. 3/2012⁽³¹⁾. I più hanno in particolare plaudito alla scelta di accordare anche ai debitori civili e agli imprenditori non fallibili il diritto di accedere al beneficio dell'esdebitazione e di fruire della *second chance*⁽³²⁾, con ciò realizzando la parità di trattamento con l'insolvente commerciale (sotto il profilo in esame) e nel contempo supportando il mercato dei consumi e il correlato sviluppo delle imprese in un momento storico caratterizzato dalla decrescita della domanda interna⁽³³⁾.

Altri commentatori hanno voluto sottolineare che la nuova normativa risulta in linea con le raccomandazioni espresse nella Comunicazione della Commissione UE del 22 maggio 2012, "Un'agenda europea dei consumatori - Stimolare la fiducia e la crescita", oltre che dalla Banca Mondiale, nel senso di dettare una adeguata regolamentazione per le crisi dei debitori civili in quanto rilevanti sul piano socio-economico⁽³⁴⁾.

Merita altresì segnalare che gli accorgimenti concretatisi nell'aver introdotto nella procedura di accordo di composizione della crisi alcune norme speciali per gli imprenditori non fallibili e nell'aver parallelamente modellato una specifica procedura per il consumatore, sembrano avere mitigato le pregresse istanze favorevoli all'edificazione di un regime separato per i primi e per i debitori civili⁽³⁵⁾.

Il modello prescelto dal legislatore contemporaneo si conferma in definitiva quello "a concorsualità differenziata", nella specifica variante per cui il secondo pilastro del sistema concorsuale è tendenzialmente unitario. Infatti, anche se la nuova versione degli artt. 6 ss. della legge n. 3/2012 contiene alcune norme speciali per gli imprenditori non fallibili, la scelta di campo primaria rimane quella di una disciplina concorsuale "comune" a questi e ai debitori civili, precipuamente contrapposta a quella contemplata nella legge fallimentare riformata.

eventuale insuccesso, senza temere le conseguenze patrimoniali e reputazionali derivanti dall'apertura di una delle procedure concorsuali tradizionali, stimate idonee a precludere l'avvio di ulteriori iniziative imprenditoriali. Questa impostazione a mio avviso neglige che l'indebolimento della tutela creditoria si traduce normalmente nella difficoltà dell'imprenditore di ottenere credito, pure generalmente indispensabile nella fase di avvio; lo rileva anche A. DALMARTELLO, *Il presupposto soggettivo delle procedure di composizione della crisi da sovraindebitamento (funzione delle procedure concorsuali e determinazione dell'area della <<fallibilità>>)*, in *Riv. dir. priv.*, 2015, 315 s., il quale pone all'indici altri elementi critici.

⁽³¹⁾ Per una voce marcatamente dissonante, mi permetto di rinviare a N. RONDINONE, *Note critiche sul declino della lex concursus commerciale e sull'avvento del novus concursus civile*, in *Dir. fall.*, 2014, I, 149 ss.

⁽³²⁾ Cfr. E. BERTACCHINI, (nt. 13), 878 s., 938, 985; e, dopo la riforma della legge n. 3/2012, L. PANZANI, *La composizione della crisi da sovraindebitamento dopo il D.L. 179/2012*, in <http://www.treccani.it>, 18.3.2013, 1 s.; A. GUIOTTO, *La continua evoluzione dei rimedi alle crisi da sovraindebitamento*, in *Fallimento*, 2012, 1285 s.; con qualche dubbio, L.A. BOTTAI, *La liquidazione del patrimonio del debitore in procedura di sovraindebitamento*, in <http://www.ilfallimentarista.it>, 21.12.2012, 9 s.

⁽³³⁾ Secondo M. FABIANI, (nt. 19), 449 s., 455 s., era questo l'obiettivo già della prima versione della legge n. 3/2012. Riprende le stesse considerazioni dopo il *restyling* della legge n. 3/2012, I. LOMBARDINI, *Profili dei nuovi procedimenti di composizione della crisi da sovraindebitamento e di liquidazione del patrimonio*, in *Studium Iuris*, 2013, 643, 650.

⁽³⁴⁾ Cfr. L. PANZANI, (nt. 31), 1 s.; I. LOMBARDINI, (nt. 32), 642, 649 s.; F. DI MARZIO, *Introduzione alle procedure concorsuali in rimedio del sovraindebitamento*, in AA.VV., *La "nuova" composizione della crisi*, (nt. 25), 9; parzialmente "fuori dal coro", G. TERRANOVA, *Presentazione*, *ivi*, 8.

⁽³⁵⁾ Ritiene ad esempio sufficientemente differenziata la nuova normativa, 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 cd. "decreto crescita-bis"*, in *Dir. fall.*, 2013, I, 570.

4. *Soggetti che possono accedere alle procedure di sovraindebitamento versus soggetti “fallibili”. Il problema dell’esistenza di ulteriori tipologie di procedure liquidatorie o di risanamento.*

Completata la ricognizione del movimento di pensiero e delle vicende concrete che hanno condotto alla versione corrente degli artt. 6 ss. della legge n. 3/2012, conviene ora svolgere una cernita dei principali problemi interpretativi concernenti l’individuazione dei soggetti legittimati ad accedere alle procedure di composizione della crisi da sovraindebitamento (più in sintesi “procedure di sovraindebitamento”), a mente dei già cennati artt. 6, comma 1, e 7, comma 2, lett. a), per cui non può esservi ammesso colui che sia <<soggetto a procedure concorsuali diverse da quelle regolate nel presente Capo>>.

Certamente in ragione di tale prescrizione possono accedere alle procedure di sovraindebitamento:

a) gli imprenditori individuali e le società esercenti attività non commerciali, compresi gli imprenditori agricoli in forza della già illustrata volontà legislativa espressa nell’art. 7, comma 2-*bis* ⁽³⁶⁾;

b) gli imprenditori individuali e le società ricadenti sotto i parametri di cui all’art. 1, comma 2, l. fall. ⁽³⁷⁾, non anche quelli per cui sia carente il mero requisito processuale di cui all’art. 15 l. fall. ⁽³⁸⁾;

c) le persone fisiche e le società che avevano la qualità di imprenditore commerciale dopo il decorso di un anno: c’) dalla cancellazione dal registro delle imprese, fatto salvo che un creditore o il pubblico ministero dimostrino che l’effettiva cessazione dell’attività d’impresa è avvenuta in un momento successivo nelle ipotesi previste nel capoverso dell’art. 10 l. fall. ⁽³⁹⁾; c’’) nel caso fosse mancata l’iscrizione nel registro delle imprese, dalla cessazione dell’esercizio dell’impresa, probabilmente comprovabile dallo stesso debitore;

⁽³⁶⁾ In tal senso, fra gli altri, S. PACCHI, (n. 20), 698. L’accesso dovrebbe essere nondimeno negato qualora l’imprenditore agricolo cumulasse la qualifica di imprenditore esercente un’attività commerciale, diventando perciò fallibile, in forza dell’esercizio di attività nemmeno “connesse” alle attività agricole principali (ovvero nel caso in cui le stesse attività agricole, primarie o connesse, fossero esercitate con modalità industriali o intermedie, se si condivide la tesi di N. RONDINONE, (nt. 3), 179 ss., 222 ss.; ID., *L’imprenditore agricolo esercente attività commerciale nel nuovo diritto concorsuale*, in *Riv. dir. comm.*, 2014, I, 477, 444 ss., 485 ss.

⁽³⁷⁾ Cfr., fra gli altri, F. MACARIO, *Finalità e definizioni*, in AA.VV., *La “nuova” composizione della crisi*, (nt. 25), 17; M. CORDOPATRI, (nt. 25), 22; F. MAIMERI, (nt. 20), 1033. Secondo A. DALMARTELLO, (nt. 29), 308 ss., in ragione della superiore tutela dei creditori garantita dalle procedure concorsuali di cui alla legge fallimentare, si giustificerebbe una lettura delle soglie di cui all’art. 1, comma 2 l. fall. tale da risolvere in senso estensivo i principali problemi interpretativi correlati, e finanche i casi dubbi in cui risulti complicato accertarne il superamento. Peraltro, per quanto in dottrina rimaniamo in diversi ad apprezzare maggiormente la “concorsualità forte” *a parte creditoris*, è difficile sostenere che il legislatore contemporaneo condivida lo stesso ordine di valori (v. *infra*).

⁽³⁸⁾ In tal senso, A. PACIELLO, (nt. 19), 93; G.M. NONNO, *Il presupposto soggettivo di ammissibilità e il contenuto del piano*, in AA.VV., *Sovraindebitamento e usura*, (nt. 25), 83.

⁽³⁹⁾ S. PACCHI, (n. 20), 698; M. FERRO, (nt. 25), 69; Trib. Milano, 13 ottobre 2015, in <http://www.ilfallimentarista.it>, 2.12.2015.

d) le persone fisiche prive della qualità di imprenditore, compresi i professionisti intellettuali, ordinistici e non, anche ricadenti in categorie professionali non espressamente considerate nella legge 14 gennaio 2013, n. 4, sulle “professioni non organizzate”⁽⁴⁰⁾;

e) le “società fra avvocati” regolamentate nel d. lgs. 2 febbraio 2001, n. 96, in ragione dell’espressa esclusione della soggezione alle procedure di cui alla legge fallimentare operata dall’art. 16, comma 3, di tale decreto⁽⁴¹⁾; e tendenzialmente anche le nuove “società per l’esercizio della professione forense” disciplinate nell’art. 4-*bis*, legge 31 dicembre 2012, n. 247 – introdotto dall’art. 1, comma 141, lett. b), legge 4 agosto 2017, n. 124 (che non si è curata di abrogare il predetto decreto n. 96/2001) – atteso che nel comma 3 di tale nuova disposizione è stato ribadito il principio della personalità della prestazione professionale, a mio avviso incompatibile con la sussistenza di un’”organizzazione di mezzi necessari”, caratterizzante la prestazione di impresa secondo il legislatore del 1942⁽⁴²⁾;

f) sul presupposto della normale carenza dell’esercizio di un’attività di impresa per la stessa ragione appena menzionata, le “società fra professionisti” di cui alla legge n. 183/2011 e al d.m. n. 34/2013 – entrambi silenti sul punto della soggezione a procedure di crisi – a meno che alla determinazione della prestazione che le stesse offrono sul mercato (come tipizzata sul piano del risultato obiettivo e della percezione degli utenti) concorrano decisamente mezzi reali o lavoro non professionale⁽⁴³⁾.

Si intende che chi dovesse diversamente opinare che le “società per l’esercizio della professione forense” e/o le “società tra professionisti” assumono la qualità di imprenditori – salvo voler negare che le stesse esercitino un’attività commerciale, o salvo ravvisare in concreto il mancato superamento delle soglie di cui all’art. 1, comma 2, l. fall. – dovrebbe coerentemente considerarle soggette alle disposizioni relative al fallimento e agli altri istituti

⁽⁴⁰⁾ In tal senso, A.M. LEOZAPPA, (nt. 26), 589 s. Per l’intera categoria dei professionisti, tale esito è ritenuto ingiustificato da una parte della dottrina sulla base dell’osservazione che l’organizzazione di alcuni studi professionali può assumere dimensioni notevoli: per riff. v. A. DALMARTELLO, (nt. 29), 300 ss. In ogni modo, la scelta del legislatore del codice civile di sottrarre i professionisti alla disciplina dell’impresa (salvo il caso eccezionale regolato dall’art. 2238 c.c.), è ritenuta inequivoca dalla dottrina dominante: cfr., per tutti, G. BONFANTE, G. COTTINO, *L’imprenditore*, in *Trattato Cottino*, I, Padova, Cedam, 2001, 448 ss.

⁽⁴¹⁾ Conf. A.M. LEOZAPPA, (nt. 26), 595. Si noti che l’art. 5, comma 2, lett. m), l. 31 dicembre 2012, n. 247, aveva espressamente dettato fra i principi cui il Governo avrebbe dovuto ispirare la riforma della materia, la facoltà di accesso alle procedure di cui al Capo II della legge n. 3/2012, ma la delega è decaduta, e anzi tale articolo è stato definitivamente abrogato dalla lett. c), dell’art. 1, comma 1, legge 4 agosto 2017, n. 124. D’altronde, come evidenziato da P. MONTALENTI, *Società fra professionisti, società fra avvocati, associazioni professionali: da montagna e il topolino*, in *Giur. comm.*, 2014, I, 273, le società tra avvocati di cui al d.lgs. 2 febbraio 2001, n. 96, si sono sottratte all’applicazione della normativa generale sulle società fra professionisti di cui alla legge n. 183/2011, in forza della clausola di salvaguardia contenuta nell’art. 10, comma 9 di quest’ultima legge.

⁽⁴²⁾ Per una compiuta esposizione di questa tesi debbo rinviare a N. RONDINONE, *L’«attività» nel codice civile*, Milano, Giuffrè, 2001, 404 ss. e, in sintesi, ID., *Tecniche di coinvolgimento di domini e holders nel fallimento delle imprese eterodirette e “superamento” della spendita del nome*, in *Riv. soc.*, 2015, 1095 ss.

⁽⁴³⁾ Per un quadro normativo della materia, v. G. MARASÀ, *La società fra professionisti*, in *Riv. soc.*, 2014, 429 ss. Sostiene che, specialmente se costituite in forma di società di capitali, le società fra professionisti “possono configurare imprese commerciali per l’esercizio di servizi professionali allorché – in ragione dell’oggetto sociale, della compagine sociale e della composizione degli organi amministrativi – il modulo organizzativo, adottato nel caso concreto, non assicuri che l’incarico affidato alla società sia eseguito sotto la direzione e responsabilità personale del professionista in possesso dei requisiti prescritti dalla legge” (pur potendo comunque accedere alle procedure di sovraindebitamento, in forza della sua prospettazione generale per cui queste non sarebbero impedito dalla “fallibilità”), A.M. LEOZAPPA, (nt. 26), 593 ss.

alternativi contemplati nella legge fallimentare, e dunque negare loro l'accesso alle procedure di cui al Capo II della legge n. 3/2012.

All'opposto, in linea generale, non possono essere ammessi a tali ultime procedure tutti gli imprenditori commerciali medio-grandi "fallibili", fra i quali meritano espressa menzione:

a) gli imprenditori commerciali che presentano i requisiti per accedere a una delle varie forme di amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza regolamentate nel nostro ordinamento, come noto altrimenti soggetti al fallimento e al concordato preventivo;

b) le società commerciali "a partecipazione pubblica", atteso che, superando il precedente regime – ove erano di massima sottratte alla *failure zone* le società *in house providing* ⁽⁴⁴⁾, mentre era fortemente disputata la condizione delle altre società in mano pubblica ⁽⁴⁵⁾ – l'art. 14, comma 1, del d.lgs. 19 agosto 2016, n. 175, attuativo della delega contemplata nella legge Madia (in punto non modificato dal decreto correttivo 16 giugno 2017, n. 100), ne ha sancito senza distinzioni la soggezione al fallimento e al concordato preventivo (ovvero, se ne ricorrono i presupposti, all'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza);

c) le società cooperative (non "minori") aventi per oggetto un'attività commerciale, e ogni altro ente soggetto tanto al fallimento, quanto in alternativa alla liquidazione coatta amministrativa;

d) gli imprenditori privati – in specie banche, compagnie di assicurazione, intermediari finanziari – che per la natura dell'attività esercitata e per la dimensione dell'impresa sarebbero assoggettabili al fallimento, ma per cui leggi speciali prevedano la soggezione in via esclusiva alla liquidazione coatta amministrativa, disciplinata nel suo archetipo nella legge fallimentare, salvo particolari declinazioni nelle stesse leggi speciali in relazione alla natura dell'interesse pubblico tutelato ⁽⁴⁶⁾.

Rispetto all'ultima categoria menzionata, per quanto nessuno abbia opinato un senso contrario, una conferma della preclusione in parola postulerebbe a rigori di verificare se la liquidazione coatta amministrativa, anche nel caso in cui non fosse stato dichiarato lo stato

⁽⁴⁴⁾ Cfr. la nota Cass., Sez. Un., 25 novembre 2014, n. 26283, in *Giur. comm.*, 2014, II, 5. Ricca la dottrina contraria, in genere richiamante l'esigenza di assicurare parità di trattamento fra i creditori delle società private e di quelle pubbliche, prevalente sull'interesse degli utenti a un efficiente e ininterrotto svolgimento del servizio pubblico (del resto erogabile anche nell'ambito della procedura concorsuale o assegnabile dall'ente territoriale ad altro soggetto): per rinv. v. A. DALMARTELLO, (nt. 29), 306 ss.

⁽⁴⁵⁾ Per un'equilibrata rassegna delle argomentazioni svolte dall'una e dall'altra corrente di pensiero, v. G. D'ATTORRE, *Società in mano pubblica e fallimento: una terza via è possibile*, in *Fallimento*, 2010, 504, il quale considerava scontato che, in caso di sottrazione a fallimento, le società in questione potessero accedere alle procedure da sovraindebitamento; ma v. invece Trib. La Spezia, 21 marzo 2013, in <http://www.ilfallimentarista.it>. Dal canto suo, si pronunciava in senso favorevole a prescindere dalla "non fallibilità", A.M. LEOZAPPA, (nt. 26), 599, motivando che le procedure in questione non comportano una forte ingerenza dell'Autorità giudiziaria ordinaria sulla gestione "politico-amministrativa" dell'ente e sono pur sempre attivabili solo su iniziativa del debitore.

⁽⁴⁶⁾ Cfr. M. CORDOPATRI, (nt. 25), 21; G.M. NONNO, (nt. 37), 81; *contra*, in forza della sua tesi generale, A.M. LEOZAPPA, (nt. 26), 601.

di insolvenza dell'impresa, possa essere considerata una “procedura concorsuale” nello specifico senso accolto nella legge n. 3/2012.

Un'indagine di tal genere sembra in ogni modo imprescindibile se si vogliono escludere dall'accesso alle procedure di sovraindebitamento altri enti di natura privatistica per i quali il legislatore ha previsto la soggezione alla liquidazione coatta amministrativa, senza che possa sostenersi che altrimenti sarebbero stati esposti al fallimento (se non altro non stabilmente): è il caso di non poche tipologie di cooperative e di consorzi, nonché delle “imprese sociali” (in passato ai sensi dell'art. 15 del d. lgs. 24 marzo 2006, n. 155; oggi, con espresso richiamo alla normativa generale contemplata nel r.d. 16 marzo 1942, n. 267, *ex art.* 14 del d.lgs. 3 luglio 2017, n. 112, che ha recentemente riformato la materia ⁽⁴⁷⁾).

Una seconda categoria di soggetti che induce a compiere un approfondimento della nozione di “procedura concorsuale” è quella degli enti pubblici esercenti imprese. Questi sono generalmente sottoposti alla liquidazione coatta amministrativa, ma non mancano casi in cui leggi speciali contemplano differenti procedure amministrative di liquidazione o di risanamento, anche di dubbia natura concorsuale.

Secondo un orientamento, gli enti pubblici economici – se non anche quelli esercenti imprese in via secondaria – potrebbero accedere alle procedure di cui agli artt. 6 ss. della legge n. 3/2012, al fine di soddisfare esigenze non perseguibili con le procedure amministrative per essi previste, atteso che detta legge contempla unicamente un controllo di legittimità dell'A.G.O. e soprattutto “ha carattere di chiusura del sistema, ed è quindi applicabile in tutte le situazioni per le quali l'ordinamento non appronta una specifica regolamentazione” ⁽⁴⁸⁾. Si evidenzia altresì che si tratta pur sempre di una semplice facoltà, di cui l'ente potrebbe avvalersi su base di convenienza e compatibilmente con il suo regime amministrativo ⁽⁴⁹⁾.

Ma la maggior parte degli interpreti si è espressa in senso negativo, argomentando principalmente che, sulla base di una valutazione generale espressa nell'art. 1 l. fall., l'intera categoria degli enti pubblici è sottratta alle procedure “concorsuali giudiziali”, in quanto queste – fra cui rientrano anche le procedure di sovraindebitamento, in cui è il G.D. a nominare il liquidatore *ex art.* 14-*quinquies* – sono suscettibili di determinare un'ingerenza del giudice ordinario nel campo di azione e vigilanza della pubblica amministrazione (violando la c.d. “riserva di amministrazione”) e di ingenerare una discriminazione rispetto ad altri enti non parimenti facoltizzati. D'altronde, si aggiunge, il legislatore vuole rimanere libero di disciplinare la crisi di detti enti nella maniera che ritiene più conforme all'interesse pubblico implicato, anche optando immediatamente per la soluzione liquidatoria: a questa stregua, è sufficiente che sia prevista una procedura di natura amministrativa, anche “non concorsuale”

⁽⁴⁷⁾ *Contra*, A.M. LEOZAPPA, (nt. 26), 601 s.

⁽⁴⁸⁾ In tal senso, con riferimento a un IPAB, e valorizzando in proposito la circostanza che la procedura amministrativa contemplata nella normativa di settore non prevedesse la *chance* del risanamento (presupposto poi contestato dal giudice del reclamo, in relazione alla c.d. fase commissariale prevista in tale normativa), Trib. Treviso, 9 dicembre 2015 (decr. omologa), come menzionato nel provvedimento di cui *infra* alla nota 52. Per Trib. Ravenna, 15 febbraio 2016, in <http://www.ilcaso.it>, l'accesso alle procedure di sovraindebitamento postula invece che l'ente pubblico non abbia adottato forme privatistiche e l'impresa esercitata non sia commerciale.

⁽⁴⁹⁾ Così, A.M. LEOZAPPA, (nt. 26), 598.

e comunque indirizzata (alla liquidazione come al risanamento), per escludere l'accesso alle procedure di sovraindebitamento ⁽⁵⁰⁾.

Un terzo gruppo di soggetti per i quali si manifesta incertezza sul punto della facoltà di accesso alle procedure in questione è rappresentato dagli enti del Libro I del codice civile. Un primo problema è che, se essi esercitano in concreto un'impresa commerciale, secondo i più acquisiscono la qualità di soggetto "fallibile" ⁽⁵¹⁾. Ma occorre anche tenere conto che per le fondazioni e le associazioni dotate di personalità giuridica dovrebbe trovare applicazione la procedura di liquidazione generale regolamentata nelle disposizioni di attuazione del codice civile ⁽⁵²⁾.

Al fine di risolvere i casi dubbi appena enumerati, il comune nodo interpretativo che occorre sciogliere concerne la nozione di "procedura concorsuale" di cui agli artt. 6, comma 1, e 7, comma 2, lett. a) della legge n. 3/2012, poiché il requisito della "diversità" dalle procedure ivi regolamentate presuppone necessariamente l'identificazione di una categoria generale. Non ci si può dunque sottrarre al tentativo di metterla a fuoco (nel prossimo §), reso arduo dalle circostanze che in alcun luogo normativo è riscontrabile una definizione di "procedura concorsuale" e anche in dottrina i confini di tale categoria concettuale sono fortemente disputati.

A esito di tale indagine, potrà essere formulata una risposta per i menzionati casi rimasti in sospeso. Diversamente – anticipo – ai fini di valutare l'ulteriore fattispecie controversa del socio illimitatamente responsabile di società "fallibile", e anche l'estensione della nozione di "consumatore" rilevante ai fini dell'accesso alla speciale procedura prevista

⁽⁵⁰⁾ Questa *summa* argomentativa è svolta da Trib. Treviso, 12 maggio 2016 (decr. reso in sede di reclamo *ex art.* 12, comma 2), in *Dir. fall.*, 2017, II, 272, con nota adesiva di R. BATTAGLIA, *Il problema dell'(in)applicabilità agli enti pubblici della disciplina sul sovraindebitamento: il caso degli IPAB*, 277 ss., spec. 295, ove sostiene che il "cumulo" di strumenti di soluzione della crisi può fondarsi solo su una norma espressa, come nel caso dell'imprenditore agricolo. Altre opinioni favorevoli a escludere gli enti pubblici dall'accesso alle procedure di sovraindebitamento sono più laconiche: G.M. NONNO, (nt. 37), 85, adduce che praticamente per ciascuno di essi sono disposte se non altro procedure collettive di liquidazione; M. CORDOPATRI, (nt. 25), 22, motiva che le procedure di sovraindebitamento appaiono poco consone a regolare situazioni debitorie in cui normalmente predomina l'Amministrazione finanziaria dello Stato.

⁽⁵¹⁾ In sintesi, si contendono il campo tre orientamenti: a) per il primo, ormai maggioritario, al fine dell'acquisizione della qualità di imprenditore dell'ente è sufficiente sia riscontrato lo stabile esercizio di un'attività economica organizzata al fine della produzione o dello scambio di beni o servizi (cfr. App. Venezia, 20 luglio 2015, in *Giur. comm.*, 2017, II, 135; Trib. Milano, 28 ottobre 2011, in *Fallimento*, 2012, 78; Trib. Alba, 25 marzo 2009, *ivi*, 2009, 1427; G. MARASÀ, *Contratti associativi e impresa. Attualità e prospettive*, Padova, Cedam, 1995, 146 ss.; A. CETRA, *L'impresa collettiva non societaria*, Torino, Giappichelli, 2003, 68); b) per il secondo, allo stesso fine occorre che tale attività assurga a oggetto esclusivo o principale dell'ente (Cass., 9 novembre 1979, n. 5770, in *Giust. civ.*, 1980, 2255; W. BIGIAMI, *La professionalità dell'imprenditore*, Padova, Cedam, 1948, 86 ss.; F. GALGANO, *Delle associazioni non riconosciute e dei comitati*, in *Commentario Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1978, 88 ss.); c) per il terzo, è normalmente esclusa la qualifica di imprenditore per carenza del requisito della professionalità, in quanto, purché non vengano violate le regole poste dal Libro I° del codice civile, l'attività di impresa rimane "strutturalmente" accessoria a quella istituzionale (N. RONDINONE, *Il caso della fondazione "abusiva" d'impresa quale paradigma di applicazione della teoria dell'impresa agli enti del Libro I del codice civile*, in *Dir. fall.*, 2005, II, 889 ss.). Altri rife. in E. MORINO, *Società di fatto, associazione e scopo di lucro: un nodo gordiano ancora da sciogliere*, in *Giur. it.*, 2014, 2, 349.

⁽⁵²⁾ Chi si pronuncia a favore del loro accesso alle procedure di sovraindebitamento, come A. PACIELLO, (nt. 19), 94, si pone in effetti il problema di verificare la compatibilità fra la normativa correlativa e la disciplina codicistica, fra l'altro caratterizzata da molteplici rinvii alle norme sulla liquidazione coatta amministrativa.

per tale categoria, l'interpretazione sistematica dovrà essere corroborata dal canone teleologico.

5. *Il nodo interpretativo della controversa nozione di “procedura concorsuale”.*

In un passato ormai remoto l'appellativo di “procedura concorsuale” era tradizionalmente riservato alle sole procedure regolamentate nella versione originaria del r.d. 16 marzo 1942, n. 267, in quanto accomunate da un'accezione “forte” del principio di concorsualità, caratterizzata dall'eliminazione dello stato di insolvenza del debitore e soprattutto da una tutela accentuata dei suoi creditori – se non altro comparativamente alle procedure esecutive individuali disciplinate nel codice di procedura civile – principalmente discendente dall'assoggettamento dell'intero suo patrimonio (altresì rimpinguabile mediante l'esercizio delle azioni revocatorie e di responsabilità), e dalla rigorosa applicazione del principio della *par condicio* ⁽⁵³⁾.

Nel dibattito in materia vi era per vero la consapevolezza che tale ultimo principio, espresso con vocazione generale dall'art. 2741 c.c., designasse solo una regola di tendenza ⁽⁵⁴⁾, declinata in differenti gradi di intensità in molteplici istituti ove deve farsi luogo alla liquidazione di un patrimonio (ad es., nella liquidazione dei patrimoni delle persone giuridiche private o delle eredità accettate con beneficio di inventario, o nella limitazione del debito dell'armatore), e all'opposto disattesa in altri (ad es., nella liquidazione delle società non insolventi), di massima a seconda che fosse stata accertata o fosse probabile una situazione di incapienza patrimoniale ⁽⁵⁵⁾.

In quest'ottica, si ammetteva che potesse concepirsi anche una concorsualità in senso “debole”, implicante puramente il divieto di azioni esecutive individuali e il perseguimento della *par condicio* in presenza di una situazione di insufficienza del patrimonio a soddisfare tutti i creditori, elementi appunto già ravvisabili, in ambito civilistico, nei procedimenti regolamentati negli art. 14 ss. d. att. c.c. per la liquidazione generale dei beni delle persone giuridiche, e negli art. 503 ss. c.c. per la liquidazione dei beni dell'eredità beneficiata ⁽⁵⁶⁾. Ma come riferito, non si riteneva dai più che questi potessero qualificarsi come “procedure concorsuali” in senso proprio.

Per la verità, a partire dalla fine degli anni '70, la regola della *par condicio creditorum* è stata intaccata nel suo stesso ambito elettivo (della materia fallimentare) in forza delle non poche eccezioni introdotte dalle varie normative succedutesi sull'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi, tanto da essersi sostenuto fosse ormai degradata al

⁽⁵³⁾ Così, per tutti, E. GARBAGNATI, *Fallimento ed azioni dei creditori*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1960, I, 371, che richiamava il fine unitario di “evitare un'affannosa gara di velocità fra i creditori del commerciante insolvente”.

⁽⁵⁴⁾ Cfr. V. COLESANTI, <<Mito e realtà della “par condicio”>>, in *Fallimento*, 1984, 32 ss.

⁽⁵⁵⁾ Su questo denominatore comune, v. M. RESCIGNO, *Contributo allo studio della par condicio creditorum*, in *Riv. dir. civ.*, 1984, I, 369 ss.; conf., B. INZITARI, *Effetti del fallimento per i creditori*, in *Le procedure concorsuali. Il fallimento*, in *Trattato Ragusa Maggiore - Costa*, II, Torino, Utet, 1997, 30 ss.

⁽⁵⁶⁾ Cfr., con differenti sfumature di pensiero, A. BONSIGNORI, *Il fallimento*, in *Trattato Galgano*, IX, Padova, Cedam, 1986, 87 ss.; A. GAMBINO, *I gruppi nelle procedure concorsuali minori*, in *Giur. comm.*, 1993, I, 367 ss.; G. TERRANOVA, *Le procedure concorsuali. Problemi d'una riforma*, Milano, Giuffrè, 2004, 59 s.; A. NIGRO, (nt. 1), 16.

rango di eccezione ⁽⁵⁷⁾. Ma soprattutto essa ha subito gravi *vulnera* con la riforma della disciplina del fallimento e del concordato preventivo recata nel 2005-2007 (e rifinita negli anni successivi); il che ha indotto gli interpreti più avvertiti a interrogarsi se il concetto generale di “procedura concorsuale” dovesse formare oggetto di sostanziale rielaborazione ⁽⁵⁸⁾.

In proposito, credo possa ancora sostenersi che, finanche nell’attuale assetto normativo, specificamente il “concorso fallimentare” di cui al r.d. 16 marzo 1942, n. 267, rimane caratterizzato dall’obiettivo di apprestare una tutela rafforzata dei creditori dei soggetti fallibili rispetto ai creditori dei soggetti non fallibili, sotto i due seguenti profili:

a) sul piano dell’oggetto della liquidazione, è assoggettato alla procedura l’intero patrimonio dell’imprenditore, inerente all’impresa o ad essa estraneo (compresi i beni che dovessero pervenirgli nel corso della procedura, ed esclusi invece i beni personali *ex art. 46 l. fall.*), rigorosamente non intaccabile a vantaggio di singoli creditori – essendo qualificati come inefficaci ed eventualmente anche sanzionati penalmente gli atti del debitore che dovessero operare in tale direzione – e anzi suscettibile di essere incrementato in prospettiva riequilibratrice mediante le azioni revocatorie fallimentari (più ampiamente, mediante la dichiarazione di inefficacia di atti pregiudizievoli ai creditori) e attraverso le azioni di responsabilità civile e altre azioni o diritti patrimoniali ⁽⁵⁹⁾.

b) sul piano dei soggetti concorrenti alla distribuzione del ricavato, sono previsti dei meccanismi di informativa d’ufficio per mettere nella condizione di partecipare al concorso tutti i soggetti che siano creditori al momento della dichiarazione di fallimento – compresi quelli il cui credito non sia stato accertato giudizialmente e non sia certo, liquido ed esigibile – i quali sono posti sullo stesso piano indipendentemente dalla data di scadenza del debito (su cui durante la procedura non decorreranno interessi, salve alcune eccezioni) e soprattutto inibiti a esercitare o proseguire azioni esecutive individuali ⁽⁶⁰⁾.

⁽⁵⁷⁾ Cfr. P.G. JAEGER, <<Par condicio creditorum>>, in *Giur. comm.*, 1984, I, 91; V. ROPPO, *La responsabilità patrimoniale del debitore*, in *Trattato Rescigno*, 19, Torino, Utet, 1985, 408 ss.; G. TARZIA, *Par aut dispar condicio creditorum*, in *Riv. dir. proc.*, 2005, 11 ss.

⁽⁵⁸⁾ V. specialmente G. TERRANOVA, *Il concordato <<con continuità aziendale>> e i costi dell’intermediazione giuridica*, in *Dir. fall.*, 2013, I, 13, secondo il quale, seppure – avuto riguardo alle nuove regole sul concordato per classi, alla sterilizzazione della revocatoria, alla facoltà di pagare creditori anteriori se fornitori indispensabili per il concordato in continuità – il riparto proporzionale e il rispetto della *par condicio creditorum* non rappresentano più elementi qualificanti del concetto di “procedura concorsuale” rimodellato a esito delle riforme del r.d. 16 marzo 1942, n. 267; nondimeno, la concorsualità fallimentare (tuttora “amministrata”, ossia dipendente da scelte discrezionali del giudice) rimane contrassegnata dalla “prevalenza dell’interesse della massa sull’interesse dei singoli creditori”, e pur sempre in nome della tutela “dinamica” del primo, fatto [forzosamente] coincidere con l’interesse a mantenere in vita l’impresa, vengono giustificate nuove cause di prelazione o all’opposto declassamenti.

⁽⁵⁹⁾ Su quello che viene spesso chiamato principio di “universalità” o “globalità” dell’oggetto v., fra i molti, A. CANDIAN, *Il processo di fallimento*², Padova, Cedam, 1939, 53 ss.; F. FERRARA JR (- A. BORGIOI), *Il fallimento*⁷, Milano, Giuffrè, 1995, 40 ss., partic. 46, per cui il fallimento sotto il profilo in esame tutela ciascun creditore “non solo nei confronti dei creditori con cui concorre (concorso del resto non essenziale), ma anche e soprattutto contro l’attività del debitore”.

⁽⁶⁰⁾ Sul principio della “generalità” o “universalità” soggettiva v., fra gli altri, R. PROVINCIALI, *Trattato di diritto fallimentare*, I, Milano, Giuffrè, 1974, 10; G.A. MICHELI, *Amministrazione controllata concordato preventivo e fallimento*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1960, 1404 ss.

Pertanto, rimane fermo che il fallimento persegue una tutela rafforzata e su basi paritarie dei creditori in termini più marcati che nell'espropriazione forzata individuale, in ultima analisi al fine di incentivare la concessione di credito pecuniario alle imprese commerciali (con ciò evidentemente incidendo anche sui costi correlativi) nell'interesse del sistema economico e quindi della collettività ⁽⁶¹⁾.

In effetti, una corretta enucleazione delle caratteristiche proprie dell'imprenditore commerciale non piccolo consente di comprendere che si tratta di un soggetto che, per la natura dell'attività esercitata e la rilevanza dell'organizzazione di cui si avvale, dovendo affrontare un equilibrio difficile fra scadenze attive e passive, più facilmente degli altri soggetti esercenti attività professionali può mettere a repentaglio la garanzia patrimoniale dei suoi creditori "passivi" e diventare insolvente. Pertanto, la procedura esecutiva collettiva prevista per l'ipotesi della sua insolvenza rimane essenzialmente finalizzata a incentivare la concessione al medesimo di credito (specie in sede di compimento degli affari "passivi"), nonostante la minore stabilità della garanzia patrimoniale che esso offre ⁽⁶²⁾.

Ciò rilevato per quanto concerne l'attuale assetto funzionale della procedura fallimentare e la sua coerente limitazione agli imprenditori commerciali medio-grandi, non si può negare che nella legge fallimentare riformata è oggi rinvenibile un altro blocco normativo – comprendente tutti gli istituti di salvataggio dell'impresa in crisi – che si distacca notevolmente dal primo per l'ordine di valori cui è ispirato, ampiamente mutuato da ordinamenti in cui la "commercialità" non rappresenta una categoria speciale e comunque non incide sulla conformazione delle procedure di crisi.

Nella disciplina di tali istituti "alternativi" la tutela della *par condicio creditorum* e l'obiettivo di stimolare *ex ante* l'efficienza della gestione e la regolarità dei pagamenti, tipicamente *a parte creditoris*, sono sotto-ordinati a uno spiccato *favor* per le soluzioni conservative dell'impresa e per l'esdebitazione dell'imprenditore. Risulta quindi meno comprensibile la loro (mantenuta) circoscrizione agli imprenditori commerciali medio-grandi e nel contempo si spiega che il modello a essi sotteso si prestasse a essere esteso ai debitori civili e agli imprenditori "minori", con una ancor più marcata rivisitazione delle regole concorsuali *a parte debitoris*.

⁽⁶¹⁾ Ed anzi il divario è probabilmente aumentato dopo i ritocchi operati nel 2005 al Libro IV e in specie all'art. 499 del codice di rito, nella direzione, da un lato, di limitare l'intervento nella procedura esecutiva ordinaria ai soli creditori muniti di titolo esecutivo, sequestro conservativo attuato sul bene pignorato, o diritto reale di garanzia, ovvero titolari di un credito di somme di denaro risultanti dalle scritture contabili di cui agli artt. 2214 ss. c.c.; dall'altro, di generalizzare la facoltà del creditore pignorante di indicare agli intervenienti altri beni pignorabili, cui questi sono tenuti a estendere il pignoramento se non vogliono che il primo venga loro preferito: cfr. O. DESIATO, *L'intervento dei creditori nell'esecuzione forzata*, in *Riv. es. forz.*, 2007, 277 ss.; e v. già D. GALLETTI, *La ripartizione del rischio di insolvenza. Il diritto fallimentare tra diritto ed economia*, Bologna, Il Mulino, 2006, 57, nt. 18. In senso opposto altri, fra cui C. FERRI, *L'esdebitazione*, in *Fallimento*, 2005, 1092, D. SPAGNUOLO, (nt. 15), 183 ss., adducono che la riforma dell'art. 492 c.p.c. – sul punto rimodulato e integrato con l'art. 492-bis mediante ulteriori interventi fra il 2014 e il 2016 – avrebbe conferito all'esecuzione individuale carattere di maggiore universalità, avuto riguardo al potere dell'ufficiale giudiziario, allorquando i beni pignorati appaiono insufficienti, di raccogliere informazioni al fine di reperire altri cespiti del debitore idonei al soddisfacimento del credito per cui si procede.

⁽⁶²⁾ Per un'ampia dimostrazione di questi assunti rinvio a N. RONDINONE, (nt. 3), 174 ss., e in sintesi ID., (nt. 30), 179 ss.

Da parte degli interpreti non si è mancato di riconoscere che il nuovo concordato preventivo presenta un livello di concorsualità “minore” della procedura fallimentare, ma comunque fondato sul fatto che il primo può pur sempre determinare lo spossessamento dei beni dell’impresa e soprattutto è stabilmente destinato a esplicare efficacia nei confronti dell’intera collettività dei creditori; coerentemente, proprio la carenza di tali elementi ha condotto invece la maggioranza degli studiosi a negare carattere concorsuale agli accordi di ristrutturazione dei debiti ⁽⁶³⁾, e ancor più ai piani attestati di risanamento avuto riguardo alla loro inidoneità a garantire la *par condicio creditorum* ⁽⁶⁴⁾.

L’annacquamento della categoria generale delle “procedure concorsuali” ha quindi conosciuto un ulteriore passaggio, questa volta normativo – e non meramente ermeneutico – appunto con la versione finale della legge n. 3/2012, nella quale il legislatore ha espressamente qualificato le tre nuove procedure collettive tutte come “concorsuali” (cfr. art. 6, comma 1, e art. 7, comma 2, lett. a; e v. anche l’inciso <<ai soli effetti del concorso>> nell’ambito degli artt. 9, comma 3-ter e 14-ter, comma 7).

I commentatori hanno di massima tenuto ferma tale qualificazione legislativa, salvo comunemente osservare che le tre procedure appaiono *debtor oriented*, in maniera più marcata che non gli istituti alternativi al fallimento nel r.d. 16 marzo 1942, n. 267, e presentano carattere “volontario”, presupponendo che il debitore abbia assunto l’“iniziativa” di proporre una, atteso che anche l’ipotesi della conversione nella procedura di “liquidazione del patrimonio” su richiesta dei creditori postula pur sempre che il primo avesse promosso una delle due procedure di composizione della crisi ⁽⁶⁵⁾.

Sulla esatta natura giuridica degli istituti introdotti nel Capo II della legge n. 3/2012 si è molto dibattuto. In sintesi, il procedimento di liquidazione è generalmente accostato al fallimento come procedura esecutiva collettiva nell’interesse dei creditori, ma non si manca di sottolineare che difetta nitidamente delle stigmate della “concorsualità forte” ⁽⁶⁶⁾.

Nel caso dell’accordo di composizione della crisi, chiaramente ispirato al modello del concordato preventivo sotto il profilo delle scansioni procedurali e della produzione degli

⁽⁶³⁾ In tal senso, nonostante lo scrutinio compiuto dal giudice dell’omologazione, A. CARLI, *Accordi di ristrutturazione dei debiti ed impresa in crisi*, in *Contr. impr.*, 2009, 413 s.; M. SCIUTO, *Effetti legali e negoziali degli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, I, 368; V. BELLUCCI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti (prima e dopo il decreto correttivo n. 169 del 12 settembre 2007)*, in *Riv. dir. comm.*, 2008, I, 509 ss.; Trib. Bologna, 17 novembre 2011, in *Fallimento*, 2012, 594; *contra*, sull’assunto che l’istituto garantisce la *par condicio creditorum*, tipica espressione della concorsualità, E. FRASCAROLI SANTI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti. Un nuovo procedimento concorsuale*, Padova, Cedam, 2009, 81 ss. Altri riff. in L. BALESTRA, *Sul contenuto degli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Giur. comm.*, 2014, I, 285 ss.

⁽⁶⁴⁾ Cfr. per tutti, M. FERRO, *Sub art. 67, co. 3, lett. d)*, in *La legge fallimentare. Commentario teorico-pratico*², a cura del medesimo, Padova, Cedam, 2011, 761, 774 s., il quale rincara che sui piani neppure è previsto il controllo dell’autorità giudiziaria se non quello eventuale in caso di promozione dell’azione revocatoria da parte del curatore fallimentare.

⁽⁶⁵⁾ V., fra gli altri, F. MACARIO, *Sovraindebitamento e procedure di esdebitazione per i debitori <<non fallibili>>*. *Il completamento della riforma*, in *ODCC*, 2012, 211; C. COSTA, (nt. 25), 666; A. DALMARTELLO, (nt. 29), 295, per cui elemento comune alle procedure di cui al Capo II della legge n. 3/2012 sarebbe l’assenza del c.d. “secondo round” della gestione della crisi, quello “in cui il debitore è messo da parte”.

⁽⁶⁶⁾ Cfr. R. DONZELLI, *Il procedimento di liquidazione del patrimonio. La fase di apertura e la fase di accertamento del passivo*, in AA.VV., *La “nuova” composizione della crisi*, (nt. 25), 67. Pone all’indice specialmente la <<sostanziale assenza dell’apparato revocatorio, risarcitorio e repressivo>> tipico della procedura fallimentare, A. DALMARTELLO, (nt. 29), 296 ss.

effetti ⁽⁶⁷⁾, si reputa dai più che sia anch'esso inquadrabile fra le procedure concorsuali giudiziali, salvo discutersi specularmente sui limiti del sindacato del giudice ⁽⁶⁸⁾.

E' diversamente subito parsa incerta la natura giuridica del “piano del consumatore”, che in particolar modo surroga il consenso dei creditori con una valutazione positiva da parte dell'autorità giudiziaria della fattibilità della proposta e della meritevolezza del debitore in relazione alle cause del sovraindebitamento ⁽⁶⁹⁾.

L'elemento minimale caratterizzante anche quest'ultimo, tale da suffragarne la connotazione in termini di “concorsualità minore”, è stata tuttavia rinvenuto nella cogenza per tutti i creditori anteriori, compresi quelli estranei o non aderenti all'accordo o al piano (che secondo la prima versione della legge in parola invece avrebbero dovuto essere pagati integralmente) ⁽⁷⁰⁾. Siffatta cogenza rappresenta in effetti il presupposto logico per l'apertura del concorso, la quale per i più porta con sé naturalmente – dunque in tutte e tre le procedure – l'applicazione della regola della *par condicio creditorum*, fatte salve le cause legittime di prelazione ⁽⁷¹⁾

Se si concorda con la ricostruzione che precede, si deve concludere che la nozione di <<procedura concorsuale>> è stata assunta dalla legge n. 3/2012 nel senso “debole” appena descritto, secondo un'accezione della stessa già abbozzata dalla dottrina più risalente – ma a suo tempo ritenuta non rispondente alla effettiva estensione semantica del concetto – la quale aveva acquisito maggior rango “dogmatico” già nel contesto del dibattito sulla natura del concordato preventivo e degli altri istituti di salvataggio dell'impresa dopo la riforma della legge fallimentare.

6. *Enti pubblici ed enti privati non lucrativi nel “frammentato” sistema concorsuale debtor oriented.*

Su queste basi, appare possibile formulare una motivata risposta circa le posizioni dubbie indicate nella parte finale del § 4.

In primo luogo, atteso che la liquidazione coatta amministrativa, se non altro come modellata in linea generale negli art. 195 ss. l. fall., è annoverabile certamente fra le procedure

⁽⁶⁷⁾ Il rilievo è comune: v. L. PANZANI, (nt. 31), 27; R. DONZELLI, *Prime riflessioni sui profili processuali delle nuove procedure concorsuali in materia di sovraindebitamento*, in *Dir. fall.*, 2013, I, 611, nt. 6; R. TISCINI, *I procedimenti di composizione della crisi da sovraindebitamento e di liquidazione del patrimonio*, in *Riv. dir. proc.*, 2013, 654 s., secondo la quale permangono peraltro “taluni sintomi di <<negozialità>>”.

⁽⁶⁸⁾ Per l'inquadramento in specie fra le procedure concorsuali “deliberative”, v. F. DI MARZIO, (nt. 33), 11 ss.; conf., D. MANENTE, (nt. 34), 571, 592; *contra*, opinando trattarsi nemmeno di una procedura esecutiva, quanto piuttosto di un procedimento su base volontaria finalizzato al raggiungimento di un accordo, A. MAFFEI ALBERTI, *Sub art. 7 legge n. 3/2012*, in *Commentario breve alla legge fallimentare*⁶, Padova, Cedam, 2013, 2030; e v. anche G. LO CASCIO, (nt. 28), 814, che ne sottolinea il carattere “ibrido”.

⁽⁶⁹⁾ Secondo F. DI MARZIO, (nt. 33), 13 s., si tratterebbe di una particolare forma di “concordato coattivo” giustificata dall’“interesse, di ordine pubblico economico, alla definizione ragionevole della situazione di sovraindebitamento di coloro che non svolgono un'attività economica”.

⁽⁷⁰⁾ Cfr. A. GUIOTTO, (nt. 31), 1287; F. DI MARZIO, (nt. 33), 10 ss.; R. TISCINI, (nt. 66), 650 s.; D. MANENTE, (nt. 34), 569; R. DONZELLI, (nt. 66), 614; ne nega la natura concorsuale, V. DE SENSI, *La nuova disciplina delle crisi di sovraindebitamento: dubbi sulla sua natura concorsuale*, in *Riv. dir. comm.*, 2013, I, 629.

⁽⁷¹⁾ In tal senso, L. PANZANI, (nt. 31), 5; D. MANENTE, (nt. 34), 592 s.; F. DI MARZIO, (nt. 33), spec. 13.

concorsuali nel senso “debole” appena chiarito ⁽⁷²⁾ – in misura più marcata laddove sia accompagnata dalla dichiarazione dello stato di insolvenza dell’impresa (dalla quale discende l’operatività delle regole sulle revocatorie fallimentari e sulle responsabilità) – non possono accedere alle procedure regolate nel Capo II della legge n. 3/2012 gli enti che vi siano soggetti in esclusiva, e fra essi segnatamente: “imprese sociali”, società cooperative non aventi a oggetto un’attività commerciale, vari tipi di consorzi, oltre a banche, compagnie di assicurazione, intermediari finanziari, etc.

La stessa conclusione vale rispetto agli enti pubblici esercenti imprese, che risultassero sottoposti alla liquidazione coatta amministrativa in termini conformi all’archetipo di cui agli artt. 195 ss. l. fall. Qualora invece fossero soggetti a procedure differenti per struttura ed effetti, a indirizzo liquidatorio o anche di risanamento, laddove a queste non potesse ascriversi nemmeno una connotazione concorsuale “in senso debole”, poiché prive del carattere della cogenza nei confronti di tutti i creditori, si dovrebbe accordare agli enti in questione la facoltà di accedere alle procedure di sovraindebitamento.

Questo esito interpretativo può non persuadere in ragione della violazione della c.d. “riserva di amministrazione”, oltre che per le altre argomentazioni sopra ricordate addotte dagli interpreti che l’hanno avvertito. Ma il dato normativo depone nitidamente in tal senso. E d’altronde non si può negare che il legislatore contemporaneo ha già infranto il tabù dell’ingerenza dell’Autorità giudiziaria ordinaria nella sfera di azione della Pubblica Amministrazione, laddove (come detto) ha riconosciuto che le società a partecipazione pubblica sono assoggettabili al fallimento.

Venendo all’ultimo gruppo di casi controversi, deve all’inverso ritenersi che non possano accedere alle procedure da sovraindebitamento le associazioni e le fondazioni dotate di personalità giuridica, in quanto, come già evidenziato dalla dottrina più risalente sopra citata, anche le norme sulla loro liquidazione generale dettate in sede di disposizioni di attuazione del codice civile – che del resto rinviano a diverse norme sulla liquidazione coatta amministrativa nella legge fallimentare – implicano il divieto di azioni esecutive individuali e il tendenziale perseguimento della *par condicio creditorum* in presenza di una situazione di insufficienza del patrimonio a soddisfare tutti i creditori.

Se hanno fondati dubbi sulla capienza del patrimonio dell’ente, infatti, i liquidatori nominati dal tribunale sono tenuti a procedere secondo le regole della “liquidazione generale”, in forza delle quali si apre il concorso di tutti i creditori sul patrimonio dell’ente in conformità agli artt. 52-63 l. fall.; è inibito l’inizio e la prosecuzione di azioni esecutive individuali; la formazione dello stato passivo e la distribuzione dell’attivo seguono criteri tipicamente concorsuali; è possibile l’esperimento di revocatorie ordinarie, unicamente non anche di revocatorie fallimentari ⁽⁷³⁾. E’ insomma riscontrabile un livello di concorsualità “in senso debole”, certamente non inferiore a quello che connota le procedure di cui al Capo II della legge n. 3/2012.

⁽⁷²⁾ R. BATTAGLIA, (nt. 49), 287.

⁽⁷³⁾ Cfr. G. BONFANTE, G. COTTINO, (nt. 39), 536, secondo cui a fronte di tali regole non vale la pena interrogarsi più di tanto sulla “fallibilità” degli enti in questione.

Per quanto concerne da ultimo le associazioni non riconosciute, a mio avviso sarà alle stesse stabilmente preclusa la strada delle procedure da sovraindebitamento laddove (come spesso accade) nel loro statuto sia prevista l'applicazione delle norme sulla liquidazione delle associazioni riconosciute. Diversamente, occorre verificare se esse esercitino in concreto un'impresa con modalità tali da avere acquisito – secondo quanto ritenuto dalla maggioranza degli interpreti – la qualità di imprenditore commerciale non minore (allora soggetto a fallimento); solo in caso negativo, potranno accedere alle procedure di cui al Capo II della legge n. 3/2012.

La rassegna appena svolta dimostra fra l'altro che il nostro ordinamento concorsuale, una volta che si assume la nozione di procedura concorsuale nei termini affievoliti di cui si è riferito, non può più dirsi caratterizzato a rigori come un sistema binario: vale a dire che il modello a “concorsualità differenziata” cui siamo oggi approdati conosce suddivisioni e frammentazioni ulteriori che non la mera contrapposizione fra imprenditori commerciali medio-grandi e soggetti non fallibili.

In effetti, se il criterio di identificazione della categoria generale della “concorsualità” non è più correlato alla prescrizione di un complesso di regole tipicamente preordinate a rafforzare la tutela della massa creditoria, bensì al preminente obiettivo di appagare il bisogno del debitore di raggiungere soluzioni della sua crisi opponibili a tutti i creditori – i cui interessi sono tutelati solo in subordine ovvero in specifici procedimenti – non ci si può stupire che nel nostro ordinamento concorsuale abbiano oggi a riscontrarsi plurime tipologie di “procedure concorsuali”, ciascuna variamente commisurata alle caratteristiche specifiche del debitore.

7. *L'accesso alla concorsualità a parte debitoris del socio illimitatamente responsabile di società “fallibile”.*

Una disamina ulteriore postula il caso più spinoso e controverso, concernente la posizione del soggetto che non sia già “fallibile” in forza dell'esercizio di un'impresa individuale, ma abbia la qualità di socio illimitatamente responsabile di una s.n.c., s.a.s. o s.a.p.a., la quale sia assoggettabile a fallimento (o all'amministrazione straordinaria delle grandi imprese insolventi) in quanto esercente attività commerciale e non ricadente sotto le soglie di cui all'art. 1, comma 2, l. fall. ⁽⁷⁴⁾.

In questa ipotesi, abbiamo a che fare con un soggetto che non può essere dichiarato fallito (o insolvente) in via diretta e autonoma in forza della sua qualità di imprenditore commerciale medio-grande, ma solo “in via di estensione” in forza del disposto di cui all'art. 147 l. fall. (o degli artt. 23-25 del d. lgs. n. 270/1999, qualora la società abbia acceduto all'amministrazione straordinaria delle grandi imprese insolventi).

⁽⁷⁴⁾ Laddove la società con soci a responsabilità illimitata non sia “fallibile”, potranno ricorrere a una procedura da sovraindebitamento tanto l'una quanto (finanche in parallelo, non ostandovi alcun dato normativo) gli altri: *contra*, F. PASQUARIELLO, *L'accesso del socio alle procedure di sovraindebitamento: una grave lacuna normativa*, in *Fallimento*, 2017, 205 ss., per la quale l'accesso dovrebbe essere precluso ai soci illimitatamente responsabili, mentre nella procedura avviata dalla società si pone il dubbio se gli effetti esdebitatori e/ablativi possano estendersi ai soci illimitatamente responsabili pure in mancanza di norme quali gli artt. 184 cpv. e 147 l. fall. (per i primi propendendo per l'affermativa, laddove il piano abbia cura di prevederlo espressamente).

L'elemento differenziale della soggezione a fallimento solo "di rimbalzo" è stato ritenuto da alcuni di per sé solo giustificativo della facoltà per i soci illimitatamente responsabili di accedere alle procedure di cui al Capo II della legge n. 3/2012 ⁽⁷⁵⁾.

Altri hanno invece motivato nella stessa direzione che il requisito di inammissibilità di cui alla lett. a) dell'art. 7, comma 2 (invero nella versione precedente alla novella), logicamente dovrebbe operare solo con riferimento alle procedure "attivabili su iniziativa dello stesso debitore" ⁽⁷⁶⁾.

Sul piano dell'interpretazione letterale, si è tuttavia replicato che nell'ambito del dato positivo corrispondente agli attuali artt. 6, comma 1, e 7, comma 2, lett. a), della legge n. 3/2012, l'elemento preclusivo dell'assoggettabilità a procedure concorsuali <<diverse>> non contempla alcuna distinzione correlata a che possa pervenirsi a queste in via diretta o meno, in via volontaria o meno ⁽⁷⁷⁾.

E' chiaro che, se si mantiene la disputa sul piano meramente formale, non si può approdare a risultati incontrovertibili; né, come si è anticipato, in questo caso ci può aiutare la ridefinizione della nozione di "procedura concorsuale" sopra svolta nel § 5. Occorre quindi confrontare le due contrapposte interpretazioni in relazione alle conseguenze funzionali che determinano e alla loro rispondenza alle finalità perseguite dal legislatore.

Sotto il primo profilo, la discussione verte principalmente sul rischio che successivamente la società sia dichiarata fallita, e con essa i soci illimitatamente responsabili. In proposito, i fautori della tesi estensiva hanno osservato che mediante l'art. 12, comma 5, della legge n. 3/2012 il legislatore ha comunque riconosciuto carattere preminente al concorso fallimentare, prevedendo che esso subentri a quello "minore"; e d'altronde "nell'ipotesi del fallimento in estensione l'attivo, nel frattempo conservato a tutela dei creditori, potrà essere acquisito dal curatore" ⁽⁷⁸⁾.

A ciò si è replicato che, se si consentisse al socio illimitatamente responsabile di accedere a una procedura di sovraindebitamento, mediante questa il socio potrebbe creare una sostanziale segregazione patrimoniale a favore dei creditori personali a discapito di quelli sociali, con effetti definitivi qualora la procedura in questione si esaurisse prima che venisse dichiarato il fallimento della società; in secondo luogo, già nel corso della procedura personale, non potendo applicarsi direttamente l'art. 2288 cpv. (ma al più l'art. 2285, comma 2) c.c., non sarebbe agevole "appostare" la quota sociale, il cui valore dipende non solo da attività ma anche da passività ⁽⁷⁹⁾.

⁽⁷⁵⁾ Cfr. G.M. NONNO, (nt. 37), 83; S. PACCHI, (n. 20), 697; S. MASTURZI, (nt. 25), 676; e, in termini sfumati, A. PACIELLO, (nt. 19), 93; M. CORDOPATRI, (nt. 25), 23; Trib. Pistoia, 19 novembre 2014, in *Dir. banc. mer. fin.*, 2015, 145 ss.; Trib. Prato, 16 novembre 2016, in *Fallimento*, 2017, 197.

⁽⁷⁶⁾ Così, A. GUIOTTO, (nt. 18), 23.

⁽⁷⁷⁾ Cfr. F. PASQUARIELLO, (nt. 73), 201 s.; A.M. LEOZAPPA, (nt. 26), 596 s. (che peraltro ammette egualmente il socio illimitatamente responsabile alle procedure di sovraindebitamento in ragione della sua prospettiva generale che le stesse non sono precluse dalla "fallibilità"); Trib. Milano, 18 agosto 2016, in *Fallimento*, 2017, 198.

⁽⁷⁸⁾ Così, succintamente, Trib. Prato, (nt. 74).

⁽⁷⁹⁾ Cfr. F. PASQUARIELLO, (nt. 73), 204 ss. E v. anche Trib. Milano, (nt. 76): "in qualunque momento la società potrebbe fallire trascinando il socio nel fallimento"; "i suoi debiti sono anche quelli sociali di cui è illimitatamente responsabile, e perciò sembra incongruente procedere ad una sistemazione debitoria senza considerare tutti i debiti sociali oltre a quelli del socio".

In realtà questo secondo problema appare sopravvalutato: a prescindere dalla riconosciuta attivabilità del recesso per giusta causa, i crediti sociali esigibili non potranno essere omessi nel “piano” della procedura di sovraindebitamento, né mancano gli strumenti valutativi per attribuire un valore adeguato alla quota sociale anche in relazione ai debiti sociali non ancora scaduti.

Quanto al rischio che la procedura fallimentare della società e per estensione dei suoi soci illimitatamente responsabili sopravvenga dopo che si fossero consolidati gli effetti della procedura di sovraindebitamento a favore dei creditori personali, non pare che si tratti di un rischio diverso da quello che ogni titolare di crediti non scaduti corre in rapporto alle più tempestive aggressioni degli altri creditori al patrimonio del debitore mediante azioni esecutive individuali o nel caso del fallimento in proprio di questo. Il legislatore ha del resto regolamentato la successione fra le due tipologie di procedure, curandosi con l’art. 12, comma 5, di dettare un regime di parziale salvaguardia degli atti compiuti nel “primo round”⁽⁸⁰⁾.

In definitiva, sul piano funzionale nessuna delle due tesi prevale sull’altra, sicché diventa decisivo il canone teleologico, il quale depono nettamente per l’ammissione dei soci illimitatamente responsabili di società “fallibile” alle procedure di sovraindebitamento.

Se si ripercorre l’*iter* di formazione della legge n. 3/2012 (v. *supra*, § 3), risulta chiaramente che il legislatore storico voleva soddisfare il “bisogno di concorsualità” di tutti i debitori che già non potessero appagarlo. D’altronde, non è prospettabile una soluzione differenziata a seconda che la società partecipata sia in crisi o meno: si può anche concordare che nel primo caso i soci illimitatamente responsabili hanno a disposizione diverse alternative per la sistemazione del loro debito⁽⁸¹⁾, ma tutte presuppongono che la società fallisca o acceda al concordato preventivo. In altre parole, se la società è solvibile e il socio illimitatamente responsabile sia in stato di personale sovraindebitamento, la tesi restrittiva priva inequivocabilmente quest’ultimo di quella *chance* che il legislatore voleva accordare a tutti i debitori che già non potessero accedere a procedure concorsuali⁽⁸²⁾.

In termini più generali, il legislatore odierno mostra di presupporre che la sommatoria di procedure di sovraindebitamento e procedure concorsuali <<diverse>> rappresenti un sistema “completo”, in cui possa soddisfare il suo bisogno di concorsualità ogni soggetto che si trovi in una situazione di incapienza patrimoniale. Secondo questa nuova costruzione dell’ordinamento concorsuale prevalentemente *a parte debitoris* – piaccia essa o meno – il presupposto soggettivo è strettamente intrecciato col presupposto oggettivo, variamente declinato a seconda delle caratteristiche del debitore, ma stabilmente riferito a una situazione

⁽⁸⁰⁾ F. PASQUARIELLO, (nt. 73), 205, controbatte che la disposizione in questione non risulta estesa alla procedura riservata al consumatore, trovando praticamente applicazione solo nelle ipotesi in cui un imprenditore non commerciale o minore, in forza di un incremento dell’attività o degli elementi organizzativi, o di un più preciso accertamento degli elementi integranti il presupposto soggettivo, diventi “fallibile”. Ma, al di là della ormai assodata (im)precisione del legislatore, non si può negare che l’art. 12, comma 5, appalesi la scelta di principio sintetizzata nel testo, suscettibile di operare in tutti i casi in cui a una procedura di sovraindebitamento subentri quella fallimentare.

⁽⁸¹⁾ Su questo argomento insiste F. PASQUARIELLO, (nt. 73), 202.

⁽⁸²⁾ Cfr. R. BATTAGLIA, *I nuovi procedimenti di composizione della crisi da sovraindebitamento dopo il maquillage della legge n. 3/2012*, in *Fallimento*, 2013, 1435; M. CORDOPATRI, (nt. 25), 23.

di incapacienza patrimoniale incidente sulla capacità di questo di adempiere alle proprie obbligazioni.

La nozione di <<sovraindebitamento>> di cui all'art. 6, comma 2, lett. a), postula in effetti quale elemento base una <<situazione di perdurante squilibrio fra le obbligazioni assunte e il patrimonio prontamente liquidabile per farvi fronte>> ⁽⁸³⁾, e un aggiuntivo elemento variabile, per il quale detta situazione deve determinare <<una rilevante difficoltà di adempiere le proprie obbligazioni, ovvero la definitiva incapacità del debitore di adempiere regolarmente le proprie obbligazioni>>. In questa struttura definitoria a “Y”, la prima fattispecie complessa alternativa anticipa la soglia di intervento alla crisi incipiente, per il debitore non imprenditore più agevolmente rilevabile sulla base della situazione patrimoniale “statica” ⁽⁸⁴⁾; mentre la seconda sostanzialmente coincide con l'insolvenza di cui all'art. 5 l. fall. ⁽⁸⁵⁾.

Se nella visione *a parte debitoris* del legislatore della legge n. 3/2012 la connessione fra presupposto soggettivo e presupposto oggettivo è imprescindibile, coerenza vuole che debba esservi coincidenza fra il soggetto che si trovi in stato di incapacienza patrimoniale e il soggetto assoggettabile a una procedura concorsuale “diversa” da quelle contemplate negli artt. 6 ss. della legge n. 3/2012, perché si giustifichi l'impedimento di accedere a queste ultime. Poiché, peraltro, i soci illimitatamente responsabili di società commerciale possono essere dichiarati falliti in estensione quand'anche solvibili ⁽⁸⁶⁾, questo requisito non ricorre nei loro confronti.

Si obietterà ovviamente che l'art. 147 l. fall. (e gli artt. 23 ss. d. lgs. n. 270/1999) fanno ancora parte del nostro ordinamento concorsuale. Ma non bisogna dimenticare che la dottrina dominante ha sempre riconosciuto che le stesse disposizioni individuassero ipotesi eccezionali rispetto alla regola generale risultante dal combinato disposto degli artt. 1 e 5 l. fall., spiegabili sulla base di una particolare *ratio a parte creditoris* ⁽⁸⁷⁾. Tali norme sono oggi per

⁽⁸³⁾ Per una declinazione di questo elemento base (non coincidente neppure con la situazione di cui all'art. 1186 c.c.) differenziata a seconda che il debitore sia o meno imprenditore, si pronuncia F. PACILEO, *Ancora sullo <<stato di insolvenza>>. Appunti sull'art. 5 legge fallim. e spunti sulla nozione di <<sovraindebitamento>> di cui alla l. n. 3/2012*, in *Dir. fall.*, 2012, II, 56 ss.

⁽⁸⁴⁾ In tal senso, A. MAFFEI ALBERTI, (nt. 67), 2032. Secondo F. PACILEO, (nt. 82), 64 s., la fattispecie in questione pare approssimarsi più al vecchio presupposto oggettivo dell'amministrazione controllata che non allo “stato di crisi” di cui agli artt. 160 e 182-*bis* l. fall., fatta eccezione per gli imprenditori non fallibili. Per una piena assimilazione allo “stato di crisi” si pronuncia invece D. MANENTE, (nt. 34), 569.

⁽⁸⁵⁾ Minimizzano le differenze lessicali fra le due fattispecie, F. PACILEO, (nt. 82), 61 ss.; D. MANENTE, (nt. 34), 569. Anche secondo L. PANZANI, (nt. 31), 26 s., il distacco dalla nozione tradizionale di cui all'art. 5 l. fall., riconducibile al fatto che nella nuova norma presupposto dell'insolvenza deve essere in ogni caso una situazione di illiquidità, è più apparente che reale, in quanto anche ai fini delle procedure di sovraindebitamento non potrebbe non tenersi conto della “capacità del debitore di accesso al credito”.

⁽⁸⁶⁾ Il punto è pacifico: v., per tutti, E. BERTACCHINI, *La “responsabilità illimitata” nel fallimento in estensione*, Milano, 1991, 119.

⁽⁸⁷⁾ Sulla *ratio* dell'art. 147 l. fall., v. specialmente A. NIGRO, *Il fallimento del socio illimitatamente responsabile*, Milano, 1974, 10 ss.; F. GALGANO, “*Imprenditore occulto e società occulta*”, in *Enc. giur.*, XVI, Roma, Treccani, 1990, 5. Come compendiato in N. RONDINONE, *Tecniche di coinvolgimento*, (nt. 41), 1074, secondo la ricostruzione preferibile, tale norma è preordinata: 1) (c.d. finalità a posteriori) ad assicurare nella liquidazione fallimentare parità di trattamento fra i soci illimitatamente responsabili, senza nel contempo posporre i creditori sociali ai creditori particolari; ma soprattutto 2) (c.d. finalità preventiva) a indurre i soci stessi a fornire i mezzi per pagare i debiti sociali prima che si creino le condizioni per l'assoggettamento al fallimento, con il duplice obiettivo di scongiurare l'insolvenza sociale preservando l'impresa e di assicurare la priorità rispetto ai creditori particolari

così dire ancora più eccezionali nel nuovo ordine di valori ⁽⁸⁸⁾, e comunque estranee al sistema di procedure concorsuali *debtor oriented* presupposto dalla legge n. 3/2012.

In conclusione, deve ritenersi che i soci illimitatamente responsabili di società “fallibile” potranno accedere a una delle procedure da sovraindebitamento, salvo prevalere su di essa la procedura fallimentare in estensione, laddove questa dovesse sopravvenire ⁽⁸⁹⁾.

8. *La nozione di “consumatore” nella legge n. 3/2012 e la sua estendibilità a imprenditori e professionisti.*

Si è esposto nella parte finale del § 3 che, a mente dell’inciso <<anche consumatore>> riportato a esordio dell’art. 7, comma 2, appunto anche il “consumatore”, per essere legittimato ad attivare la particolare procedura regolamentata negli artt. 6 ss. (favorita specie sotto il profilo che il piano non è subordinato all’approvazione dai creditori), deve rientrare nel novero dei soggetti non assoggettabili a procedure concorsuali <<diverse>> da quelle regolate nel Capo II della legge n. 3/2012.

Completata nei paragrafi che precedono la ricognizione di tale area soggettiva “generale” – rilevante in proposito specie per quanto concerne il socio illimitatamente responsabile persona fisica – possiamo da ultimo approfondire i contorni della categoria “speciale” in parola, per i quali pure potrebbero manifestare una qualche utilità le considerazioni di ordine sistematico e teleologico sopra svolte.

La nozione di “consumatore” assunta nell’art. 6, comma 2, lett. b), della legge n. 3/2012 appare più ristretta di quella di cui all’art. 3, comma 1, lett. d) del Codice del consumo, in quanto, oltre a prescrivere anch’essa che deve trattarsi di una persona fisica, la prima disposizione pone il selettivo requisito che le obbligazioni cui si riferisca la sua situazione di sovraindebitamento derivino esclusivamente – non più prevalentemente, come ritenuto sufficiente nel d.l. n. 212/2011 – da atti compiuti <<per scopi estranei all’attività imprenditoriale e professionale eventualmente svolta>>.

Ciò implica che, a differenza che con riferimento alla nozione contemplata nel Codice del consumo, la prospettiva di giudizio non è quella del singolo rapporto, dovendosi considerare la generalità dei rapporti contrattuali intrattenuti; inoltre, non occorre indugiare sui criteri di valutazione degli atti compiuti per scopi “promiscui” o “misti” ⁽⁹⁰⁾.

Per quanto concerne gli altri elementi della fattispecie, l’ovvia propensione a cercare ausilio nell’elaborazione svolta dagli studiosi del Codice del consumo deve confrontarsi col

dei creditori sociali che abbiano contato sulla corresponsabilità dei soci; il che a ben vedere si traduce in una forma di incentivazione a prestare credito all’impresa commerciale societaria.

⁽⁸⁸⁾ Che si tratti di una soluzione normativa “recessiva” anche nel panorama internazionale, lo evidenzia M. SPERANZIN, *La responsabilità dei soci per le obbligazioni sociali: profili sostanziali e concorsuali*, in *Dir. fall.*, 2017, I, 319.

⁽⁸⁹⁾ Si noti che la legge 19 ottobre 2017, n. 155, recante delega al Governo per la riforma della disciplina della crisi d’impresa e dell’insolvenza (delega non ancora attuata alla data della redazione del presente contributo), fra i principi direttivi enunciati nell’art. 9, relativo al riordino delle procedure di cui al Capo II della legge n. 3/2012, ha inserito la prescrizione (alla lett. a) che possano accedervi i soggetti in parola.

⁽⁹⁰⁾ Si conviene conseguentemente che, in caso di debiti di fonte “promiscua” (o anche non univocamente ricostruibile), il consumatore dovrà ricorrere all’accordo di composizione della crisi: così, L. PANZANI, *La nuova disciplina del sovraindebitamento dopo il d.l. 18 ottobre 2012, n. 179*, in <http://www.ilfallimentarista>, 12.12.2012, 7; A. GUIOTTO, (nt. 31), 1286; e v. anche B. ARMELLI, (nt. 28), 33.

dato che le finalità delle due normative non coincidono, l'altra presupponendo di massima una situazione di "debolezza" fondata su uno strutturale deficit informativo nei rapporti negoziali. Ma sembra ragionevolmente estendibile al nostro attuale ambito di studio almeno la affermata preferenza per una interpretazione in chiave "oggettiva" della formula <<scopi estranei>>, che pone da parte le (difficilmente indagabili) intenzioni del contraente per focalizzarsi invece sulla presenza o meno di un collegamento funzionale tra gli atti compiuti e l'attività imprenditoriale o professionale eventualmente esercitata ⁽⁹¹⁾.

Rimangono aperti diversi problemi interpretativi circa i contorni della figura del consumatore nella legge n. 3/2012, sui più importanti dei quali hanno preso posizione, in senso tendenzialmente estensivo, i giudici di legittimità con la sentenza 1° febbraio 2016, n. 1869, che rappresenta un importante punto di riferimento del dibattito in materia ⁽⁹²⁾.

In primo luogo, la Suprema Corte ha sostenuto che i debiti da cui tragga origine la situazione di sovraindebitamento devono essere stati assunti "per far fronte ad esigenze personali o familiari o della più ampia sfera attinente agli impegni derivanti dall'estrinsecazione della propria personalità sociale, dunque anche a favore di terzi, ma senza riflessi diretti in un'attività d'impresa o professionale propria". In tal modo, secondo la lettura svolta dai primi commentatori, essa sembra avere aperto a che possano accedere al "piano del consumatore" soggetti che abbiano prestato fidejussioni o altre garanzie a favore di obbligati principali aventi la qualità di professionisti o imprenditori, finanche commerciali, sempreché non abbiano agito per evitare ripercussioni su una propria attività d'impresa o professionale ⁽⁹³⁾.

Per la verità, la parte motiva della sentenza non è univoca in tal senso, poiché in altro passaggio si ammette che la figura del consumatore è compatibile con l'ipotesi di un "professionista o imprenditore, indebitato ma per attività altrui, per le quali ovviamente, secondo un apprezzamento di merito, sia escluso un qualsivoglia rimando al perseguimento di operazioni che rivelino, oltre lo schema di sostegno solidaristico a terzi, un impiego del rischio così assunto in una dimensione partecipativa, per il comune interesse d'impresa o anche all'attività professionale"; formula da cui potrebbe desumersi l'esclusione della qualifica di consumatore in capo al fideiussore che abbia prestato sostegno alla società di cui è socio per un proprio interesse economico indiretto (come avviene di norma).

A prescindere da tale rilievo formale, mi pare che nella pronuncia a commento non sia ben esplicitato per quale motivo non dovrebbe applicarsi anche a questo settore

⁽⁹¹⁾ Cfr., fra gli altri, A.M. AZZARO, *I contratti non negoziati*, Napoli, 2000, 10 ss.; E. GABRIELLI, *Sulla nozione di consumatore*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2003, 1163 ss.

⁽⁹²⁾ Questa pronuncia (est. M. Ferro), oltre che in *Dir. fall.*, 2016, II, 1257, con nota di E. SABATELLI, (nt. 27), è stata altresì pubblicata in *Fallimento*, 2016, 666, con nota di F. PASQUARIELLO, *La Cassazione delinea il profilo del consumatore sovraindebitato*; in *Giur. it.*, 2016, I, 817, con nota di A. CAPOCETTI, *La nozione di "consumatore" nella disciplina della crisi da sovraindebitamento*, 818; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, 989, con nota di F. TRUBIANI, *Gli angusti orizzonti della nozione di consumatore nella disciplina della crisi da indebitamento*.

⁽⁹³⁾ In tal senso, F. TRUBIANI, (nt. 91), 996 ss., che addirittura sarebbe favorevole a eliminare anche il limite residuo; E. SABATELLI, (nt. 27), 1266, 1283 ss., per la quale, visto che la figura del consumatore va definita in rapporto alla "generalità delle relazioni di debito", non potrebbe negarsi tale qualità in capo a colui che solo occasionalmente prestasse fidejussioni, finanche *omnibus*, superando il limite indicato nel testo; il che peraltro mi pare escluso dal requisito secondo cui "tutti" i debiti determinanti il sovraindebitamento devono essere stati assunti <<per scopi estranei all'attività imprenditoriale o professionale eventualmente svolta>>.

normativo l'orientamento consolidato della stessa Suprema Corte – avallato dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea – circa la qualifica di “consumatore” nel Codice del consumo, per cui di regola, in ragione del rapporto di accessorietà connotante il negozio fideiussorio, la posizione del garantito si riflette su quella del garante ⁽⁹⁴⁾.

In questo caso il motivo non può essere ricondotto *tout court* alle già ricordate finalità della legge n. 3/2012 di accordare la facoltà di accedere a soluzioni concorsuali a tutti i debitori che già non l'avessero, poiché ciò di per sé non giustifica un'estensione anche della specifica legittimazione “interna” ad accedere alla procedura di sovraindebitamento di maggior favore fra quelle regolamentate nella legge in questione. E quindi ritengo che la soluzione corretta sia quella di recepire anche in quest'ambito l'equilibrato orientamento determinatosi sotto il Codice del consumo.

Il nuovo quadro ordinamentale è piuttosto suscettibile di corroborare la seconda massima affermata da Cass., 1° febbraio 2016, n. 1869. Sovvertendo l'interpretazione prevalente secondo cui un professionista o se non altro un imprenditore non potrebbe mai ricorrere al piano del consumatore ⁽⁹⁵⁾, essa ha asserito che un soggetto può anche avere avuto e anche mantenere nell'attualità la qualità di professionista o di imprenditore – sempreché in questo secondo caso non sia “fallibile” ⁽⁹⁶⁾ – a condizione che le obbligazioni cui si riferisca lo stato di sovraindebitamento rientrino in esclusiva fra quelle personali e familiari: sarebbe cioè solo la pendenza attuale di obbligazioni esigibili e inadempite inerenti a un'attività professionale o imprenditoriale pregressa (anche oltre il termine annuale di cui all'art. 10 l. fall.) o attuale a precludere a una persona fisica l'accesso al piano del consumatore.

Una parte della dottrina ha opposto a tale interpretazione argomentazioni di ordine funzionale *a parte creditoris*, le quali peraltro hanno minor valore nel nuovo ordinamento concorsuale, e risultano disattese dal chiaro disposto dell'art. 8, comma 3-*bis*, ove tratta della proposta di <<piano del consumatore presentata da parte di chi svolge attività di impresa>> ⁽⁹⁷⁾.

⁽⁹⁴⁾ Cfr. Corte Gius. UE, 17 marzo 1998 (C-45/96); Cass., 29 novembre 2011, n. 25212, in *Contr.*, 2012, 2, 148; per una rassegna dell'animato dibattito, che registra una netta divergenza fra Suprema Corte e Arbitro Bancario e Finanziario, nonché posizioni differenziate nel caso della fideiussione *omnibus*, v. L. VIZZONI, *Verso una tutela “consumeristica” del fideiussore: spunti di riflessione*, *ivi*, 2015, 195 ss. Sul presupposto di cui nel testo, Trib. Bergamo, 12 dicembre 2014, in <http://www.ilcaso.it>, ha negato l'accesso al piano del consumatore ai soci fideiussori di una società a responsabilità limitata.

⁽⁹⁵⁾ In tal senso, F. PASQUARIELLO, (nt. 91), 669; 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 *Impresa e mercato, Studi dedicati a Mario Libertini*, a cura di V. Di Cataldo, V. Meli, R. Pennisi, III, Milano, Giuffrè, 2015, 1349 ss.; A.M. LEOZAPPA, (nt. 26), 589. A favore si erano invece espressi F. MACARIO, (nt. 36), 17; M. RISPOLI FARINA, *I rimedi alle crisi da sovraindebitamento: un assetto definitivo alla crisi del consumatore?*, in *Le procedure di composizione negoziale delle crisi e del sovraindebitamento*, a cura di S. Bonfatti, G. Falcone, Milano, Giuffrè, 2014, 279; F. MAIMERI, (nt. 20), 1033.

⁽⁹⁶⁾ Come fa capire il seguente passaggio della sentenza: “che rientri, per ragioni di coerenza rispetto al collegamento tipologico in negativo rispetto ai requisiti del r.d. n. 267 del 1942, e di quelli speciali dedicati all'imprenditore commerciale, all'interno delle soglie dimensionali del sistema concorsuale minore in oggetto e per le regole temporali di accesso ivi previste”.

⁽⁹⁷⁾ In particolare E. SABATELLI, (nt. 27), 1268 ss., 1275 ss., 1278 ss., ritiene contraria all'art. 2740 c.c. la facoltà (che a guisa dell'interpretazione combattuta risulta essere) accordata al debitore di scindere unilateralmente il trattamento dei crediti personali e dei crediti di impresa o professionali (evidentemente ancora non scaduti alla data di presentazione del piano), poiché da ciò potrebbe derivare nocimento ai titolari dei

Si può al più ritenere controvertibile l'ulteriore assunto dei giudici di legittimità secondo cui non potrebbero essere considerati impeditivi dell'accesso alla procedura riservata al consumatore gli eventuali debiti pendenti che rientrassero fra quelli elencati nell'art. 7, comma 1, terzo periodo (tributi costituenti risorse proprie dell'Unione Europea, imposta sul valore aggiunto e ritenute operate e non versate), tipicamente insorgenti a seguito dell'esercizio di attività di impresa o professionale, atteso che sul punto si riscontrano indici normativi contraddittori ⁽⁹⁸⁾.

Queste dispute avrebbero potuto essere evitate se, in luogo che edificare un tessuto normativo unitario, che si è prestato a creare confusione circa l'area di applicazione di non poche norme, la legge n. 3/2012 avesse puntualmente differenziato quelle applicabili agli imprenditori non fallibili e quelle applicabili ai debitori civili. Ma, come accennato, il legislatore ha voluto accogliere un modello a "concorsualità differenziata" in cui questa ulteriore differenziazione non avesse spazio se non in poche norme speciali; il che conferma che limiti di accesso al piano del consumatore non possono farsi discendere dalla mera qualifica di imprenditore (non fallibile).

9. Conclusioni sulla razionalità del nostro ordinamento concorsuale.

L'obiettivo primario del presente contributo può dirsi essere stato conseguito nei paragrafi che precedono, ove sono esposti gli approdi interpretativi della ricostruzione svolta. Vale peraltro la pena di formulare qualche considerazione finale sulla razionalità complessiva del nostro attuale ordinamento concorsuale.

Si è sopra osservato che esso risulta ormai dominato dalla nozione "debole" di procedura concorsuale di cui si è riferito al § 6, il cui minimo comune denominatore si correla all'obiettivo di prevedere soluzioni dell'insolvenza o della crisi di un soggetto giuridico contemplanti riduzioni o dilazioni dei suoi debiti ovvero effetti esdebitatori, che siano opponibili a tutti i creditori. Nella maggior parte delle procedure concorsuali tale obiettivo risulta sovraordinato alla finalità di rafforzare la tutela del ceto creditorio, fatta tuttora eccezione per il fallimento, ove tale finalità ispira un complesso di regole radicanti una forma (recessiva) di "concorsualità forte".

D'altro canto, la "concorsualità" *debtor oriented* consta superare la tradizionale contrapposizione fra imprenditori commerciali medio-grandi e soggetti non fallibili, in quanto implica che qualsivoglia debitore incapiente possa avere accesso ad almeno una

secondi, esclusi dal piano e quindi non garantiti da alcun giudizio sulla capacità solutoria, inibiti comunque dall'esercizio di azioni esecutive individuali e cautelari, e nemmeno tutelati dallo strumento dell'opposizione *ex* art. 12-*bis*, comma 4 (richiamato dai giudici di legittimità), concepito per altri scopi e per cui sono privi di legittimazione attiva.

⁽⁹⁸⁾ La Suprema Corte argomenta che tali tipi di debiti non risultano falcidiabili e anzi sono da dedurre nel piano "con trattamento adempitivo non temperato da alcuna dilazione", ai sensi dell'art. 12-*bis*, comma 3, il quale commette al giudice la verifica della correlativa capacità solutoria. E. SABATELLI, (nt. 27), 1272 ss., replica che l'art. 7, comma 1, terzo periodo (richiamato dallo stesso art. 12-*bis*, comma 3) ammette espressamente per i debiti di natura pubblicistica in questione la facoltà di prevedere una dilazione (del resto consentita nell'accordo di composizione della crisi). Secondo V. DE SENSI, (nt. 69), 647, il legislatore sarebbe puramente incorso in un refuso, omettendo di considerare che debiti di tal natura dovrebbero essere estranei al piano di un consumatore *ex* art. 6 l. n. 3/2012.

procedura concorsuale nel senso precisato, fra i vari modelli che il legislatore foggia in conformità alle sue specifiche caratteristiche ed esigenze.

Se questa è la strada intrapresa, in fondo non si comprende perché non si dovrebbe in futuro giungere a creare un regime nettamente differenziato per gli imprenditori non fallibili e per i debitori civili – a prescindere dalla trasversalità della nozione di consumatore – o anche ulteriormente frammentato, ad es. con riguardo agli imprenditori agricoli. Si dubita infatti che le poche norme speciali per i primi rinvenibili nella legge n. 3/2012 siano idonee ad appagarne le esigenze, nel senso che la presenza di un'impresa avrebbe dovuto (dovrebbe) suggerire forme procedurali e istituti *ad hoc*, più prossimi a quelli “alternativi” al fallimento regolamentati nel r.d. 16 marzo 1942, n. 267, ovviamente con alcune semplificazioni⁽⁹⁹⁾.

L'esperienza pratica sta in effetti dimostrando che molte delle regole caratterizzanti le procedure di sovraindebitamento, prevalentemente concepite a misura del debitore civile, si adattano con difficoltà alle imprese minori e alle imprese agricole, con la conseguenza di favorirne spesso l'esito infausto. Non si può anzi tacere che in generale l'intero sistema delle procedure di cui agli artt. 6 ss. della legge n. 3/2012 non ha dato sin qui buona prova, assorbendo preziose energie dell'apparato giudiziario e bruciando risorse finanziarie (neppure capaci di compensare adeguatamente i professionisti che vi hanno prestato la loro opera) in termini assolutamente non proporzionati ai rari casi in cui le medesime sono giunte a compimento.

Il bilancio *a parte creditoris* appare nettamente negativo. Non è emersa una maggiore efficienza rispetto alle esecuzioni forzate individuali. L'apertura di un concorso sull'intero patrimonio del debitore ha appunto ingenerato costi aggiuntivi destinati a diminuire le *chances* di soddisfacimento dei creditori anteriori. Così come ovviamente intaccano le aspettative degli stessi gli effetti esdebitatori correlati alla procedura di composizione della crisi e al piano del consumatore, nonché fruibili a certe condizioni anche al termine della procedura di liquidazione del patrimonio.

A parte debitoris, occorre ricordare che, alla luce del dibattito preparatorio di cui si è riferito nei §§ 2 e 3 – depurato da argomenti di scarsa sostanza sul genere “dobbiamo uniformarci” – nel nostro paese l'avvento della legge n. 3/2012 è stato predicato non tanto in ragione dell'esistenza nel nostro paese di un grave problema sociale (visti gli indicatori relativi al credito al consumo), cui guarda da sempre l'approccio *pro-debtors*, né sulla base di una sopravvalutazione delle controverse implicazioni del *fresh start* a favore dei soggetti non fallibili; bensì si confidava decisamente che la nuova normativa potesse incentivare la domanda interna di consumo⁽¹⁰⁰⁾.

⁽⁹⁹⁾ Nello stesso senso cfr. G. LO CASCIO, (nt. 28), 814, 828; G. TERRANOVA, (nt. 33), 8, per il quale l'esistenza di una organizzazione a impresa avrebbe richiesto soluzioni normative ben distinte; A. DALMARTELLO, (nt. 29), 289, nt. 6, che definisce “originale la scelta del legislatore italiano di accomunare il debitore civile, l'impresa di minore dimensioni e le attività economiche non commerciali (indipendentemente dalle dimensioni), senza tenere conto nella disciplina delle divergenze e dei peculiari interessi sui quali incide la crisi di questi soggetti”.

⁽¹⁰⁰⁾ Per una critica dei presupposti teorici delle varie motivazioni addotte a suffragio della riforma, v. N. RONDINONE, (nt. 30), 194 ss., ove è anche affrontato il distinto problema discendente dalla espunzione dalla *failure zone* anche di imprenditori (comprese società di capitali) che abbisognerebbero di “concorsualità forte” – specie sotto il profilo della soggezione ai reati fallimentari – e invece si trovano a soggiacere alla

E' difficile stimare già oggi se siffatto effetto si sia concretato, in quanto esso va stimato in una prospettiva di lungo termine, correlata al seguente presupposto comportamentale: in raffronto all'applicazione rigorosa del principio di cui all'art. 2740 c.c., il *discharge*, quand'anche sottoposto a limiti e condizioni e in misura dipendente da questi, nel tempo è destinato ad allentare il senso di autoresponsabilità del debitore, sì da condurre a un incremento dei casi di "sovraindebitamento attivo" riconducibili al comportamento irrazionale del debitore ⁽¹⁰¹⁾.

Senonché, l'incremento dei consumi, anche minimale, che così si determina, è intrinsecamente "viziato", nel senso che se aumentano i casi in cui alcuni soggetti comprano a credito oltre la soglia della razionalità, sale il volume dei consumi (e del credito al consumo), ma appunto aumentano in proporzione (*ceteris paribus*) i casi di sovraindebitamento. Da ciò non solo discende un indebolimento delle classi debentrici e un rafforzamento delle imprese finanziarie (tipicamente riscontrabile nei paesi di *common law*), ma soprattutto queste ultime sono in grado di prevedere le perdite future da esdebitazione ed esternalizzarle attraverso un incremento dei tassi di interesse, anche a svantaggio dei debitori solvibili, con una successiva ricaduta negativa sui consumi idonea a vanificare i benefici iniziali.

Questi cenni finali valgono solo a far capire che andrebbe seriamente riaperto il dibattito sull'opzione di politica del diritto sottesa alla legge 27 gennaio 2012, n. 3, così come sulla razionalità dello spostamento dell'asse funzionale del nostro ordinamento concorsuale dalla tutela dei creditori a quella del debitore, che già nel medio termine potrebbe rivelarsi un *boomerang* sul piano degli effetti economici ⁽¹⁰²⁾.

La facile prognosi è che, almeno a breve, il legislatore non defletterà dall'orientamento *debtor oriented*, come dimostrano le linee direttrici della "riforma della disciplina della crisi d'impresa e dell'insolvenza" prevista dalla legge-delega 19 ottobre 2017, n. 155, le quali, a prescindere dall'attuazione di questa, appaiono trovare alimento in un solido *milieu* culturale. In tale contesto, si confida che il presente lavoro abbia almeno contribuito a lumeggiare i contorni della rivoluzione sistematica che ha interessato il nostro ordinamento

"concorsualità debole" di cui alla legge n. 3/2012 (207 ss.). V. anche D. SPAGNUOLO, (nt. 15), 190 s, per cui il *discharge*, andando oltre la stretta tutela dell'esigenza di garantire al debitore il soddisfacimento dei propri bisogni di vita – garantita dai limiti all'oggetto del pignoramento di cui al codice di rito – ha unicamente l'obiettivo di favorire (non il consumatore bensì) il consumo *ex se*, in contrasto con l'indirizzo costituzionale di cui all'art. 47 Cost. e in "una logica di *marketing* piuttosto che di efficienza operativa microeconomica".

⁽¹⁰¹⁾ Secondo la letteratura citata da G. ROJAS ELGUETA, *L'esdebitazione del debitore civile: una rilettura del rapporto civil law-common law*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2012, I, 335 ss., il sovraindebitamento trova origine nelle deficienze cognitive di razionalità di un'aliquota di consumatori (studiate dalla *behavioral law and economics*) e sarebbe unicamente la concessione automatica del *discharge* (anche al debitore colpevole) a favorire la propensione all'*overoptimism* degli stessi. Ma, se così fosse, nei sistemi che subordinano l'esdebitazione a determinate condizioni (che sono la quasi totalità) non si determinerebbe quell'incremento dei casi di sovraindebitamento "attivo", che rappresenta il presupposto necessario per favorire la desiderata crescita dei consumi.

⁽¹⁰²⁾ A mio avviso sarebbe (stato) preferibile che il legislatore mantenesse di base il nostro tradizionale sistema *creditor oriented*, sul fronte del sovraindebitamento delle famiglie preoccupandosi di prevenire la crescita del fenomeno mediante la razionalizzazione delle informazioni sul credito al consumo e il rafforzamento degli obiettivi di educazione dei consumatori (e di loro protezione da scorrette "influenze suggestive") già perseguiti dal Codice del Consumo. Ma evidentemente non è questa la sede per sviluppare in termini compiuti questa linea argomentativa.

concorsuale – e che pare prossima a investire in misura più marcata il “vecchio” fallimento – e a dimostrare che la sua comprensione è suscettibile di fornirci utili strumenti ermeneutici.