

PUBBLICAZIONE TRIMESTRALE

ISSN: 2279-9737

Rivista
di Diritto Bancario

dottrina
e giurisprudenza
commentata

APRILE/GIUGNO

2018

rivista.dirittobancario.it

DIREZIONE SCIENTIFICA

FILIPPO SARTORI, STEFANO AMBROSINI, SANDRO AMOROSINO,
FILIPPO ANNUNZIATA, SIDO BONFATTI, FRANCESCO CAPRIGLIONE,
ALFONSO CASTIELLO D'ANTONIO, PAOLOEFISIO CORRIAS, FULVIO
CORTESE, MATTEO DE POLI, RAFFAELE DI RAIMO, ALDO ANGELO
DOLMETTA, ALBERTO GALLARATI, UGO PATRONI GRIFFI, BRUNO
INZITARI, MARCO LAMANDINI, RAFFAELE LENER, PAOLA
LUCANTONI, ALBERTO LUPOI, DANIELE MAFFEIS, LUCA
MANDRIOLI, RAINER MASERA , ALESSANDRO MELCHIONDA,
ROBERTO NATOLI, ELISABETTA PIRAS, MADDALENA RABITTI,
GIUSEPPE SANTONI, MADDALENA SEMERARO, ANTONELLA
SCIARRONE ALIBRANDI, FRANCESCO TESAURO

DIREZIONE ESECUTIVA

ALBERTO GALLARATI, PAOLA LUCANTONI, LUCA MANDRIOLI,
ELISABETTA PIRAS, FRANCESCO QUARTA, MADDALENA
SEMERARO

COMITATO EDITORIALE

FRANCESCO ALBERTINI, FRANCESCO AUTELITANO, STEFANO DAPRÀ,
EUGENIA MACCHIAVELLO, UGO MALVAGNA, MASSIMO MAZZOLA,
MANILA ORLANDO, CARLO MIGNONE, EDOARDO RULLI, STEFANIA
STANCA

NORME PER LA VALUTAZIONE E LA PUBBLICAZIONE

LA RIVISTA DI DIRITTO BANCARIO SELEZIONA I CONTRIBUTI OGGETTO DI PUBBLICAZIONE SULLA BASE DELLE NORME SEGUENTI.

I CONTRIBUTI PROPOSTI ALLA RIVISTA PER LA PUBBLICAZIONE VENGONO ASSEGNATI DAL SISTEMA INFORMATICO A DUE VALUTATORI, SORTEGGIATI ALL'INTERNO DI UN ELENCO DI ORDINARI, ASSOCIATI E RICERCATORI IN MATERIE GIURIDICHE, ESTRATTI DA UNA LISTA PERIODICAMENTE SOGGETTA A RINNOVAMENTO.

I CONTRIBUTI SONO ANONIMIZZATI PRIMA DELL'INVIO AI VALUTATORI. LE SCHEDE DI VALUTAZIONE SONO INVIATE AGLI AUTORI PREVIA ANONIMIZZAZIONE.

QUALORA UNO O ENTRAMBI I VALUTATORI ESPRIMANO UN PARERE FAVOREVOLE ALLA PUBBLICAZIONE SUBORDINATO ALL'INTRODUZIONE DI MODIFICHE AGGIUNTE E CORREZIONI, LA DIREZIONE ESECUTIVA VERIFICA CHE L'AUTORE ABBA APPORTATO LE MODIFICHE RICHIESTE.

QUALORA ENTRAMBI I VALUTATORI ESPRIMANO PARERE NEGATIVO ALLA PUBBLICAZIONE, IL CONTRIBUTO VIENE RIFIUTATO. QUALORA SOLO UNO DEI VALUTATORI ESPRIMA PARERE NEGATIVO ALLA PUBBLICAZIONE, IL CONTRIBUTO È SOTTOPOSTO AL COMITATO ESECUTIVO, IL QUALE ASSUME LA DECISIONE FINALE IN ORDINE ALLA PUBBLICAZIONE PREVIO PARERE DI UN COMPONENTE DELLA DIREZIONE SCELTO RATIONE MATERIAE.

SEDE DELLA REDAZIONE

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TRENTO, FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA, VIA VERDI 53,
(38122) TRENTO – TEL. 0461 283836

Debito, sovraindebitamento ed esdebitazione del consumatore: note minime sul nuovo diritto del capitalismo postmoderno*

SOMMARIO: 1. Premessa: l'evoluzione del quadro sistemico. – 2. Sovraindebitamento e piano del consumatore. – 3. Attitudini funzionali delle nuove procedure. – 4. Segue. Indecisione del legislatore e confusione degli interpreti. – 5. Senso possibile della esdebitazione nel nostro sistema dei diritti. – 6. Prospettive di riforma.

1. Sovraindebitamento ed esdebitazione – quest'ultima quale possibile conseguenza del primo – sono vicende (e discipline di esse conformative) che appartengono a un quadro assai ampio ed estremamente complesso, entro il quale debbono essere ricollocate e riguardate per coglierne compiutamente i caratteri funzionali.

Il quadro, si diceva, è ampio e complesso; non circoscrivibile nel tempo e nella fenomenologia della crisi d'inizio millennio e invece risalente alla (e comprensivo della) esperienza degli ultimi decenni del precedente millennio. Decenni a far capo dai quali si è andata realizzando una profonda modificazione della struttura dei mercati e delle istituzioni economiche nonché del rapporto tra Stati ed economia. Su questa linea, connotata per un lungo tratto da una forte spinta alla destatalizzazione e alla privatizzazione, si inseriscono anche gli interventi normativi più recenti incidenti sul duplice piano del debito e delle procedure di prevenzione e risoluzione delle crisi.

Sul piano del debito, in un contesto di progressiva capillare finanziarizzazione dei rapporti e degli operatori economici, assumono centralità fenomeni una volta sociologicamente marginali, qual è innanzitutto il credito al consumo, e incidono da ultimo discipline quali, soltanto ad esempio, quella di derivazione comunitaria sui mutui – dove, tra l'altro, la previsione di un patto marciano per la garanzia del credito immobiliare – o quella sui c.d. vitalizi ipotecari o, ancora, quella del pegno senza spossessamento e del patto marciano per la garanzia dei finanziamenti alle imprese.

* È il testo rivisto, con qualche aggiornamento, della relazione introduttiva al Convegno *Il sovraindebitamento del consumatore tra diritto interno e ordinamenti stranieri*, svoltosi presso l'Università di Perugia, sede di Terni il 19 maggio 2017, in via di pubblicazione nel relativo volume a cura Lorenzo Mezzasoma e Vito Rizzo.

Sul piano invece delle procedure di prevenzione e risoluzione delle crisi, si succedono interventi riformatori per lo più estremamente parziali. Quelli realizzati a far capo dal 2005 e, a seguire, fino al 2010 assumono rilievo sia perché da essi è ampliata l'area della accessibilità a procedure concorsuali sia, e soprattutto, perché a mezzo di essi penetra nel nostro sistema positivo l'idea, variamente articolata, dell'applicazione di un principio di autonomia privata alla soluzione delle crisi. È il momento nel quale si afferma l'idea della sussidiarietà come criterio cardine per la costruzione di meccanismi negoziali di governo della (e di uscita dalla) crisi. Ancora, è il momento nel quale compare nel nostro sistema l'esdebitazione, figura che – come puntualmente osservato in un recente articolo di Emanuela Migliaccio – opera però a monte, non già sul piano della responsabilità bensì su quello del debito. Non incide dunque sulle regole del concorso e non solleva discussioni in ordine ai termini di applicazione dell'art. 2740, ma del medesimo concorso, ai fini della applicazione della detta disciplina della responsabilità patrimoniale, definisce l'antecedente, ovvero il debito.

Quelli successivi, facenti capo alla legge 27 gennaio 2012, n. 3 e al d.l. 22 giugno 2012, n. 83, scontano, al contrario, il tramonto della idea della applicabilità del criterio della sussidiarietà per il governo delle crisi. Al contrario, essi esprimono la consapevolezza, montante tra gli interpreti, che la composizione negoziale della crisi è assai spesso un'illusione; ché invece nelle relative procedure è fondamentale sempre e comunque l'intervento del giudice e che raramente, soltanto in fenomeni di prevenzione della crisi, dove per necessità partecipa adesivamente l'unanimità dei creditori e non v'è perciò bisogno di meccanismi coercitivi di protezione degli accordi, si può effettivamente parlare di autonomia privata.

Con questa premessa e, conseguentemente, sulla base della chiara percezione della diversità di natura delle tre fasi della crisi debitoria – quella, negoziale, degli accordi di ristrutturazione e quelle giudiziali del concordato preventivo e del fallimento – è profilata una bipartizione delle procedure (in particolare di quelle giudiziali), in ragione dell'inserimento, accanto a quelle dedicate ai debitori fallibili, ovvero alle imprese, di procedure simili dedicate però ai debitori c.d. civili, non fallibili. Ciò, limando i due profili essenziali costituiti, da un lato, dal concordato e dall'altro, non già dal fallimento quale presupposto qui

non ricorrente, bensì dall'analogia conseguenza, giustificata dallo stato di sovraindebitamento, costituita dall'applicazione di procedimenti liquidativi.

2. La detta struttura bipartita dura poco. Già al termine dello stesso anno, con il d.l. 18 ottobre, n. 179, viene inserito nella legge 3/2012 un intero capo dedicato specificamente al sovraindebitamento del consumatore, al quale consumatore è riservata una forma di esdebitazione decisamente peculiare: il «piano del consumatore». La struttura diviene così tripartita.

La nuova disciplina segna un passo significativo del percorso, iniziato in epoca di finanza creativa e (non certo concluso ma) proseguito in tempo di crisi sistemica. Essa è certamente riguardabile come il riflesso del passaggio da una logica di protezione del credito finalizzata all'aumento della liquidità, come è stato negli ultimi decenni del primo millennio e, ancora nei primissimi anni del secondo, a una fase nella quale il valore primario diventa la stabilità del sistema. Non quindi ancora creazione di liquidità più o meno virtuale e volatile ma ricerca di una liquidità espressa da rapporti saldamente ancorati a sottostanti valori reali agevolmente liquidabili ovvero assistiti da adeguati strumenti di mitigazione del rischio.

Inquadrata nel più ampio scenario a inizio evocato, la disciplina in parola testimonia però in primo luogo di una rivoluzione copernicana, di un completo ribaltamento cioè dei meccanismi di produzione e di circolazione della ricchezza nel mercato. Questo occorre innanzitutto puntualizzare:

a) il mercato è stato a lungo sostenuto – nel nostro Paese e, in misura diversa, negli altri Paesi dell'Unione Europea – attraverso la politica dei redditi. In particolare, il circuito mercantile era creato e stimolato nella prospettiva di un ceto medio ampio e solido, poco propenso al debito, fortemente orientato al risparmio e radicalmente avverso al rischio finanziario. La politica del diritto, negli anni precedenti alla crisi, si è fatta carico dell'aspirazione del capitalismo contemporaneo ad assorbire il risparmio onde moltiplicare il volume della ricchezza circolante e a sostituire le risorse costituite dal medesimo risparmio in funzione dell'accesso al mercato dei beni con il debito. In questa direzione militano sia l'assenza di una politica dei redditi o, meglio, la presenza di una politica di segno inverso (di svalutazione dei redditi del

ceto medio) sia la disincentivazione della piccola proprietà immobiliare, trasformata da strumento di risparmio sicuro in onere economico;

b) la crisi economica ha progressivamente eroso il piccolo risparmio monetario e la crescente finanziarizzazione delle banche, conseguenza tra l'altro della despecializzazione delle attività bancarie e finanziarie, ha altresì finanziarizzato, per necessità, la gestione dei redditi piccoli e medi. La scelta tra sostegno del reddito e ricorso all'indebitamento per incentivare il consumo si è radicalizzata in conseguenza dello sgretolamento del ceto medio, da un lato, e della ricerca, dall'altro lato, da parte delle istituzioni finanziatrici di tecniche di mitigazione del rischio di credito che assicurino forme di esazione modellate su poteri di tipo proprietario. L'una cosa e l'altra hanno condotto alla sostituzione dell'acquisto di diritti proprietari da parte dei consumatori con quello di diritti variamente modellati sulla locazione, ovvero sull'uso esclusivo temporaneo dei beni. Dunque, la crisi ha accentuato la necessità di coerenza sistemica attorno al modello prescelto, giacché il ceto medio, debitore, va perdendo il suo carattere di ceto proprietario mentre la relatività dei diritti di credito dei finanziatori sfuma dinanzi a poteri che appiattiscono le relative situazioni soggettive sullo schema dominicale;

c) il tratteggiato modello istituisce un circuito di consumo del quale sono componenti essenziali i professionisti, venditori di beni e servizi, gli intermediari finanziari, finanziatori delle operazioni finalizzate al consumo, e i consumatori. L'istituto del sovraindebitamento del consumatore e lo strumento esdebitatorio delineato dal «piano del consumatore», in questo quadro, mostrano di poter giocare ruoli differenti, non certamente quello proprio delle altre procedure, di tutela dell'interesse dei creditori a essere soddisfatti, non necessariamente uno ispirato a una funzione protettiva del consumatore parte debole, e anche, semmai, un ruolo di tutela del medesimo circuito economico, il quale certamente necessita, per la propria stessa vitalità, di una elevata capacità di recupero dei consumatori dagli stati di crisi.

3. Fatte le dovute puntualizzazioni, v'è da focalizzare il profilo funzionale degli istituti introdotti a far capo dal 2012. Una prima considerazione è che non vi è omogeneità tra i due interventi. Il primo estensivo delle procedure – di ristrutturazione, concordatarie e di

liquidazione – a soggetti non fallibili in quanto non svolgenti attività d'impresa commerciale, il secondo introduttivo del sovraindebitamento del consumatore.

Infatti, soltanto il primo intervento si può reputare coerente con la finalità di conservazione di una misura minima di liquidità atta a consentire al debitore di evitare il dissesto. Ciò, poiché gli interventi hanno a oggetto un patrimonio dinamico, destinato a una attività economica e sottoposto al rischio di questa fisiologico.

Il patrimonio del consumatore non è dinamico. È statico ed è dunque valutabile nelle sue prospettive sulla base del dato meramente reddituale, che può essere certo o ragionevolmente presumibile, il che comporta la necessità di un approccio profondamente diverso che abbia come fondamento esattamente la possibilità di misurare l'incidenza dell'indebitamento e di valutare con ragionevole sicurezza la possibilità e le condizioni concrete, del medesimo indebitamento, prima, e della esdebitazione, poi.

In questa direzione, si profila anche ben chiaro il significato della definizione soggettiva di consumatore dettata dall'art. 6 della legge 27 gennaio 2012 n. 3, come integrata dall'art. 18, comma 1, lettera b), del d.l. 18 ottobre 2012, n. 179, ove «per “consumatore”» si intende «il debitore persona fisica che ha assunto obbligazioni esclusivamente per scopi estranei all'attività imprenditoriale o professionale eventualmente svolta». La disposizione, che pure ha suscitato numerosi dubbi interpretativi, adotta quale criterio selettivo la distinzione tra rapporti connessi a una attività (imprenditoriale o professionale) che ne rende incerto l'esito in ragione del suo complessivo andamento e invece rapporti che si possono ricondurre a una logica economica semplice, di mero rapporto tra indebitamento, spesa corrente e reddito.

Per altri versi, nonostante la insistita assimilazione operata dal testo del citato art. 6, le finalità perseguite con il piano del consumatore si mostrano *ictu oculi* differenti da quella di massima soddisfazione dei creditori perseguita dai procedimenti dedicati a professionisti e imprese non fallibili. Lo stesso legislatore, all'art. 20, sia pure dettando una norma marginale, parla invece di «finalità sociali» con riguardo al piano del consumatore: sembra che si possa pacificamente escludere che finalità di tal genere siano proprie degli altri procedimenti.

L'alternativa resta insomma tra finalità sociale – protettiva del consumatore – e finalità di tutela del mercato in una logica puramente

capitalistica. Difficile ipotizzare invece un immediato, significativo rilievo dell'interesse dei creditori, giacché il meccanismo dell'omologa proprio non si fa carico di tali interessi e assegna invece al giudice un potere di stampo marcatamente paternalistico.

La medesima alternativa è peraltro esibita dai due modelli stranieri maggiormente significativi: quello americano e quello francese. Il primo corrispondente alla *bankruptcy*, figura antica, connotata da sempre dall'istituto del *discharge*, centrale nella logica del meccanismo mercantile statunitense i cui equilibri si fondano su un consumismo spinto. Il consumatore deve consumare, preferibilmente impegnando preventivamente tutto il proprio reddito o qualcosa in più. In un sistema totalmente privo di ammortizzatori sociali, il sovraindebitamento delle famiglie appartenenti anche al ceto medio è vicenda diffusa nei periodi di recessione. Tuttavia, più soggetti escono dal circuito più il mercato si indebolisce. Il medesimo mercato necessita perciò di una disciplina che consenta di dare colpi di spugna perché i soggetti sovraindebitati, ove dispongano di un reddito sufficiente, tornino a consumare ma, soprattutto, perché, per consumare, riprendano a impegnare la totalità del proprio reddito ricorrendo al finanziamento o, in termini più radicali, affinché tornino a riversare direttamente il proprio reddito nel circuito finanziario/commerciale.

In definitiva, la logica della bancarotta statunitense è precisamente tarata sulla funzionalità di uno specifico modello di mercato; non è invece protettiva del consumatore e non è pervasa da moventi moralistici né da più solide finalità solidaristiche.

Diametralmente opposta si mostra l'ispirazione della disciplina francese, alla quale taluno assimila quella italiana non tuttavia senza qualche forzatura interpretativa. V'è qui, significativamente, nella individuazione della misura degli interventi esdebitatori, l'espressa considerazione dell'interesse del consumatore a conseguire un equilibrio economico che gli consenta di garantire una sopravvivenza dignitosa a sé e alla propria famiglia. V'è, ancora, che nella individuazione dei ceti creditori da sacrificare è impiegato il criterio della responsabilità nella determinazione dello stato di sovraindebitamento e sono perciò prioritariamente esposti ad abbattimenti notevoli i crediti nei confronti dei finanziatori istituzionali.

La disciplina italiana non riesce a esprimere un chiaro orientamento, né è possibile operare una scelta spostando lo sguardo e

l'argomentazione sul piano sistematico e dei principi, poiché gli interessi in conflitto si possono reputare tutti parimenti meritevoli e tutti si potrebbero reputare prevalenti a seconda dell'angolo di osservazione adottato. Sembra, in sostanza, incompiuta la scelta della stessa *ratio* dell'istituto: scelta politica, di competenza esclusiva del legislatore.

4. La casistica riflette le dette incertezze. Esibisce infatti, da un lato, ipotesi di omologazione rifiutata a causa dell'impugnazione del creditore meno meritevole ovvero dell'ultima banca in ordine di tempo ad avere concesso credito, per ciò stesso assai difficilmente non consapevole dello stato di tensione economica e del pericolo di sovraindebitamento del consumatore. Esibisce, dall'altro lato, all'estremo opposto, la tendenza a considerare sempre meritevole l'interesse del consumatore sulla base di una interpretazione notevolmente riduttiva della portata delle tre condizioni sancite dal comma 3 dell'art. 12 *bis* a limitare l'omologabilità del piano in ragione degli esiti della valutazione critica compiuta dal giudice con l'ausilio dell'organismo di composizione della crisi. Segnatamente, dette condizioni sono: la incolpevolezza e diligenza del consumatore, la mancanza di frode e la prospettazione di un risultato non peggiore rispetto a quello che si potrebbe ottenere attraverso la liquidazione.

Ebbene, fermo restando il chiaro limite oggettivo dettato dalla terza condizione in applicazione evidente di un generale principio di ragionevolezza nel bilanciamento tra interessi debitori e creditori, la seconda e la prima lasciano spazio a diverse letture, in ragione delle quali risultano differenti il criterio della valutazione critica e il suo esito.

La seconda, in particolare, inquadra la correttezza delle condotte del debitore. Essa muta sembianze a seconda che si legga la mancanza di frode come un dato assoluto, come un dato storico o, ancora, come un dato endoprocedimentale. Nel primo caso, il requisito risulterebbe particolarmente selettivo, poiché finirebbe per delineare un carattere soggettivo acquisito una volta per tutte dal consumatore; nel secondo, corrispondente alla lettura che appare maggiormente equilibrata, sarebbe oggetto di valutazione la vicenda specifica originante il complesso dei rapporti compresi nel sovraindebitamento corrente; nel terzo, infine, prediletto da molta giurisprudenza, il requisito è inteso come endoprocedimentale: oggetto di valutazione è esclusivamente il procedimento finalizzato all'omologazione del piano; l'ipotesi

fraudolenta si sovrappone perciò esattamente al reato delineato all'art. 16. Come dire che fintanto che non si rappresenti l'applicabilità delle sanzioni penali specificamente disposte dal medesimo art. 16 – e fuori cioè dal caso in cui la frode sia stata finalizzata ad ottenere l'omologazione del piano – la condotta pur fraudolenta del debitore non può mettere in dubbio la meritevolezza del suo interesse e la sua prevalenza sull'interesse creditorio.

La prima condizione – la incolpevolezza e diligenza del consumatore – coglie il punto nevralgico del bilanciamento di interessi proprio di vicende dove inevitabilmente assume un ruolo fondamentale un preliminare giudizio in ordine alla valutazione del merito del credito effettuata dal finanziatore ai fini della concessione. In altre parole, l'individuazione della condizione in parola comporta la posizione del confine tra negligenza del consumatore e abuso del concedente. Sul punto, due opzioni sono riconducibili a due contrapposti antecedenti concettuali e ideologici. Il primo, trova fondamento sulla previsione dell'art. 124 TUB, la quale sembrerebbe ricollocare (ed esaurire) la materia nell'ampio contesto degli obblighi informativi. Segnatamente, la previsione di detti obblighi risulterebbe omogenea al novero dei doveri imposti ai professionisti, nell'interesse dei consumatori, quali specificazioni del generale dovere di buona fede precontrattuale. In questo senso, le ragioni del consumatore disporrebbero di strumenti rimediali parimenti generali e consolidati. La successiva disposizione dell'art. 124 *bis* TUB, a mente di questa opinione, avrebbe infine il limitato ruolo di integrare lo stesso dovere di buona fede con un'applicazione della regola *know your customer rule* o, secondo alcuni, non ne avrebbe affatto incidendo sul rapporto ed invece enunciando un obbligo pubblicistico con finalità prudenziali; comunque non ne avrebbe in quanto non dotato di rimedi di natura privatistica. In definitiva, il consumatore, quando adeguatamente informato, non potrebbe essere reputato in nessun caso diligente. Il finanziatore potrebbe essere reputato negligente soltanto se risultasse inadempiente dei propri obblighi informativi.

Il secondo, preferito dalla giurisprudenza, facendo all'opposto leva sugli obblighi sanciti in capo al finanziatore dall'art. 124 *bis* TUB, profila come assorbente la responsabilità del medesimo finanziatore, sostanzialmente rappresentandone la figura alla stregua dell'ufficio di diritto privato di pugliattiana memoria. Portata alle sue conseguenze

estreme – e in quanto tali certamente eccessive – questa opzione conduce a reputare comunque scarsamente incidente la sia pur predicabile negligenza del consumatore. Eccessive, si diceva, giacché il consumatore – seppure di principio ‘parte debole’ – può valutare il proprio rischio e la propria futura solvibilità con certezza significativamente maggiore rispetto a quanto può fare l’impresa: il suo patrimonio è infatti per definizione statico, riguardabile in una logica semplice di organizzazione in due colonne, reddito e spese, di dati caratterizzati da una fisiologica continuità.

Approcci, l’uno e l’altro, fortemente ideologici; entrambi non condivisibili in quanto conducenti ad automatismi valutativi poco adeguati a una materia dove, invece, un bilanciamento, frutto della cognizione e della valutazione critica del giudice, si mostra imprescindibile. In particolare, la soluzione preferita dalla giurisprudenza, di considerare il consumatore (quasi) sempre meritevole, sostanzialmente elide anche questa seconda condizione. Resta di fatto unicamente la terza, quella cioè costituita dalla attitudine della procedura a realizzare un risultato non peggiore rispetto a quello che si potrebbe ottenere attraverso la liquidazione. Condizione, questa, da sé sola non certamente premiante neanche soltanto l’interesse dei creditori.

5. In definitiva, la disciplina attuale è inadeguata e l’interpretazione aiuta fino a un certo punto. Il tema è perciò da discutere *de jure condendo*. In primo luogo, sul piano della politica del diritto, occorre individuare i termini funzionali sui quali il legislatore ha fino a ora taciuto. Occorre poi registrare la cornice; le discipline cioè che formalizzano i doveri degli intermediari inerenti alla valutazione del merito di credito, precisandone le implicazioni e garantendone l’effettività anche tramite un adeguato supporto rimediale. Questo, poiché la linea di confine tra esiti opposti del bilanciamento di interessi, di debitori/consumatori e creditori/finanziatori, coincide esattamente con i limiti del dovere di questi ultimi rivolto alla cura dell’interesse dei primi oltre che alla salvaguardia della stabilità del sistema a mezzo di una gestione sana e prudente dell’attività di erogazione.

Sul piano della politica del diritto, non si mostra sintonico con i principi cardine del sistema italo europeo il modello americano, non foss’altro in quanto non assimilabile alla nostra è la forma di

capitalismo nel quale tale modello si integra. Non lo è tuttavia pacificamente neanche il modello francese, così come viene presentato: squilibrato nelle soluzioni in quanto troppo orientato alla cura di problemi specifici del tessuto socio economico del suo Paese d'origine. È qui evidente che – al netto delle facili affermazioni di sacralità della libertà negoziale (di concessione di credito) come pure, al contrario, al netto delle proclamazioni di priorità della garanzia dell'interesse dei consumatori – l'equilibrio è estremamente delicato. In regime di risorse scarse, ogni decisione che assicuri tutela a una categoria di c.dd. 'soggetti deboli' ne sacrifica potenzialmente altre: talvolta soltanto una, direttamente contrapposta; spesso più di una. In questo senso – e in special misura nel contesto della crisi – il giudizio di meritevolezza degli interessi deve tenere conto degli effetti anche indiretti di vicende che potenzialmente incidono, da un lato, sul valore del credito in quanto tale e dall'altro sulla stabilità di operatori l'eventuale crisi dei quali coinvolgerebbe altre categorie.

Segnatamente, nel nuovo sistema europeo di gestione delle crisi bancarie introdotto con la direttiva BRRD – avente ad epicentro il c.d. *bail in*, fondato sul principio della condivisione degli oneri – sarebbero coinvolti progressivamente gli interessi di azionisti, obbligazionisti e correntisti; questi ultimi con uno schermo protettivo fissato decisamente in basso (a riprova del fatto che il risparmio non è la prima preoccupazione delle istituzioni europee). Dove invece fosse possibile – come pure è stato in occasione di recenti vicende – il ricorso ad aiuti di stato, l'onere sarebbe assunto dalla collettività dei contribuenti.

In definitiva, è ovvio ma tant'è: ove vi sia una perdita patrimoniale è scelta politica l'individuazione del soggetto o della categoria di soggetti ai quali imputarla. Nel nostro caso, tutto ruota attorno alle modalità del bilanciamento dell'interesse all'esdebitazione dei consumatori sovraindebitati con gli interessi dei risparmiatori, della collettività dei contribuenti o di quelli della collettività indistinta, alla quale appartiene a pieno titolo anche chi consuma, risparmia e contribuisce assai poco per mancanza di reddito. In questo senso, il contesto normativo attuale prospetta in superficie due alternative: tra risparmio e consumo, la prima; e, la seconda, onde incentivare il consumo, tra sostegno del reddito e favore verso il debito. È fuor di dubbio che entrambe le alternative – nel contesto attuale – tendono a risolversi in favore del secondo termine. Dunque, rispettivamente:

tutela prevalente del consumo e favore verso il debito, sacrificio del risparmio e del reddito da lavoro. Tuttavia questa tendenza – proprio perché esprime un assoluto favore per gli interessi connessi al consumo – mostra al fondo ragioni di incompatibilità con il sistema – diremmo questa volta, soprattutto, costituzionale – analoghe a quelle già ravvisate con riguardo al modello statunitense.

Insomma, *de jure condendo*. È necessario che la procedura di composizione della crisi da sovraindebitamento e, se del caso, di esdebitazione dei consumatori sia ripensata e riscritta alla luce di scelte maggiormente consapevoli degli equilibri economici e sociali che sarebbero toccati da una sua applicazione diffusa.

6. Un'ipotesi di riforma ha percorso da ultimo buona parte del suo *iter* e, di là dalle sue specifiche sorti nell'immediato, si può reputare un significativo esercizio di riformulazione della disciplina che ci occupa. A essa, sopraggiunta alla stesura di queste pagine, mette perciò conto rivolgere uno sguardo conclusivo.

Si tratta dei testi prodotti dalla commissione incaricata di elaborare i decreti attuativi della L. 19 ottobre 2017, n. 155, recante «Delega al Governo per la riforma delle discipline della crisi di impresa e dell'insolvenza». In particolare, il principale tra essi lascia intendere l'elevata ambizione del progetto già nella sua intitolazione: «Codice della crisi e dell'insolvenza». Ambizione poi subito pienamente svelata all'art. 1 (rubricato «Ambito di applicazione»): «Il presente codice disciplina in modo esclusivo e unitario le situazioni di crisi o insolvenza del debitore, sia esso consumatore, professionista o imprenditore, che eserciti, anche non a fini di lucro, un'attività commerciale, industriale, artigiana o agricola, operando quale persona fisica, persona giuridica o altro ente collettivo, gruppo di imprese o società pubblica, con esclusione dello Stato e degli enti qualificati pubblici dalla legge».

Un corpo normativo (finalmente) unitario, dunque, ovvero una nuova completa e coerente disciplina delle crisi: ambizione senza dubbi assai meritevole.

Tenendo il fuoco stretto a ciò che qui interessa più da vicino, il nuovo codice conferma, sia pure con una terminologia totalmente rinnovata, la partizione concettuale tra lo stato di crisi dei soggetti definiti fallibili a mente della disciplina attuale e quelli non fallibili. Non è più usato il termine fallimento o, meglio, non è più contemplata la relativa

fattispecie. Antecedente fattuale è sempre lo stato di crisi o di insolvenza. Diverse sono invece le conseguenze. Onde segnalare la menzionata partizione il codice definisce come «sovraindebitamento» «lo stato di crisi o di insolvenza del consumatore, del professionista, dell'imprenditore minore e di ogni altro debitore non assoggettabile alla liquidazione giudiziale ai sensi del presente codice». La liquidazione giudiziale, dunque, quale conseguenza della crisi e dell'insolvenza sostituisce il fallimento per i soggetti precedentemente fallibili. Conseguenza del sovraindebitamento è invece la «liquidazione controllata», procedimento ottativo, esperibile dietro domanda del debitore. Ai medesimi soggetti non assoggettabili alla liquidazione giudiziale sono riservate procedure semplificate di composizione preventiva della crisi. Tra esse, è destinato esclusivamente al consumatore un Capo titolato «Ristrutturazione dei debiti del consumatore». Siamo al punto. Il piano di ristrutturazione si presenta come il sostituto dell'attuale piano del consumatore.

L'articolato trova a monte una definizione di consumatore certamente ancora migliorabile ma meno equivoca di quella attuale: è «consumatore», «la persona fisica che agisce per scopi estranei all'attività imprenditoriale, commerciale, artigiana o professionale eventualmente già svolta; si considerano consumatori anche le persone fisiche che siano soci delle società appartenenti ad uno dei tipi regolati nei capi III, IV e VI del titolo V del libro quinto del codice civile, con esclusivo riguardo ai debiti estranei a quelli sociali». C'è, forse, un «già» di troppo. Poi, qualsiasi definizione dovrà comunque fare i conti con l'universalità della qualità di consumatore, ovvero con la sua essenza tarata bensì sulla natura di atti (quelli di consumo) che tutti in qualche misura compiono. Ammesso che il riferimento alle società di persone risolve la posizione degli imprenditori collettivi non coperti da responsabilità limitata, potrebbe essere reputata ancora in zona grigia la figura dell'imprenditore individuale là dove non vi è alterità soggettiva e il suo rendiconto ricomprende il patrimonio personale. Beninteso, risultato dell'interpretazione sarà tuttavia sempre e comunque che «debiti del consumatore», oggetto possibile delle procedure dedicate, sono (tutti e soltanto) quelli contratti con finalità di consumo.

Il piano di ristrutturazione è regolato in modo certamente più coerente e ordinato. Nella sostanza, vi è una differenza importante. Al giudizio sulla diligenza del consumatore nel chiedere finanziamenti si

accompagna, espressamente, quello sulla diligenza e correttezza del finanziatore nel valutare il merito di credito del medesimo richiedente. Questo, sia per il fine della omologabilità, sia quale limite al potere dei creditori di opporsi all'omologa. In sintesi, da un lato, il consumatore non può accedere alle procedure se ha cagionato la propria crisi con «grave colpa, frode o malafede», valutazione in funzione della quale è ovviamente rilevante anche la verifica del merito di credito da parte del finanziatore (che «abbia tenuto conto del merito creditizio del debitore, valutato in relazione al suo reddito disponibile, dedotto l'importo necessario a mantenere un dignitoso tenore di vita», e dall'altro lato, il creditore che «ha consapevolmente o colpevolmente determinato la situazione di indebitamento o il suo aggravamento» o che ha violato i principi del TUB in materia di valutazione del merito di credito non può presentare opposizione o reclamo in sede di omologa.

Il disegno appare equilibrato nella prospettiva di un adeguato bilanciamento dell'interesse dei consumatori e di quello alla stabilità del sistema del credito. Apprezzabile è certamente la salvezza assicurata al consumatore la cui condotta è connotata da semplice colpa: la distinzione tra colpa e colpa grave potrà infatti segnare un confine chiaro tra meritevolezza e non meritevolezza del consumatore, evitando eccessi in un senso e nell'altro. Forse ancora troppo timida è la sanzione prevista per l'intermediario che non ottempererà alla valutazione del merito di credito giacché sotto il profilo sostanziale non è toccata la sua posizione. L'ordine dato dall'estensore al giudizio sulle condotte reciproche farebbe invece attendere una sanzione ben più significativa, riferita alla posizione creditoria nella sua sostanza – incidente cioè sulla validità o sulla posizione rispetto agli altri creditori –, tanto più che la responsabilità attribuita al finanziatore dal TUB, ove la si dotasse di misure attuative adeguate, si mostrerebbe per molti versi assimilabile a quella attribuita agli intermediari dall'art. 21 TUF. Forse – sia pur evitando interpretazioni estreme e tenendo invece sempre presente la diversa, maggiore, consapevolezza del consumatore di prodotti bancari rispetto all'acquirente di prodotti finanziari – la soluzione migliore si troverebbe proprio impiegando anche con riferimento ai rapporti bancari il paradigma dell'ufficio di diritto privato, talsi da compensare la progressiva erosione della protezione costituita dal piccolo risparmio con la collocazione di un dovere di protezione dell'interesse del cliente «a mantenere un dignitoso tenore di vita» a epicentro della situazione

soggettiva della parte professionale.