

# *il* FALLIMENTARISTA

Le nuove frontiere del sovraindebitamento nella pandemia

di **Fabio Cesare**

*Focus del 14 aprile 2020*

**Il legislatore dell'emergenza si è occupato del fallimento, del concordato e degli accordi di ristrutturazione del debito, ma non di sovraindebitamento. Se ne dovrebbe occupare in sede di conversione del Decreto Cura Italia e del Decreto liquidità.**

*SOMMARIO: 1. Premessa - 2. Inettitudine degli strumenti di mercato alla regolazione della crisi - 3. Sovraindebitamento diffuso e rischi di coesione sociale - 4. Il sovraindebitamento e i suoi obiettivi - 5. Sovraindebitamento e adempimento - 6. Il Sovraindebitamento come strumento di welfare - 7. La liquidazione controllata nel codice della crisi: l'auspicio di una pronta entrata in vigore*

## 1. Premessa

Il legislatore dell'emergenza si è occupato del fallimento, del concordato e degli accordi di ristrutturazione del debito, ma non di sovraindebitamento. Se ne dovrebbe occupare in sede di conversione del Decreto Cura Italia e del Decreto liquidità. Poiché nel tempo la cancellazione dei debiti è sempre stata un argine contro la deriva sociale, l'istituto può essere utilizzato oggi come forma di welfare indiretto, ma deve essere liberato dalle incertezze della [legge 3/2012](#) che ne limitano l'applicazione, incertezze che si fondano su presupposti culturali spazzati via dall'epidemia. In quest'ottica, è indispensabile anticipare l'entrata in vigore delle norme del codice della crisi di cui è stata differita l'entrata in vigore.

## 2. Inettitudine degli strumenti di mercato alla regolazione della crisi

Il diritto concorsuale trova il suo intimo presupposto nell'esistenza di un libero mercato e nelle sue regole di funzionamento: un'impresa incapace di remunerare il proprio capitale deve essere liquidata il prima possibile e con minori costi poiché la sua permanenza in vita sarebbe una lesione alla concorrenza. La garanzia patrimoniale generica e i privilegi, insieme al principio consensualistico, sono il portato di un'esigenza di affidamento nei traffici commerciali che affonda le proprie radici almeno nel diritto mercantile dal medioevo. La profonda tradizione che accompagna il disvalore dell'inadempimento e la lesione della garanzia patrimoniale rende refrattario ogni operatore del diritto, ed in particolare i giudici di merito, a recepire gli istituti che contrastino con i richiamati principi.

Ma il **mercato non è in grado di risolvere i temi del disastro sociale ed economico in un' epoca di pandemia**: il sostanziale blocco delle attività e della circolazione della ricchezza, insieme alla indisponibilità diffusa di liquidità, non consente di affidare alla selezione liberista gli operatori economici senza il rischio di procurare una desertificazione industriale e sociale.

Da sempre, l'alterazione degli schemi di traffico negoziale impone un deciso intervento dello Stato per riequilibrare le sorti di un tessuto economico leso nei suoi organi vitali fino al punto di rischiare di non potersi rialzare.

Il sostegno pubblico è stato determinante dopo la crisi del '29 e lo è stato nel 2008, quando tutti gli Stati si sono affrettati a iniettare enormi quantità di finanza fresca per impedire il *default* degli istituti finanziari e delle grandi imprese.

Occorre domandarsi **quali siano le conseguenze ove l'intervento statale non sia efficace ed immediato**, per poi comprendere come il potenziamento degli istituti del sovraindebitamento possa contribuire a rendere più efficace l'azione pubblica di sostegno al reddito.

## 3. Sovraindebitamento diffuso e rischi di coesione sociale

Il perdono generalizzato e la cancellazione dei debiti sono stati a lungo strumenti di coesione sociale. Essi si sono ripetuti nel tempo per evitare che in particolari momenti di criticità si potessero determinare forze centrifughe in grado di alterare la dinamica sociale e porre in discussione le istituzioni stesse. Sin dal codice di Hammurabi, nei momenti di particolare difficoltà, come nelle carestie, veniva disposto che *“se un uomo ha contratto un debito e non può pagare un creditore per mancanza di raccolto dovuta ad inondazione o siccità, non sia vincolato dal contratto e non paghi interessi per quell'anno”* (art. 48 codice Hammurabi). Addirittura, in caso di inadempimento, il debitore poteva cedere moglie e figlio al creditore: dopo tre anni, i debiti venivano cancellati. Altri esempi possono rinvenirsi nella stele di Rosetta, nella quale si legge che il faraone Tolomeo V, nel 196 avanti Cristo, annullò i debiti verso il trono del popolo dell'Egitto.

La riforma di Solone ad Atene tentò di risollevare i ceti più poveri dalle condizioni indecenti in cui versavano: dispose il rimpatrio dei cittadini venduti all'estero e fuggitivi per debiti oltre alla liberazione degli asserviti per debiti in Attica. L'amnistia generalizzata aveva anche lo scopo di consentire il voto, e dunque l'inclusione, a tutti i cittadini, anche a quelli in difficoltà.

### **Esempi su cui riflettere non mancano nella tradizione romana.**

Nell'orazione Pro Murena, Catilina promise, se eletto console, di emanare una legge sulle *tabulae novae*, la cancellazione delle *tabulae* dove erano registrate le obbligazioni *litteris (expensilatio)*. In tal modo, egli intendeva intercettare il consenso della plebe, piegata dai bisogni della recente guerra. La pericolosità di una tale proposta fu percepita dal ceto senatoriale che rappresentava i possidenti tanto da opporre all'ambizioso candidato Marco Tullio Cicerone, che racconta l'episodio nell'orazione citata.

Gli esempi potrebbero moltiplicarsi ma non è questa la sede. Basti qui ricordare che il perdono generalizzato dei debiti costituisce storicamente uno strumento inteso a

(i) **evitare che ampie fasce della popolazione non producano più reddito disponibile** e dunque non possano essere soggette a imposizione fiscale;

(ii) **evitare che fasce bisognose della popolazione ridotte a non poter soddisfare i bisogni primari vengano intercettate da meccanismi criminali** capaci di soddisfarne i bisogni più prontamente oppure si alteri la dinamica democratica per l'impossibilità di differire il soddisfacimento di esigenze primarie insoddisfatte in epoca di crisi.

Ai giorni nostri, è infatti facile che le aziende illiquide divengano preda di mercati paralleli del credito e vengano attratte da circuiti di illegalità, per la banale considerazione che la disperazione dei debitori è una spinta più forte rispetto al rispetto della legalità. E ciò vale soprattutto se lo Stato si rivelerà inadeguato a riaffermare l'autorità delle istituzioni con una azione in grado di raggiungere i singoli senza pastoie burocratiche ed eccessivi distinguo che rischiano di minare alla base la percezione di giustizia dei consociati in un momento di singolare vulnerabilità.

La criminalità organizzata è infatti pronta a intercettare il dissenso e i disordini che sicuramente si origineranno sulla spinta della negazione dei bisogni primari.

La tensione potrebbe essere acuita dalla polarizzazione sociale conseguente dallo spostamento di ricchezza generato dalla pandemia, che vede alcuni imprenditori arricchirsi ove siano in grado di sfruttare il nuovo disagio di una società reclusa ed ibernata, mentre altri, che credevano di aver consolidato la propria posizione, rischiano di perderla, se non di entrare in piena crisi.

Il tutto mentre il risentimento per chi si è arricchito acuisce la percezione di ingiustizia in chi è rimasto indietro, e rinforza il risentimento.

**La frattura sociale così generata diventa terreno fertile per le infiltrazioni malavitose e diventa un pericolo per le istituzioni.**

In questo contesto, **il sovraindebitamento può rivestire un ruolo cruciale di riaffermazione della legalità.**

#### **4. Il sovraindebitamento e i suoi obiettivi**

Negli ordinamenti che hanno introdotto il sovraindebitamento prima dell'Italia, l'istituto ha svolto **tre funzioni**.

1. **La ripartenza del sovraindebitato (fresh start)**: se il patrimonio del debitore non è e non sarà in grado di regolare le obbligazioni contratte, è necessario liberarlo dal fardello dei debiti perché questi possa riorganizzarsi e costruire una nuova vita economica con la quale potrà offrire il proprio contributo alla società, tanto più che l'assalto al debitore (*debt collector harassment*) genera costi indiretti per lo Stato (riduzione di reddito e attivazione dello stato sociale, attivazione del sistema sanitario per profili di psicopatologia, necessità di reperire un'abitazione sociale per il debitore). Simili oneri sono inefficienti per il sistema, che finisce per sovvenzionare indirettamente il credito erogando servizi essenziali per il debitore espropriato.

2. **La deflazione giurisdizionale:** l'apertura di una procedura di sovraindebitamento permette di concentrare in una sola risorsa giurisdizionale plurime controversie e plurime procedure esecutive, impegnando il sistema giurisdizionale in modo più efficiente; oltretutto l'esecuzione individuale comporta un ordine di distribuzione del ricavato iniquo, destinato al creditore più esperto e rapido, e non è ispirata al criterio della parità di trattamento di tutti i creditori.
3. **La riaffermazione della legalità:** i primi cinque articoli della [legge 3/2012](#), di solito espunti dalla lettura della normativa, non a caso si occupano di usura. La cancellazione dei debiti, come nel codice di Hammurabi, è uno strumento per permettere di riaffermare l'appartenenza di un soggetto fragile al sistema sociale e non renderlo facile preda di meccanismi criminali. La ripartenza consente di liberare energie in grado di reinserire il debitore in un sistema produttivo e di consentirgli di generare un reddito in grado di creare imposizione fiscale e di rimanere all'interno del sistema della legalità.

Così chiariti gli obiettivi dell'istituto, è evidente che perseverare in una lettura restrittiva genererebbe costi che sarebbero evidentemente troppo elevati in questo frangente di estrema emergenza.

Ma per farlo occorre superare negli operatori del diritto i consolidati principi della garanzia generica, del principio consensualistico, derogati dal sovraindebitamento e chiarire che essi costituiscono una religione inattuale: occorre superare il tunnel cognitivo nel quale siamo relegati dalla formazione giuridica per evitare conseguenze tragiche e completamente distoniche rispetto alla realtà mutata dall'esito dell'epidemia.

Le istituzioni e gli operatori del diritto rischiano di non percepire la profondità dei bisogni dei cittadini; rischiano di ripetere la tragedia di Maria Antonietta D'Asburgo-Lorena e ripetere "*S'ils n'ont plus de pain, qu'ils mangent de la brioche*": non si rendeva davvero conto che intaccare le esigenze primarie della popolazione era in grado di rovesciare l'ordine costituito.

Se non si vuole finire nella dispercezione tra governanti e governati, c'è la necessità di superare i vecchi schemi dell'adempimento e non indugiare eccessivamente per qualche tempo sui rischi del *moral hazard* conseguente a un'apertura delle maglie del sovraindebitamento percepita come eccessiva dai giuristi.

## 5. Sovraindebitamento e adempimento

**Esiste già da lungo tempo un processo in grado di intercettare tutte le esigenze appena richiamate.** Mi riferisco alla progressiva erosione dell'istituto dell'esatto adempimento.

La dogmatica ha intrapreso un lento percorso di alterazione degli schemi acquisiti del rapporto obbligatorio fino a fargli conseguire una fisionomia inedita, che forgia una concezione duttile della prestazione attesa dal debitore alle circostanze in modo assai più elastico rispetto al passato.

Si è discusso di "inadempimento di necessità", di eccezioni che si fanno regole, di intervento del giudice in funzione eterointegrativa della prestazione per ridurla ad equità in nome del principio di solidarietà (si pensi alla riduzione della penale manifestamente onerosa), si da comprimere il dogma della libertà negoziale e del principio consensualistico entro il nuovo orizzonte delle mutevoli possibilità concrete di adempiere.

E' pure vero che non è agevole in questo contesto normativo destrutturato ritrovare un assetto in grado di bilanciare gli interessi coinvolti, tra affidamento del sistema all'adempimento ed esigenza di non richiedere al debitore più di quanto può effettivamente concedere nell'obbligazione.

Ma in un contesto di emergenza non è possibile relegare alla sola forza maggiore e alla impossibilità sopravvenuta le situazioni nelle quali il debitore non è più in grado di rendere la prestazione formalmente dedotta nell'obbligazione, pena l'intasamento dei Tribunali, e, in fondo, pena la delegittimazione del sistema nella percezione dell'utenza.

E se si riflette, il sovraindebitamento ha proprio la funzione di rendere l'esatto adempimento più indeterminato, una sorta di adempimento *fuzzy*, con uno scarto rispetto alla prestazione nominalmente dovuta, misurato sulla possibilità di rendere la prestazione dovuta all'interno di un determinato contesto.

**A questa esigenza di calibrare l'adempimento rispetto al contesto socio economico, risponde appunto il sovraindebitamento.**

Insieme ad acclarare l'inesigibilità della prestazione attesa dal creditore di fronte a una contingenza, di riflesso, l'istituto mira a una gestione più efficiente dell'azione giurisdizionale, ponendo all'interno di un'unica procedura plurimi rapporti obbligatori che altrimenti dovrebbero seguire la via del giudizio ordinario di cognizione.

Ogni giudice, in una durata media di tre anni (tanto dura in media un procedimento in primo grado), dovrebbe verificare mutevolmente se l'emergenza epidemiologica sia o meno nel concreto una causa di sospensione o di risoluzione del rapporto contrattuale che ha originato la pretesa del creditore.

In quest'ultimo alternativo caso conseguirebbe una inevitabile incertezza di risposte all'utenza. Questa incertezza protratta per tutto il primo grado di giudizio è in grado di minare la legittimazione della giustizia, o anche solo la percezione di giustizia sull'utenza.

E ciò perché prevedibilmente situazioni simili verranno trattate in modo non uniforme dai tribunali: uno riconoscerà l'epidemia come causa di sospensione della prestazione, l'altro no. E questa incertezza fomenta lo smarrimento di un'utenza assai fragile.

Il sovraindebitamento, invece, è in grado di riaffermare la legalità, imponendo un sacrificio sostenibile al debitore. In tal modo, pone un argine alla possibile fuga dalla legalità del debitore, spinto da un bisogno che non trova asilo nella risposta giurisdizionale.

L'istituto è insomma già **in grado di tradurre l'inadempimento in un adempimento possibile per il debitore.**

In questa prospettiva redistributiva, il sovraindebitamento si traduce in una scelta di spostamento di ricchezza, in una scelta di interessi che può compromettere l'affidamento non solo bancario e rischia di certo di incrementare il costo del denaro.

Ma ciò non costituisce più un tema pernicioso: il costo del denaro non è più un problema all'ordine del giorno se lo Stato si fa garante degli istituti di credito per diminuire gli oneri finanziari e la facilità di accesso al credito, in una politica di welfare che evidentemente sovverte i criteri del libero mercato e i presupposti sui quali si è fondata la riflessione giuridica sino ad ora.

## **6. Il Sovraindebitamento come strumento di welfare**

La spinta neointerventista della legislazione emergenziale ha lo scopo di sostenere il sistema da una spaventosa crisi di liquidità, con il rischio di fallimento di milioni di imprese, ma stanZIA anche fondi a pioggia per il reddito pure per le persone fisiche, tra cassa integrazione e aiuti *una tantum*.

Questi sforzi rischiano di essere vanificati se simili provvidenze non vengano sostenute da una seria possibilità di ridimensionare i debiti già contratti da chi è in difficoltà.

Vi è il rischio infatti, che soggetti vicini alla soglia di povertà non utilizzino le sovvenzioni statali a parziale ristoro dell'impossibilità di produrre reddito per i bisogni primari, ma li destinino al pagamento dei debiti già contratti, sulla spinta emotiva dell'insistenza dei recuperatori delle finanziarie.

I soggetti che sono in una condizione di sovraindebitamento sono infatti per loro essenza fragili perché incapaci di effettuare una qualsiasi forma di programmazione finanziaria: possono reagire in modo irrazionale sia alle spinte emotive al consumo, sia all'insistenza dei creditori che richiedono il pagamento fino al punto di privarsi dei bisogni primari che dovrebbero essere soddisfatti dalle misure di sostegno al reddito. E, a ben vedere, in una simile situazione, **gli aiuti rischiano di essere destinati al pagamento dei debiti pregressi per l'irrazionalità dei percettori**, soprattutto se caduti in una situazione di prostrazione che impedisce ogni programmazione.

L'irrazionalità finanziaria dei sovraindebitati è infatti testimoniata anche dall'incomprensibile accesso al credito destinato al pagamento di altri finanziamenti, assolutamente prevalente nelle situazioni di sovraindebitamento delle persone fisiche. Sono soggetti che stipulano debiti per chiudere altri debiti in una sorta di gioco di scatole cinesi, fino ad erodere ogni possibilità di rimborso.

Se dunque le misure di sostegno al reddito sono destinate al pagamento dei debiti pregressi e non al

soddisfacimento dei bisogni primari, esse non sono in grado di evitare che la fascia debole della popolazione scivoli in una situazione di povertà: esse rischiano di contribuire solo a pagamenti a pioggia di qualche debito pregresso dei sovraindebitati.

L'unico modo per **rendere efficaci le misure di sostegno alle persone fisiche è intervenire sui debiti pregressi**, bloccandone l'esazione, **in modo che i flussi destinati dallo Stato alle persone fisiche indebitate oltre il dovuto permettano un argine alla povertà.**

L'istituto preposto a questo scopo è il sovraindebitamento, e la sua completa diffusione dipende da una precoce attuazione del codice della crisi di impresa e dell'insolvenza, del quale si è però appena disposto il differimento al primo settembre 2021.

## 7. La liquidazione controllata nel codice della crisi: l'auspicio di una pronta entrata in vigore

Una corretta canalizzazione delle risorse pubbliche, passa attraverso **un'igiene negoziale che consenta una sterilizzazione diffusa dei debiti pregressi tramite il potenziamento del sovraindebitamento**, dal quale però devono essere rimosse le maggiori ambiguità per consentirne una rapida applicazione senza incorrere nelle incertezze che ne hanno ostacolato una piena applicazione.

Alcuni temi devono essere chiariti una volta per tutte: la possibilità di aprire liquidazione senza beni, il trattamento della cessione del quinto come debito di massa (giurisprudenza favorevole: Tribunale Grosseto 9 maggio 2017, [Tribunale Torino 8 giugno 2016](#), contraria Tribunale Monza 26 luglio 2017), la durata del piano (non oltre 5 anni: Tribunale, Rovigo 13 dicembre 2016; da valutare caso per caso [Tribunale Como 24 maggio 2018](#)), la domanda familiare (parzialmente inammissibile: [Tribunale di Novara 25 luglio 2017](#); a favore: [Tribunale Milano 6 dicembre 2017](#), [Tribunale Mantova 8 aprile 2018](#)), l'esperibilità dell'istituto per i soci illimitatamente responsabili delle società di persone (contr: [Tribunale Milano, 18 agosto 2016](#), a favore: [Tribunale Prato 16 novembre 2016](#)), gli atti di frode ostativi all'apertura della liquidazione del patrimonio e il merito creditizio.

Diversamente verranno tradite le aspettative di chi si rivolge ai Tribunali in un momento particolarmente delicato e di spiccata fragilità: nell'ottica dell'utenza, che non può elaborare il lutto di un rigetto di una istanza di giustizia con la sola contropartita di una distinzione giuridica, un eccessivo formalismo può determinare una sconfitta della legalità, perché può indurre i sovraindebitati emotivamente frustrati a rivolgersi a chi soddisfi altrove i propri bisogni primari nell'illegalità.

È quindi necessario applicare l'istituto in modo massiccio ed eliminare le incertezze applicative, per riaffermare lo stato di diritto e porre il diritto al servizio dell'uomo, non l'uomo a servizio del diritto.

Non si può più indugiare in eccessive distinzioni: non sarebbero comprese in questa fase dove non si preparano i vestiti quando arriva l'autambulanza, bisogna mirare al sodo senza fronzoli e fra più opzioni interpretative occorre scegliere quella che favorisce il blocco delle azioni esecutive. Al *moral hazard* e al tasso di interesse dei finanziamenti si penserà dopo, quando la società malata si sarà stabilizzata.

Se il codice della crisi dell'insolvenza è differito al primo settembre 2021, in sede di conversione del [D.L. 23 dell'8 aprile 2020](#) le norme sul sovraindebitamento dovranno auspicabilmente entrare subito in vigore, visto che la riforma dirime in senso ammissivo la maggior parte dei dubbi sorti nel regime della [legge 3/2012](#) e non tutti i giudici di merito si sono rivelati disposti ad anticipare le soluzioni adottate dal codice della crisi in via interpretativa.

È pur vero che stona l'applicazione di un singolo istituto al di fuori del sistema del codice, ma l'attuale legge è già asistemica, eppure è riuscita ad aiutare migliaia di persone in difficoltà tra errori di battitura e antinomie del testo di legge che hanno contribuito a ritardarne l'applicazione.

Oltretutto, la liquidazione controllata aperta all'iniziativa dei terzi, pur con i limiti previsti dal c.d. Correttivo per evitare derive estorsive dei creditori, permetterebbe di assorbire l'inevitabile onda d'urto dei decreti ingiuntivi

e delle esecuzione sui Tribunali, rendendo molto più efficiente la macchina della giustizia, che altrimenti dovrebbe dedicare risorse a miriadi di procedimenti bagatellari privi di una vera prospettiva di equa distribuzione nel ceto creditorio.

Semmai, ove non fosse possibile applicare il procedimento unitario perché è rischioso incidere su nuove leggi processuali in un momento di prevedibile tensione del sistema, si potrebbe ricorrere al rodato procedimento di volontaria giurisdizione che attualmente governa con tollerabili inefficienze i procedimenti di cui alla [legge 3/2012](#).

La sfida che il sistema sanitario nazionale ha affrontato in prima linea, toccherà in seconda battuta agli operatori del diritto: occorre prendere coscienza della fragilità umana di fronte agli eventi, dimenticarci per qualche tempo dei bizantinismi che hanno impedito al sovraindebitamento di spiegare i suoi effetti solidaristici e rimandare a un secondo momento le preoccupazioni connesse ad una eccessiva violazione dell'affidamento, della garanzia generica e del principio consensualistico, pena la frustrazione degli interventi a sostegno del reddito e l'acuirsi delle spaccature sociali.

Ma per farlo **dobbiamo tutti cambiare gli occhiali: quelli che avevamo, non sono più in grado di mettere a fuoco la realtà che ci circonda.**