

**Regole e Mercati**

COLLANA DI ATENEIO

**Università  
Mercatorum**

Università telematica delle  
Camere di Commercio Italiane

a cura di

**Francesco Fimmanò - Giacomo D'Attorre**

# La composizione delle crisi da sovraindebitamento

BANCA D'ITALIA

**Università  
Mercatorum**

Università telematica delle  
Camere di Commercio Italiane

**Universitas  
Mercatorum  
Press**

# Indice

Prefazione alla collana .....	p.	11
<i>Giovanni Cannata</i>		
1. INTRODUZIONE .....	p.	13
<i>Francesco Fimmanò - Giacomo D'Attorre</i>		
<b>Capitolo I - PROFILI GENERALI E QUESTIONI COMUNI ALLE PROCEDURE</b>		
2. IL PRESUPPOSTO SOGGETTIVO DELLE PROCEDURE DI SOVRAINDEBITAMENTO QUALE ESPRESSIONE DELLA NUOVA CONCORDAZIONE "DEBTOR ORIENTED" .....	p.	18
<i>Nicola Rondinone</i>		
3. LA NOZIONE DI SOVRAINDEBITAMENTO: NUOVE PAROLE PER VECCHI CONCETTI .....	p.	50
<i>Nicola De Luca</i>		
4. ENTI PUBBLICI E SOVRAINDEBITAMENTO .....	p.	63
<i>Francesco Fimmanò - Mariarosaria Coppola</i>		
5. IL SOVRAINDEBITAMENTO DELLE SOCIETÀ IN HOUSE .....	p.	90
<i>Luigi D'Orazio</i>		
6. PROFILI CIVILISTICI DEL SOVRAINDEBITAMENTO .....	p.	136
<i>Roberto Bocchini - Stanislao De Matteis</i>		
7. COMPOSIZIONE DELLA CRISI E PROCEDIMENTI DI ESECUZIONE FORZATA INDIVIDUALE .....	p.	164
<i>Eduardo Savarese</i>		
8. GLI ORGANISMI DI COMPOSIZIONE DELLE CRISI DA SOVRAINDEBITAMENTO ED I PROFESSIONISTI DESIGNATI: CASI E PROBLEMI .....	p.	184
<i>Lucio Di Nosse</i>		
9. LA NOMINA DEL PROFESSIONISTA DA PARTE DEL PRESIDENTE DEL TRIBUNALE .....	p.	191
<i>Eugenio Forgillo</i>		
10. LE FUNZIONI DEGLI ORGANISMI DI COMPOSIZIONE DELLA CRISI DA SOVRAINDEBITAMENTO .....	p.	212
<i>Sergio Locaratolo</i>		
11. SOVRAINDEBITAMENTO E START UP INNOVATIVE .....	p.	228
<i>Antonio Picchione</i>		
12. PROFILI PROCESSUALI E PROSPETTIVE DI RIFORMA .....	p.	252
<i>Gianluca Cascella</i>		

**Capitolo II - L'ACCORDO DI RISTRUTTURAZIONE DEI DEBITI E DI SODDISFAZIONE DEI DEBITI**

13. IL CONTENUTO DELL'ACCORDO E DEL PIANO DEL CONSUMATORE ... <i>Grazia M. D'Aiello</i>	p.	292
14. LA CAUSA DELL'ACCORDO ..... <i>Antonino Restuccia</i>	p.	304
15. TRANSAZIONE FISCALE E SOVRAINDEBITAMENTO ..... <i>Francesco Fimmanò - Francesco Cossu</i>	p.	317
16. LA TRANSAZIONE FISCALE NELL'AMBITO DELLA COMPOSIZIONE DELLA CRISI DA SOVRAINDEBITAMENTO ..... <i>Martino Cutillo - Ivan Canelli</i>	p.	356
17. FALCIDIA DELL'IVA E DELLE RITENUTE OPERATE E NON VERSATE NELLA COMPOSIZIONE DELLA CRISI DA SOVRAINDEBITAMENTO: "CRONACA DI UNA MORTE ANNUNCIATA" ..... <i>Michele Monteleone</i>	p.	370
18. IL DEBITO CONTRIBUTIVO DELL'IMPRESA INSOLVENTE ..... <i>Marco Marazza</i>	p.	459
19. LA FASE INTRODUTTIVA DELL'ACCORDO ..... <i>Antonio Fico</i>	p.	480
20. IL RAGGIUNGIMENTO DELL'ACCORDO ..... <i>Giacomo D'Attorre</i>	p.	501
21. L'OMOLOGAZIONE DELL'ACCORDO DI COMPOSIZIONE DELLA CRISI E DEL PIANO DEL CONSUMATORE: PIÙ OMBRE CHE LUCI ..... <i>Angelo Napolitano</i>	p.	520
22. GLI EFFETTI DELL'OMOLOGAZIONE DELL'ACCORDO ..... <i>Francesca Angiolini</i>	p.	545
23. NOTARELLE SULLA RISOLUZIONE DELL'ACCORDO NELLA COMPOSIZIONE DELLA CRISI DA SOVRAINDEBITAMENTO ..... <i>Giuseppe Fauceglia</i>	p.	560
24. LE PATOLOGIE SUCCESSIVE ALL'OMOLOGAZIONE DELL'ACCORDO ..... <i>Roberto Ranucci</i>	p.	567

**Capitolo III - IL PIANO DEL CONSUMATORE**

25. IL GIUDIZIO DI MERITEVOLEZZA DEL CONSUMATORE SOVRAINDEBITATO ..... <i>Vincenzo Cesàro</i>	p.	574
26. IL PIANO DEL CONSUMATORE: IL REQUISITO DELLA CONVENIENZA . <i>Tommaso Nigro</i>	p.	586
27. BREVI CONSIDERAZIONI SUL SINDACATO GIUDIZIALE NELLE PROCEDURE DI COMPOSIZIONE DELLE CRISI DA SOVRAINDEBITAMENTO ..... <i>Michele Cuoco</i>	p.	614

INDICE

28. GLI EFFETTI DELL'OMOLOGAZIONE DEL PIANO DEL CONSUMATORE <i>Francesca Angiolini</i>	p. 626
29. LE PATOLOGIE SUCCESSIVE ALL'OMOLOGAZIONE DEL PIANO ..... <i>Roberto Ranucci</i>	p. 631
<b>Capitolo IV - LA LIQUIDAZIONE DEI BENI</b>	
30. GLI EFFETTI DELLA PROCEDURA DI LIQUIDAZIONE DEL PATRIMONIO ..... <i>Corrado Paolo D'Aiello</i>	p. 633
31. L'ACCERTAMENTO DEL PASSIVO E LA LIQUIDAZIONE DELL'ATTIVO ..... <i>Gianluca Tarantino</i>	p. 650
32. L'ESDEBITAZIONE NELLA LIQUIDAZIONE DEL PATRIMONIO DELLA PERSONA FISICA NON FALLIBILE ..... <i>Roberto Ranucci</i>	p. 659
<b>Capitolo V - PROFILI COMPARATIVI, AZIENDALI E PENALI</b>	
33. IL SOVRAINDEBITAMENTO ED I MECCANISMI DI "SECONDA OPPORTUNITÀ" NELLA EVOLUZIONE DELLA NORMATIVA EUROPEA E DOMESTICA ..... <i>Giovanni Falcone</i>	p. 667
34. LA CRISI DA SOVRAINDEBITAMENTO NEI PAESI A CAPITALISMO AVANZATO ..... <i>Paola Liberanome</i>	p. 679
35. FINI E FUNZIONE DELLA DISCIPLINA DEL SOVRAINDEBITAMENTO: UN'ANALISI ECONOMICA E COMPARATA ..... <i>Sergio Di Nola</i>	p. 702
36. PROFILI AZIENDALISTICI DEL "PIANO" NELLE CRISI DA SOVRAINDEBITAMENTO ..... <i>Riccardo Tiscini</i>	p. 714
37. LA SODDISFAZIONE PARZIALE DEI CREDITORI MUNITI DI PRIVILEGIO NELLE PROCEDURE DI COMPOSIZIONE DELLA CRISI DA SOVRAINDEBITAMENTO. I RAPPORTI TRA "VALORE DI MERCATO" E "RICAIVATO IN CASO DI LIQUIDAZIONE" ..... <i>Francesco Capalbo - Marco Sorrentino</i>	p. 725
38. LA PATRIMONIALIZZAZIONE DELL'IMPRESA: VERO STIMOLO DI PREVENZIONE E FRONTEGGIAMENTO DELLE CRISI AZIENDALI DA SOVRAINDEBITAMENTO ..... <i>Luciano Bifulco</i>	p. 737
39. IL SOVRAINDEBITAMENTO: ASPETTI PENALI DELLA PROCEDURA ..... <i>Livia De Gennaro</i>	p. 763
40. LA RESPONSABILITÀ PENALE DEL DEBITORE, DELL'O.C.C. NONCHÉ DEL PROFESSIONISTA ATTESTATORE E L'ESTENSIONE DELL'ART. 217-BIS L.FALL. .... <i>Alfonso Laudonia</i>	p. 784

## 3.

## LA NOZIONE DI SOVRAINDEBITAMENTO: NUOVE PAROLE PER VECCHI CONCETTI

NICOLA DE LUCA

SOMMARIO: 1. Il sovra-indebitamento come neologismo. – 2. I modelli linguistici: *Überschuldung* e *over-indebtedness*. – 3. I modelli giuridici: crisi e insolvenza. – 4. Il concetto positivo di sovra-indebitamento: basta la parola?

### 1. Il sovra-indebitamento come neologismo

L'art. 6, comma 2, l. 27 gennaio 2012, n. 3 fornisce una nozione di “sovraindebitamento”, con la quale si intende «la situazione di perdurante squilibrio tra le obbligazioni assunte e il patrimonio prontamente liquidabile per farvi fronte, che determina la rilevante difficoltà di adempiere le proprie obbligazioni, ovvero la definitiva incapacità di adempierle regolarmente».

Prima di esaminarla analiticamente è opportuno chiarire l'etimo dell'espressione, nuova nella lingua italiana.

*Indebitamento* è, anzitutto, la situazione o esposizione debitoria di un determinato soggetto, ossia la quantità di debiti che quel determinato soggetto ha contratto e non ha ancora estinto in un certo momento. L'indebitamento è di norma perfettamente fisiologico, soprattutto nell'attività d'impresa, e non dimostra in alcun modo la sussistenza di una difficoltà economica o finanziaria. Può essere anzi considerato sinonimo di *finanziamento*. Sintomatica di una difficoltà economica o finanziaria, infatti, è soltanto l'esistenza di un indebitamento “scaduto” e non estinto: in questo caso, infatti, sussiste una obbligazione attuale di pagamento alla quale il debitore non adempie, (astrattamente anche) perché non vuole o (verosimilmente) perché non può. Nell'attività di un'impresa, notoriamente, non è il singolo inadempimento, ma la situazione complessiva di incapacità di adempimento regolare, ossia a scadenza e con mezzi normali, a segnalare una difficoltà economica o finanziaria, e cioè l'insolvenza o una crisi di minore gravità.

Data questa elementare premessa, il prefisso “sovra-” anteposto al sostantivo “indebitamento” (di qui in poi, scriverò sovra-indebitamento) chiaramente intende suscitare la percezione di un indebitamento eccessivo, non fisiologico, non sostenibile. Tuttavia, il neologismo, di per sé, non è in grado di spiegare se l'indebitamento è eccessivo rispetto alle *capacità reddituali* di chi lo ha assunto – e cioè, se il debitore con le sue fonti non sarà capace di adempiere le obbligazioni quando verranno a scadenza – ovvero se è eccessivo rispetto al *patrimonio attuale* del debitore, che dunque, ove liquidato, risulterebbe insufficiente, cioè incapiente.

In altri termini, si può dire che, se l'indebitamento è una situazione patrimoniale,



perciò vista nella sua prospettiva temporalmente determinata, il sovra-indebitamento è un'impotenza patrimoniale: la liquidazione del patrimonio nel momento di osservazione non consente di estinguere integralmente il debito, e coincide perciò in termini bilancistici con la formazione di patrimonio netto negativo. Oppure: se l'indebitamento è da correlarsi alla situazione finanziaria, si avrà sovra-indebitamento quando il reddito o il patrimonio investito rendono meno – anche in un determinato momento – di quanto è necessario per estinguere le passività che il debitore genera e che vengono a scadenza, a nulla rilevando se nel complesso il patrimonio netto sia positivo o negativo.

La nozione di sovra-indebitamento della l. n. 3/2012 sembrerebbe propendere per la seconda accezione.

## 2. I modelli linguistici: *Überschuldung* e *over-indebtedness*

Il neologismo sovra-indebitamento – come “esdebitazione”, che viene da *debtor's discharge* – è frutto di conversione di parole straniere composte. Il legislatore domestico ha infatti attinto ad esperienze di altri ordinamenti mutuandone anzitutto la terminologia. Seppur non è detto che il concetto giuridico che il legislatore vuole esprimere con l'espressione linguistica adottata corrisponda alla accezione data nell'ordinamento straniero imitato, può essere utile e fonte di ispirazione accennarvi brevemente.

Sono due in particolare le fonti linguistiche rilevanti, il tedesco e l'inglese.

È causa di apertura del concorso, in Germania, la c.d. *Überschuldung* di cui al § 19 *InsO* tedesca. In Italia, tale espressione è solitamente tradotta come sbilancio patrimoniale, non come sovra-indebitamento<sup>1</sup>. Si tratta, infatti, di una causa di apertura del concorso specificamente dettata per le società persone giuridiche (nonché per le società di persone in cui non vi siano persone fisiche illimitatamente responsabili), che si aggiunge alla incapacità effettiva o prospettica dell'imprenditore di effettuare pagamenti (*Zahlungsunfähigkeit* e *drohende Zahlungsunfähigkeit*), di cui ai §§ 17 e 18 *InsO*. La situazione di *Überschuldung* si determina quando il patrimonio del debitore non copre più le passività esistenti («*wenn das Vermögen des Schuldners die bestehenden Verbindlichkeiten nicht mehr deckt*»).

L'espressione *Überschuldung* di cui alla legge concorsuale tedesca esprime perciò una nozione essenzialmente patrimoniale. In termini bilancistici, e purché si tratti di valori attualizzati al valore di realizzo (*fair value*), *überschuldet* è la società con un attivo inferiore alle passività reali; cioè quella che ha perduto integralmente il capitale e ha formato patrimonio netto negativo. Il prefisso *über-* sta dunque ad indicare un eccesso di passività (reali) sull'attivo, *apparentemente* senza lasciare spazio per considerazioni di natura reddituale.

Ma si tratta solo di una apparenza, come avvertito. Ed, infatti, per effetto di una misura adottata nell'Ottobre del 2008 in conseguenza della crisi finanziaria mondiale

<sup>1</sup> E v. al riguardo i rilievi di TERRANOVA, *Insolvenza, stato di crisi, sovraindebitamento*, Giappichelli, Torino, 2013, 101 s., il quale riferisce che il legislatore italiano avrebbe inteso tradurre l'espressione tedesca.

– originariamente pensata come transitoria (fino al 31 dicembre 2010), ma poi dapprima prorogata (fino al 31 dicembre 2013) e quindi stabilizzata<sup>2</sup> – si è precisato che lo sbilancio patrimoniale è causa di apertura del concorso solo in assenza di una positiva prognosi reddituale. Infatti, lo sbilancio patrimoniale obbliga all'apertura del concorso salvo che, nelle date circostanze, non sia possibile la prosecuzione dell'attività impresa («...es sei denn, die Fortführung des Unternehmens ist nach den Umständen überwiegend wahrscheinlich»)<sup>3</sup>.

In definitiva, quindi, la nozione di *Überschuldung* nell'attuale ordinamento concorsuale tedesco è sì di natura patrimoniale, ma non rileva come causa di apertura del concorso se non quando la stessa sia anche manifestazione di una impotenza finanziaria, e cioè quando l'impresa sovra-indebitata sia anche attualmente o prospetticamente incapace di fare fronte regolarmente alle proprie obbligazioni.

Altra lingua dalla quale il legislatore italiano può avere attinto – ed anzi, ha, con probabilità, attinto – è l'inglese. In questa lingua, nei molti Paesi che l'adottano, *over-indebtedness* è il lemma che designa la situazione di eccessiva esposizione debitoria («*the quality of being too deeply in debt*»). Tuttavia, non è a tale espressione che le leggi concorsuali o la giurisprudenza americana o britannica si riferiscono per definire i presupposti di accesso alla relativa disciplina: entrambe, infatti, fanno riferimento al più complesso concetto di *insolvency*.

Negli Stati Uniti, un'impresa è *insolvent* quando non soddisfa il *balance sheet* o il *cash flow test*<sup>4</sup>. Non soddisfa il primo quando il risultato della gestione mostra un'insufficienza del patrimonio attivo rispetto all'indebitamento, senza una ragionevole prospettiva di prosecuzione dell'esercizio dell'impresa («*a deficiency of assets below liabilities with no reasonable prospect that the business can be successfully continued in the face thereof*»)<sup>5</sup>. Non soddisfa il secondo l'impresa che manifesti l'incapacità di fare fronte alle obbligazioni a scadenza quando queste diventano esigibili nel corso normale dell'attività d'impresa («*an inability to meet maturing obligations as they fall due in the ordinary course of business*»)<sup>6</sup>. È invece controverso se l'approssimarsi alla *zone of insolvency* abbia conseguenze sulla prosecuzione o sul modo di esercizio dell'impresa<sup>7</sup>.

<sup>2</sup> Gesetz vom 17-10-2008 (BGBl. I S. 1982), modificato da Gesetz vom 07-04-2009 (BGBl. I S. 725), Gesetz vom 24-09-2009 (BGBl. I S. 3151), nonché, da ultimo, da Gesetz vom 05-12-2012 (BGBl. I S. 2418).

<sup>3</sup> Ampia la letteratura, per cui basta il rinvio a: K. SCHMIDT, *vor* § 19, *Insolvenzordnung*, 18. Auflage, Beck, München, 2013, 218 ss.; SCHLEMERBACH, *vor* § 19, in *Frankfurter Kommentar zur Insolvenzordnung*, 8. Auflage, Luchterhand, Köln, 2015, 361 ss.

<sup>4</sup> E v., da ultimo, LUCIANO, *La gestione della spa nella crisi pre-concorsuale*, Giuffrè, Milano, 2016, 10 ss.; nonché DE LUCA, *Prevenire è meglio che curare (proposte per «curare» il concordato preventivo che non «previene»)*, in *Dir. fallim.*, 2010, I, 70, ivi a 84 ss..

<sup>5</sup> E v. *Geyer v. Ingersoll Publ'ns Co.*, 621 A.2d 784, 789 (Del.Ch.1992).

<sup>6</sup> E v. *McDonald v. Williams*, 174 U.S. 397, 403, 19 S.Ct. 743, 43 L.Ed. 1022 (1899).

<sup>7</sup> Secondo la giurisprudenza americana, «*a corporation is insolvent when it is unable to pay its debts as they become due or when the corporation has liabilities in excess of the reasonable market value of its assets*»; viceversa «*a corporation is in the zone of insolvency when the corporation is close enough to insolvency that a reasonable person would know that its ability to pay creditors is significantly threatened*» [*Wooley v. Lucksinger*, 2008 WL 6457570 (So.2d) (La.App. 1 Cir., 2008)].

Nel Regno Unito, l'espressione *insolvency* è dettata per le società, mentre per le persone fisiche si usa l'espressione *bankruptcy* (Inghilterra e Galles) o *sequestration* (Scozia). *Insolvency* significa incapacità di pagare i debiti («*the company is unable to pay its debts*»: sec. 122 *Insolvency Act* 1986). L'incapacità di pagare i debiti sussiste quando è provata in giudizio, e si presume se è provata l'insufficienza del patrimonio rispetto alle obbligazioni scadute e a scadenza (sec. 123 *Insolvency Act* 1986)<sup>8</sup>. Anche per le persone fisiche, peraltro, si parla di *inability to pay*: questa condizione sussiste quando il debitore appaia incapace di pagare i propri debiti o non avere alcuna ragionevole probabilità di divenire capace di pagare («*the debtor appears either to be unable to pay or to have no reasonable prospect of being able to pay*»: sec. 267(2)(c) *Insolvency Act* 1986). Il significato delle espressioni “incapacità attuale o prospettica” sono precisate dalla legge<sup>9</sup>.

Nella lingua inglese, perciò, l'espressione *over-indebtedness* non è tecnico-giuridica, ma si riferisce genericamente alla condizione del debitore non imprenditore in difficoltà economica e finanziaria.

Al tentativo di definire il concetto – più economico e sociologico, che giuridico – di *over-indebtedness* ha contribuito la Commissione Europea con un proprio studio del

Sulle dubbie conseguenze del ritrovarsi *in the zone of insolvency*, v. in senso contrapposto: *Credit Lyonnais Bank Nederland, N.V. v. Pathe Commc'ns Corp.*, Not Reported in A.2d, 1991 WL 277613 (Del. Ch. 1991), in 17 *Del. J. Corp. L.* 1099 (1991); e *North American Catholic Educational Programming Foundation, Inc. v. Gheewalla*, 930 A.2d 92, 101 (Del. 2007).

<sup>8</sup> (1) A company is deemed unable to pay its debts – (a) if a creditor (by assignment or otherwise) to whom the company is indebted in a sum exceeding £750 then due has served on the company, by leaving it at the company's registered office, a written demand (in the prescribed form) requiring the company to pay the sum so due and the company has for 3 weeks thereafter neglected to pay the sum or to secure or compound for it to the reasonable satisfaction of the creditor, or (b) if, in England and Wales, execution or other process issued on a judgment, decree or order of any court in favour of a creditor of the company is returned unsatisfied in whole or in part, or (c) if, in Scotland, the induciae of a charge for payment on an extract decree, or an extract registered bond, or an extract registered protest, have expired without payment being made, or (d) if, in Northern Ireland, a certificate of unenforceability has been granted in respect of a judgment against the company, or (e) if it is proved to the satisfaction of the court that the company is unable to pay its debts as they fall due. (2) A company is also deemed unable to pay its debts if it is proved to the satisfaction of the court that the value of the company's assets is less than the amount of its liabilities, taking into account its contingent and prospective liabilities.

<sup>9</sup> *Sec. 268 Insolvency Act 1986. Definition of “inability to pay”, etc.; the statutory demand.* (1) For the purposes of section 267(2)(c), the debtor appears to be unable to pay a debt if, but only if, the debt is payable immediately and either – (a) the petitioning creditor to whom the debt is owed has served on the debtor a demand (known as “the statutory demand”) in the prescribed form requiring him to pay the debt or to secure or compound for it to the satisfaction of the creditor, at least 3 weeks have elapsed since the demand was served and the demand has been neither complied with nor set aside in accordance with the rules, or (b) execution or other process issued in respect of the debt on a judgment or order of any court in favour of the petitioning creditor, or one or more of the petitioning creditors to whom the debt is owed, has been returned unsatisfied in whole or in part. (2) For the purposes of section 267(2)(c) the debtor appears to have no reasonable prospect of being able to pay a debt if, but only if, the debt is not immediately payable and – (a) the petitioning creditor to whom it is owed has served on the debtor a demand (also known as “the statutory demand”) in the prescribed form requiring him to establish to the satisfaction of the creditor that there is a reasonable prospect that the debtor will be able to pay the debt when it falls due, (b) at least 3 weeks have elapsed since the demand was served, and (c) the demand has been neither complied with nor set aside in accordance with the rules.



2008<sup>10</sup>. La Commissione ha affermato che in economia la situazione di *over-commitment* (espressione sinonima di *over-indebtedness*) può essere descritta come uno squilibrio, temporaneo o permanente, nel budget di una famiglia – soggetto economico che meglio si presta all'indagine rispetto all'individuo – dipendente da una attesa o inattesa crescita delle spese o dalla riduzione degli introiti. L'*over-commitment* può derivare da improvvise variazioni dei flussi delle spese o delle entrate oppure accumularsi nel tempo. La Commissione aggiunge che questa situazione può verificarsi in qualunque famiglia, di qualsiasi fascia di reddito, benché talune siano maggiormente esposte al rischio di altre. A livello sociale e psicologico, la *over-indebtedness* può determinare gravi conseguenze sugli individui che ne sono vittima<sup>11</sup>.

Studi più recenti – peraltro promossi e finanziati sempre dalla Commissione Europea<sup>12</sup> – affermano che le famiglie devono essere considerate sovra-indebitate se incontrano difficoltà ad adempiere per tempo o prima del tempo le proprie obbligazioni, là dove queste siano relative al rimborso di prestiti o pagamenti di affitti, utenze o altri adempimenti connessi con le esigenze della famiglia. Tale situazione si manifesta, tra l'altro, attraverso ritardi nei pagamenti, inadempimenti, ritardi negli affitti e bollette, o nel ricorso alle procedure di composizione della crisi del consumatore.

Gli studi sul sovra-indebitamento non si sono tuttavia tradotti in una definizione giuridica a livello europeo. Da ultimo, va segnalata la Proposta di direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio riguardante i quadri di ristrutturazione preventiva, la seconda opportunità e misure volte ad aumentare l'efficacia delle procedure di ristrutturazione, insolvenza e liberazione dei debiti, presentata dalla Commissione il 22 novembre 2016. Gli artt. 19 ss. della Proposta, che fanno parte del titolo dedicato alla c.d.

<sup>10</sup> Secondo un precedente studio inglese del 2004, la *over-indebtedness* va definita come la situazione nella quale le famiglie o gli individui incorrono in ritardi sistematici, o sono a rischio significativo di incorrere in ritardi sistematici («*where households or individuals are in arrears on a structural basis, or at a significant risk of getting into arrears in a structural basis*») (e v. Report OXERA, *Are UK households over-indebted?* (2004), commissionato da Association of Payment Clearing Services, the British Bankers' Association, the Consumer Credit Association e the Finance & Leasing Association, reperibile su <https://www.oxera.com>). Secondo altro studio tedesco, la *over-indebtedness* si determina quando il reddito familiare, nonostante una riduzione degli standard di vita, è comunque insufficiente per fare fronte a tutti pagamenti che saranno dovuti nel lungo periodo («*in spite of a reduction of the living standard, is insufficient to discharge all payment obligations over a long period of time*») (e v. HAAS, *Over-indebtedness in Germany. Employment section*, Social finance program working paper n° 44. International Labour Organization (ILO), Geneva, 2006, reperibile su <https://www.ilo.org>).

<sup>11</sup> COMMISSIONE EUROPEA, *Towards a common operational European definition of over-indebtedness*, febbraio 2008, reperibile in <http://ec.europa.eu/social/>. «In economics, the situation of over-commitment (this term is used synonymously with 'overindebtedness') can be described as a temporary or permanent disequilibrium in the budget of a household resulting from expected or unexpected expenditure increases or from the household's income decreases. Over-commitment can arise from sudden shocks to expenditure or income flows or it might cumulate over time. It is important to note that this situation can arise for any household in any income bracket, but some might be more at risk than others. In addition, on the social and psychological level, over-indebtedness can have severe consequences for the affected individuals».

<sup>12</sup> E v. CIVIC CONSULTING OF THE CONSUMER POLICY EVALUATION CONSORTIUM (CPEC), *The over-indebtedness of european Households: updated mapping of the Situation, nature and causes, effects and Initiatives for alleviating its impact*, 2013, reperibile in <http://www.civic-consulting.de>. V. anche FONDEVILLE, ÖZDEMİR E WARD, *Over-indebtedness. New evidence from the EU-SILC special module*, 2010, reperibile in <http://ec.europa.eu/>.

seconda opportunità per gli imprenditori (ma che gli Stati membri possono decidere di estendere a tutti i debitori), introducono i principi per l'accesso degli imprenditori sovra-indebitati alle procedure di liberazione dei debiti, senza tuttavia fornire la nozione rilevante di sovra-indebitamento (che non si trova neppure nei Considerando, in specie 37-38). Saranno dunque gli Stati membri, nel recepire la Direttiva, ove definitivamente approvata, a dovere fornire la definizione.

In definitiva, le fonti linguistiche del neologismo sovra-indebitamento ne indicano un significato tecnico-giuridico equivalente all'incapienza patrimoniale, non reversibile con la prosecuzione dell'attività economica nella quale si sia determinata. Dal punto di vista economico e sociologico, tuttavia, tale espressione si addice preferibilmente a designare la situazione di difficoltà economica e finanziaria non dell'impresa, bensì dell'individuo o del nucleo familiare.

### 3. I modelli giuridici: crisi e insolvenza

La nozione di sovra-indebitamento della l. n. 3/2012 serve a definire il presupposto oggettivo del piano del consumatore, dell'accordo di composizione della crisi o di liquidazione del patrimonio dei soggetti non esposti alle procedure concorsuali dell'imprenditore commerciale medio-grande.

La stessa deve, dunque, risultare idonea ad abbracciare fenomeni anche molto diversi: una cosa, infatti, è la crisi – si rammenta che la l. n. 3/2012 ha ad oggetto *crisi* da sovra-indebitamento, non già il sovra-indebitamento in sé – dell'impresa non fallibile costituita in una forma societaria a responsabilità limitata, altra cosa è la crisi delle società personali, dell'imprenditore individuale o del consumatore, ove tutto il patrimonio dei soggetti coinvolti risulta già esposto alla garanzia dei creditori. Ulteriore necessaria distinzione deve farsi tra le crisi d'impresa e quelle dei consumatori: mentre questi ultimi sono normalmente titolari di un reddito da lavoro che può essere impiegato nel tempo per il soddisfacimento del debito, gli imprenditori individuali o collettivi traggono reddito dall'esercizio dell'impresa valorizzando il patrimonio investito. Con la conseguenza che:

- a) mentre per l'impresa societaria a responsabilità limitata la soluzione della crisi potrebbe anche provenire da nuova provvista di rischio fornita dai vecchi o da nuovi soci, per tutti gli altri il trattamento della crisi esige necessariamente un sacrificio del ceto creditorio, sia questo relativo alla quantità e/o ai tempi di soddisfacimento delle pretese; inoltre,
- b) mentre per i consumatori occorrerà sempre avere riguardo alla capacità di soddisfacimento del debito mediante impiego non solo del patrimonio, ma anche del reddito, per gli imprenditori la valutazione di opportunità dovrà avere ad oggetto il mantenimento del patrimonio investito, onde trarne un reddito d'impresa idoneo a soddisfare il debito, ovvero la sua disgregazione.

Poste queste premesse, appare inevitabile confrontare la nozione di sovra-indebitamento con quella di *crisi* – presupposto oggettivo del concordato preventivo e degli ac-

cordi di ristrutturazione – e di *insolvenza* – presupposto oggettivo del fallimento, della liquidazione coatta amministrativa e dell'amministrazione straordinaria (ma anche del concordato preventivo e degli accordi di ristrutturazione).

L'insolvenza, come noto, si manifesta con inadempimenti od altri fatti esteriori, i quali dimostrino che il debitore non è più in grado di soddisfare regolarmente le proprie obbligazioni (art. 5, comma 2, l. fall.). La nozione di crisi, a seguito del chiarimento dato dal legislatore (art. 36, d.l. 30 dicembre 2005, n. 273, conv. in l. 23 febbraio 2006, n. 51) per risolvere il dubbio sorto in giurisprudenza<sup>13</sup>, contiene quella di insolvenza: per stato di crisi, infatti, si intende *anche* lo stato di insolvenza (art. 160, comma 3, l. fall.). Si voleva con ciò chiarire che l'insolvenza non preclude l'accesso alla procedura di concordato preventivo (o agli accordi di ristrutturazione), né la fattibilità di alcuno dei programmi che la procedura può perseguire, tra cui il risanamento. Tale soluzione è peraltro coerente con quanto si prescrive in materia di amministrazione straordinaria delle grandi imprese *in stato di insolvenza*, e che ciononostante possono perseguire programmi di risanamento.

Proprio perché la nozione di crisi contiene quella di insolvenza, la sua definizione non può non dipendere dall'ampiezza di quella di insolvenza, che soprattutto in passato ha ricevuto definizioni molto elastiche<sup>14</sup>. Al riguardo, non sembra persuasiva la distinzione tra crisi e insolvenza, diffusa sia in dottrina sia in giurisprudenza, basata sulla reversibilità dello stato<sup>15</sup>, visto che anche la conclamata insolvenza non impedisce le procedure di risanamento. Più efficace è altra definizione diffusa in giurisprudenza secondo cui, mentre l'insolvenza è una «situazione di impotenza economica funzionale e non transitoria», la crisi può anche consistere in altre situazioni di minore gravità<sup>16</sup>: ad esempio, il rischio di insolvenza (parla di *drohende Zahlungsunfähigkeit* il § 18

<sup>13</sup> Nel senso contrario a quello poi chiarito dal legislatore, Trib. Alessandria, 7 giugno 2005, in *Giur. it.*, 2006, 990; Trib. Firenze, 23 novembre 2005, in *Foro toscano-Toscana giur.*, 2006, 59; Trib. Treviso, 22 luglio 2005, in *Dir. fall.*, 2006, II, 102, con nota di NUZZO, *Primi orientamenti giurisprudenziali in tema di concordato preventivo*; nel senso corretto, v. già Trib. Sulmona, 6 giugno 2005, in *Fall.*, 2005, 793, con nota di BOZZA, *L'organo deputato alla verifica della maggioranza nel nuovo concordato*.

<sup>14</sup> Sul concetto di insolvenza prima della riforma, si rinvia all'esteso contributo di TERRANOVA, *Lo stato di insolvenza. Per una concezione formale del presupposto oggettivo del fallimento*, in *Giur. comm.*, 1996, I, 82, ivi a 92 (ripubblicato in ID., *Stato di crisi e stato di insolvenza*, Giappichelli, Torino, 2007, 1 ss.), per il quale la nozione di insolvenza coincide con il fatto di «non essere più in grado di soddisfare regolarmente le proprie obbligazioni», fatto rispetto al quale gli indici esteriori di cui al primo comma dell'art. 5 l. fall. sono presuntivi e non costitutivi. Da ultimo, questa tesi è stata difesa in TERRANOVA, *Insolvenza, stato di crisi, sovraindebitamento*, cit., *passim*, ma spec. a 80 ss.

<sup>15</sup> V. per tutti, G.F. CAMPOBASSO, *Diritto commerciale*, 3. *Contratti, titoli di credito, procedure concorsuali*, a cura di M. Campobasso, Utet, Torino, 2014, 343, 423, ove indicazioni. Ma per la critica v. AMBROSINI, *Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Trattato di diritto commerciale*, diretto da G. Cottino, Cedam, Padova, 2008, 27, nonché DE LUCA, *op. cit.*, 82 ss.

<sup>16</sup> In questo senso, Trib. Palermo, 17 febbraio 2006, in *Fall.*, 2006, 570; per la nozione di insolvenza quale situazione di impotenza economica funzionale e non transitoria v. da ultimo, Cass., 27 marzo 2014, n. 7252; nonché, Cass., 21 novembre 1986, n. 6856, in *Fall.*, 1987, 190; Cass., 14 marzo 1985, n. 1980, in *Giur. comm.*, 1985, II, 45; Cass., 11 maggio 1981, n. 3095, in *Giur. comm.*, 1982, II, 463; App. Genova, 28 aprile 2004, in *Dir. fall.*, 2005, II, 99; Trib. Tivoli, 3 gennaio 2003, in *Dir. fall.*, 2004, II, 327; Trib. Napoli, 17 maggio 2000, in *Dir. e giur.*, 2000, 402.

*InsO* tedesca e di *insolvenzia imminente*, l'art. 2 *Ley concursal* spagnola)<sup>17</sup> e, di regola, la discesa del capitale sotto il minimo legale<sup>18</sup>. Tuttavia, tutte queste situazioni di minore gravità – ad eccezione di quelle patrimoniali tipiche delle società – non si prestano meglio dell'insolvenza ad essere definite puntualmente. Non agevolano dunque il compito di chi deve giudicare se un piano di risanamento inserito in una proposta di concordato possa essere assistito dai benefici di legge (e cioè: blocco delle azioni esecutive individuali, esenzione da futura revocatoria, soggezione dei dissenzienti minoritari alla volontà della maggioranza) o se debba essere assecondata la richiesta di uno o più creditori di rigettare la proposta per mancanza dei presupposti.

Alla luce del chiarimento legislativo, peraltro, non sembra potersi seguire l'indicazione di una autorevole dottrina che, tutt'ora, propone una nozione tanto ampia di insolvenza, da valutarsi con metodo prospettivo, da assorbire integralmente qualsiasi possibile contenuto autonomo della nozione di crisi<sup>19</sup>. Ed invero, solo in mancanza di una diversa nozione di crisi, che includa in sé l'insolvenza, poteva essere legittimo rendere la seconda nozione tanto elastica da coprire integralmente l'area oggi occupata dalla prima. Temendo una possibile "espropriazione" dei creditori dissenzienti, peraltro, si finisce col rimettere nelle mani del giudice un potere di apprezzamento sulla sussistenza dei presupposti inconciliabile con l'esigenza di più agevole accessibilità alla procedura di cui è largamente riconosciuta la necessità e l'opportunità. A dato legislativo fermo, dunque, è da ritenersi che una distinzione vada pur trovata ed applicata coerentemente là dove solo l'insolvenza è presupposto della procedura e dove invece basta la crisi: in ciò la nozione di crisi deve essere orientata al favore per un accesso agevole e precoce alla procedura, ma senza essere del tutto svuotata. Questo perché, altrimenti, sarebbe stato sufficiente rimettere al semplice accordo tra maggioranza dei creditori e debitore l'approvazione del piano di risanamento, senza richiamo alla crisi<sup>20</sup>.

<sup>17</sup> Si può fare rinvio, per la nozione espressa nella legge tedesca, a SCHMERBACH, *vor* § 18, in *Frankfurter Kommentar zur Insolvenzordnung*, 8. Aufl., herausgegeben von Klaus Wimmer, Luchterhand, Köln, 2015, 352 ss.; DRUKARCZYK, *vor* § 18, in *Münchener Kommentar. Insolvenzordnung*, Band 1, 2. Aufl., Beck, München, 2007, 446 ss., ove ampi riferimenti di letteratura. Secondo l'art. 2 *Ley concursal* spagnola: «se encuentra en estado de insolvencia imminente el deudor que prevea que no podrá cumplir regular y puntualmente sus obligaciones». Si v. ROJO, *sub* art. 2, in *Comentario de la ley concursal*, a cura di ROJO e BETRÁN, Civitas, Madrid, 2004, Tomo 1, 164 ss., il quale nota che sebbene il presupposto per l'accesso alle procedure sia unico (la *insolvencia*) in realtà la legge ne fornisce tre accezioni: la *insolvencia imminente*; la *insolvencia actual*; la *insolvencia cualificada*. Sarebbe *imminente*, secondo l'A. citato, l'insolvenza del «deudor que prevea la imposibilidad de cumplir como objetivamente probable a corto plazo» (a 176).

<sup>18</sup> GUGLIELMUCCI, *Diritto fallimentare*, Giappichelli, Torino, 2008, 313 ss.

<sup>19</sup> Ampiamente TERRANOVA, *Insolvenza, stato di crisi, sovraindebitamento*, cit., 80 ss. (e già Id., *Stato di crisi, stato d'insolvenza, incapienza patrimoniale*, in *Dir. fallim.*, 2006, I, 547; nonché GALLETTI, *La ripartizione del rischio di insolvenza*, Il Mulino, Bologna, 2006, 157 ss., per il rilievo che «non c'è bisogno di parlare di "rischio" o "pericolo" d'insolvenza»). V. tuttavia le critiche di CAMPOBASSO, *op. cit.*, 423, nonché di DE LUCA, *op. cit.*, 86 ss., rimaste prive di replica.

<sup>20</sup> Sul punto v. MANGANO, *I presupposti oggettivi della nuova procedura concorsuale tedesca*, in *Europa e dir. privato*, 1998, 827 (nonché Id., *L'insolvenza nell'esperienza tedesca*, in TERRANOVA, *Stato di crisi e stato di insolvenza*, cit., 109) il quale ritiene che questo sia in definitiva il risultato che è stato raggiunto con la codificazione del § 18 *InsO* in Germania, dove con una formulazione di «stampo marcatamente americano» si è consentito «al debitore l'attivazione della procedura per così dire *ad nutum*, e cioè a prescindere dall'esistenza di una condizione di crisi».

Si è così formulata la proposta di individuare positivamente il campo di applicazione della nozione di crisi che non sia al contempo qualificabile come insolvenza<sup>21</sup>. Con *insolvenza*, infatti, si può intendere la situazione nella quale un imprenditore, in mancanza di nuovi investimenti di rischio, propri o di terzi – o almeno di una valorizzazione di quelli effettuati, se sufficienti – non è in grado di assicurare il regolare pagamento dei debiti assunti, scaduti o che vengono in scadenza<sup>22</sup>, mentre con *crisi* si indica *anche* una difficoltà che può essere superata con la semplice ristrutturazione del debito. A questa impostazione conduce uno spunto contenuto nell'art. 160, comma 1, lett. a), l. fall. là dove si ipotizzano, come contenuto del piano idoneo al superamento della crisi e nella prospettiva di continuazione dell'impresa, interventi esclusivamente sul lato delle passività, senza nuovi investimenti: e cioè, la ristrutturazione dei debiti e la soddisfazione dei crediti con qualunque mezzo. Sono rimedi, questi, adatti al superamento di una crisi che non abbia eroso i valori aziendali al punto da richiedere imprescindibilmente il ricorso a nuova finanza di rischio affinché l'attività dell'impresa possa proseguire, anche se a programma ridotto. La norma, importata dall'esperienza della amministrazione straordinaria (delle grandi imprese *insolventi*), ma più opportunamente inserita nel contesto di imprese *in crisi*, sembra prendere atto della necessità di consentire l'accesso alle procedure di risanamento dell'impresa sin da quando questo può avvenire senza ricorso a nuovo capitale di rischio, operando esclusivamente sul fronte delle passività. Passività che possono essere rideterminate nelle scadenze (ad esempio attraverso l'emissione di obbligazioni o titoli di debito) o che possono essere convertite in capitale (con l'assegnazione ai creditori di azioni o quote della società risanata finanziariamente).

In questo senso, può dirsi che l'impresa è insolvente se alla ristrutturazione delle passività deve necessariamente accompagnarsi l'iniezione di nuova finanza di rischio (e dunque, in mancanza, deve fallire ed essere liquidata), mentre è meramente in crisi quando l'intervento sul solo fronte del passivo è ancora possibile.

La nozione di crisi così elaborata appare un utile elemento di confronto anche per il tema che ci occupa in questa sede. Riprendendo quanto osservato in apertura di paragrafo, va notato che quando la crisi riguarda il patrimonio di persone fisiche o di famiglie, già integralmente esposto alla garanzia dei debiti contratti, sicuramente non vi è spazio per ipotizzare nuovi investimenti di rischio, e l'unico modo per affrontare la crisi – tanto prima, quanto meglio – resta quello della ristrutturazione del debito, vuoi attraverso una diversa programmazione dell'adempimento, vuoi attraverso la falcidia delle pretese già esigibili. A quanto osservato per la nozione di crisi delle imprese falli-

---

<sup>21</sup> Sia permesso rinvio a DE LUCA, *op. cit.*, 88 ss. E v. anche le stimolanti riflessioni, dalle quali muove la mia proposta, di STANGHELLINI, *Le crisi d'impresa tra diritto ed economia*, Il mulino, Bologna, 2007, 123 ss.

<sup>22</sup> Sul punto il legislatore spagnolo distingue tra insolvenza (attuale) e insolvenza imminente collegando la prima all'incapacità di adempiere regolarmente alle obbligazioni "esigibili" e la seconda all'incapacità di adempiere regolarmente e puntualmente alle obbligazioni anche se non scadute. Artt. 2.2 e 2.3 *Ley concursal*. Nota ROJO, *op. cit.*, 167 che mentre la procedura concorsuale si apre ad iniziativa del debitore quando l'insolvenza è attuale o imminente, i creditori devono indicare la sussistenza di un dei fatti rivelatori dell'insolvenza per ottenere l'apertura del concorso (insolvenza qualificata).



bili, va tuttavia aggiunto che alcuni dei soggetti che pur vedono integralmente esposto il proprio patrimonio alla responsabilità patrimoniale – e mi riferisco specificamente ai consumatori – potrebbero godere di fonti di reddito da lavoro che mutano la prospettiva del risanamento: è evidente infatti, come meglio approfondiremo, che non può chiedersi un sacrificio ai creditori (soprattutto se gli stessi non sono chiamati ad esprimersi, come nel piano del consumatore) se non quando il consumatore prometta di sacrificare a sua volta tutto quel reddito che non gli sia essenziale per la conduzione di una vita decorosa per sé e la famiglia. Ed infatti le procedure di composizione della crisi sono state pensate come misure di rilevanza sociale atte ad evitare suicidi, non a permettere a chi ha “gran faccia tosta” di sottrarsi ai pagamenti<sup>23</sup>.

#### 4. Il concetto positivo di sovra-indebitamento: basta la parola?

Si può giungere così all'analisi della nozione di sovra-indebitamento offerta dalla l. n. 3/2012. L'analisi testuale della norma evidenzia la concorrenza di elementi di tipo sia patrimoniale che reddituale.

Appartiene invero ad un'analisi di tipo patrimoniale, il raffronto tra le “obbligazioni assunte” e il “patrimonio prontamente liquidabile per farvi fronte”: sovra-indebitamento si ha quando tra queste grandezze vi sia *squilibrio*, e cioè una situazione tale da esigere il ricorso all'ulteriore indebitamento ovvero la liquidazione del patrimonio *non prontamente liquidabile* onde poter disporre della provvista necessaria per estinguere i debiti in scadenza.

Lo squilibrio deve risultare *perdurante*, e cioè deve essere sintomatico di una incapacità non transitoria e, soprattutto, di tipo strutturale e, perciò, reddituale. Non a caso, infatti, – a seguito della modifica al testo di legge intervenuta a fine del 2012<sup>24</sup> – lo squilibrio patrimoniale è significativo quando determina una rilevante difficoltà o la definitiva incapacità di adempiere regolarmente le proprie obbligazioni. Perciò, come è stato esattamente notato, il sovra-indebitamento inteso in senso strettamente patrimoniale, come eccesso delle passività (reali) sulle attività, non dà di per sé diritto di accesso alle procedure di composizione delle crisi da sovra-indebitamento, salvo che allo stesso non si accompagni anche una prognosi negativa sulle capacità reddituali<sup>25</sup>. Un risultato, questo, perfettamente in linea con la nuova versione della norma tedesca in materia di *Überschuldung*.

Una volta chiarito che lo squilibrio patrimoniale deve accompagnarsi ad una prognosi reddituale negativa, resta da capire cosa il legislatore esattamente intenda

<sup>23</sup> L'espressione virgolettata è di TERRANOVA, *Insolvenza, stato di crisi, sovraindebitamento*, cit., 80, anche se si riferisce ai debitori fallibili.

<sup>24</sup> Nel testo anteriore: per «sovraindebitamento» si intende una situazione di perdurante squilibrio tra le obbligazioni assunte e il patrimonio prontamente liquidabile per farvi fronte, nonché la definitiva incapacità del debitore di adempiere regolarmente le proprie obbligazioni.

<sup>25</sup> E v. CAMPOBASSO, *Diritto commerciale*, 3, cit., 471, nt. 1; nonché analogamente TERRANOVA, *Insolvenza, stato di crisi, sovraindebitamento*, cit., 103. Giungeva a diversa conclusione, ma sotto il vecchio testo, MAIMERI, *Presupposti soggettivi ed oggettivi di accesso*, in *Fallimento*, 2012, 1019, ivi a 1035 ss.

con il riferimento al patrimonio “prontamente liquidabile”. La lettura più piana di tale locuzione è nel senso della idoneità del patrimonio investito – in termini bilanciistici: in immobilizzazioni, in crediti o in rimanenze – a trasformarsi facilmente in liquidità, e cioè la sua capacità di essere utilizzato per fare fronte ai debiti che maturano a scadenza nel breve termine<sup>26</sup>. Tale lettura appare tuttavia poco soddisfacente. Ed infatti, è pacifico in materia fallimentare che i pagamenti effettuati mediante liquidazione del patrimonio – soprattutto se produttivo – non possono considerarsi regolari, in quanto effettuati con mezzi anormali. Per questa ragione, notoriamente, l’insolvenza può essere accertata e il fallimento essere dichiarato anche in mancanza di inadempimenti.

Preferibile appare dunque intendere tale precisazione in senso finanziario, e cioè come perdurante disallineamento dei flussi di cassa: è perciò sovra-indebitato il soggetto che non abbia flussi in entrata, e cioè reddito o ricavi – patrimonio già liquido, come le disponibilità di cassa o bancarie, o prontamente liquidabile, come crediti a breve scadenza – adeguati a sostenere i flussi in uscita, e cioè i costi correnti. Con la conseguenza allora che, similmente a quanto afferma la giurisprudenza in materia fallimentare, può considerarsi sovra-indebitato anche colui che abbia un patrimonio astrattamente capiente per estinguere i propri debiti, ma non abbia flussi di cassa adeguati per effettuare pagamenti regolari: basta cioè la crisi finanziaria. Al riguardo, può farsi l’esempio del debitore (verosimilmente consumatore) che, per il basso reddito, si sia arretrato con le bollette pur avendo un immobile di proprietà<sup>27</sup>.

Alla luce della precisazione intervenuta a fine 2012, lo squilibrio patrimoniale, o meglio – come chiarito – quello finanziario, deve essere tale da determinare una rilevante difficoltà di adempimento, se non addirittura la definitiva incapacità di adempiere regolarmente le proprie obbligazioni. La distinzione tra le due situazioni viene intesa nel senso che possono ricorrere alle procedure di sovra-indebitamento non solo i soggetti insolventi, in quanto definitivamente incapaci di adempiere regolarmente, bensì anche quelli che si trovano in crisi finanziaria, in quanto in rilevante difficoltà di adempimento<sup>28</sup>.

Nell’ambito delle procedure di composizione da sovra-indebitamento, si tratta tuttavia di una distinzione solo descrittiva. A differenza delle procedure concorsuali previste per gli imprenditori medio-grandi, ove l’identificazione dei confini tra crisi e insolvenza serve a consentire l’accesso al concordato preventivo e agli accordi di ristrutturazione anche in situazioni nelle quali non potrebbe essere dichiarato il fallimento (o altra procedura legata alla nozione di insolvenza), le procedure previste per i debitori non fallibili hanno un unico presupposto oggettivo: e cioè *anche* la rilevante difficoltà di adempimento.

---

<sup>26</sup> Parla di patrimonio agevolmente monetizzabile MACARIO, in *La nuova composizione della crisi da sovraindebitamento*, a cura di Di Marzio, Macario e Terranova, Giuffrè, Milano, 2013, 19.

<sup>27</sup> E v. TERRANOVA, *Insolvenza, stato di crisi, sovraindebitamento*, cit., 104.

<sup>28</sup> Per questa accezione CAMPOBASSO, *op. cit.*, 470, nonché MAJELLO, in *La crisi del soggetto non fallibile*, a cura di Pisani Massamormile, Giappichelli, Torino, 2016, 6 s.

In questo ambito, appare dunque più significativo comprendere quando si possa iniziare a parlare di “rilevante difficoltà di adempimento”, anziché del momento in cui tale difficoltà diviene definitiva incapacità di adempimento regolare.

Al riguardo, non è dubbio che, trattandosi di procedure a carattere volontario, abbia essenziale rilievo la dichiarazione del debitore di trovarsi nelle condizioni oggettive che legittimano l'accesso alla procedura. Di norma, infatti, anche per il possibile discredito sociale che il ricorso ad una procedura del genere può determinare, il debitore non dovrebbe avere interesse ad avviare una procedura da sovra-indebitamento se non quando tale presupposto sussista veramente.

Sebbene la legge preveda svariate cautele – tra cui: la proposizione per una sola volta nel quinquennio, la risoluzione in caso di occultamento dell'attivo o del passivo o in caso di inadempimento del piano – non può tuttavia escludersi il ricorso abusivo alle procedure di composizione della crisi da sovra-indebitamento. Si potrebbe dunque porre il caso in cui la dichiarazione del debitore di trovarsi nella condizione oggettiva di sovra-indebitamento venga contestata.

È indubbio che, in sede di ammissione, al tribunale astrattamente compete il potere di verificare i presupposti, tra cui anche quello oggettivo (art. 10, comma 6, l. n. 3/2012): l'ammissione potrebbe dunque essere rifiutata. Anche per queste procedure, tuttavia, come per il concordato preventivo, occorre chiedersi se sia opportuno l'esercizio di tale potere d'ufficio, ovvero se lo stesso non debba essere preferibilmente sollecitato dai creditori. Propendo, anche in questo caso, per la seconda soluzione<sup>29</sup>. Resta infatti fermo l'argomento – rispetto alle procedure di risanamento previste per le imprese fallibili – che il ricorso precoce alla procedura, la quale va intesa soprattutto come ombrello protettivo rispetto alla aggressione del patrimonio in sede esecutiva, consenta in astratto una migliore soddisfazione dei creditori, rispetto ad una procedura ritardata: la stessa nozione di sovra-indebitamento quale “perdurante squilibrio” è già sintomatica del convincimento che ogni ritardo non può che peggiorare la situazione<sup>30</sup>. Si aggiunge poi la considerazione che, a differenza del fallimento, per i debitori non fallibili non sono previste azioni di ricostituzione dell'attivo diverse dalla revocatoria ordinaria, che peraltro neppure compete agli organismi di composizione. Il ricorso precoce alla procedura con la conseguente sottoposizione del debitore all'osservazione del tribunale, può dunque contribuire a sventare il compimento di operazioni distrattive, difficilmente rimediabili<sup>31</sup>.

---

<sup>29</sup> E v. già DE LUCA, *op. cit.*, 93 ss.; nonché, ampiamente, NUZZO, *Sul potere di controllo del tribunale nella fase di ammissione al concordato preventivo*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2012, I, 190.

<sup>30</sup> Di parere opposto TERRANOVA, *Insolvenza, stato di crisi, sovraindebitamento*, cit., 102, il quale – dopo avere rilevato che l'espressione sovra-indebitamento proviene dalla corrispondente nozione tedesca con l'obiettivo di accelerare i tempi di apertura del concorso – sostiene, invece, che «in queste condizioni, non è possibile (e non si sente comunque alcun bisogno) di *accelerare* i tempi dell'intervento».

<sup>31</sup> Ancora di diverso parere TERRANOVA, *Insolvenza, stato di crisi, sovraindebitamento*, cit., 102, osservando che «non v'è pericolo di disperdere valori organizzativi, qualora non si assumano subito le opportune iniziative». Tale osservazione appare tuttavia non tenere in considerazione che i consumatori come gli imprenditori individuali possono disperdere non solo valori organizzativi, ma ogni altro elemento di patrimonio sottoposto alla garanzia dei creditori.

Merita aggiungere, infine, che un'interessante soluzione al problema dell'abuso è stata sperimentata negli Stati Uniti. Il *Bankruptcy Abuse Prevention and Consumer Protection Act* (2005), emanato su pressione della lobby del credito al consumo, ha infatti ristretto significativamente l'accesso alla procedura di *discharge* prevista dal Chapter 7 del Bankruptcy Act subordinando la possibilità di beneficiare della liberazione di debiti al possesso di alcuni requisiti patrimoniali e reddituali e comunque al superamento di un test (c.d. "means test")<sup>32</sup>. Ad una simile soluzione può invero addivenirsi anche in Italia anche a dato legislativo fermo, posto che l'esdebitazione, da una parte, non è automatica ma va concessa al ricorrere dei requisiti di meritevolezza e, dall'altra parte, può essere revocata su istanza dei creditori, quando vi sia stata dissimulazione di attivo o passivo (art. 17-*terdecies* l. n. 3/2012).

Al momento, sembra peraltro che il ricorso all'istituto sia stato genuino, non rivenendosi alcuna pronuncia sulla portata del requisito oggettivo, né alcuna revoca del provvedimento esdebitativo.

---

<sup>32</sup> Sul punto, v. Nuzzo, *Il debito e la storia: dalla colpa alla fisiologia dell'insolvenza*, in *Riv. dir. comm.*, 2017, I, 89, a 122 s.

Il volume esamina in modo compiuto l'intera disciplina della composizione della crisi da sovraindebitamento, attraverso un approccio funzionale e pragmatico, che si propone di saldare il profilo teorico, scientifico e sistematico con la fase interpretativa ed operativa.

Partecipano all'opera autori di diversa provenienza, accademica, istituzionale e professionale, in una prospettiva multidisciplinare, che valorizza esperienze diverse.

I saggi che compongono il volume affrontano la normativa sotto tutti i profili, non trascurando il dato comparatistico e le prospettive di riforma alla luce della legge delega delle procedure concorsuali (cd. "riforma Rordorf").

*The volume examines in depth whole regulation of settlement of over-indebtedness crisis ("Crisi da sovraindebitamento"), by way of a functional and practical approach, aimed at welding theoretical, scientific and systematic profile to operational and interpretative phase.*

*Authors of several origins, both academic, institutional and professional, take part in this work in a multidisciplinary prospective which enhances different experiences.*

*The papers which the book is made of deal with the regulation under all the possible profiles, without neglecting a comparative approach and the reform prospective in light of the delegated law over the insolvency proceedings (so called "Rordorf reform").*

ISBN: 978-88-98752-97-3



euro 48,00