

Osservazioni dell'Organismo Unitario dell'Avvocatura sulla procedura di composizione delle crisi da sovraindebitamento disciplinata dal d.l. 212/2011.

Come è noto, il Parlamento già da tempo si sta occupando di questa materia, con l'esame del ddl n. 307, a firma del Senatore Centaro, denominato “*disposizioni in materia di usura e di estorsione, nonché di composizione delle crisi da sovraindebitamento*”.

I lavori parlamentari si sono dilungati sia per la complessità della materia sia per la necessità di modificare l'originario testo approvato dal Senato, emendandolo di alcune imprecisioni ed accogliendo parzialmente indicazioni “tecniche” pervenute dall'Avvocatura .

A tal proposito, l'OUA richiama le proprie osservazioni sul ddl suindicato (che, passato alla Camera, ha assunto il n. 2364), già trasmesse alla Commissione Giustizia della Camera, di cui si allega altra copia.

Anche su questa materia, il Governo ha deciso di intervenire con la forma impropria del Decreto Legge (22 dicembre 2011, n. 212 in GU n. 297 del 22-12-2011).

La procedura seguita dal Governo non appare immune da censure.

In assenza di qualsivoglia presupposto di urgenza ed indifferibilità, il Governo ha approvato il decreto legge in questione, non considerando gli approfonditi lavori parlamentari sin qui svolti e le osservazioni tecniche da più parti pervenute (comprese quelle dell'avvocatura, di cui si è detto), modificando il testo in discussione avanti il Parlamento e che a breve avrebbe potuto completare il suo percorso parlamentare.

E' appena il caso di osservare che, attraverso questo modo di procedere, vengono nuovamente lesi il ruolo e le prerogative del Parlamento. E' difficile, infatti, non

definire siffatto comportamento discutibile sul piano istituzionale e non corretto dal punto di vista costituzionale, oltre che invasivo di altro potere dello Stato.

Il tutto appare ancora più grave, ove si consideri che si prosegue a legiferare sulla spinta dell'urgenza o, addirittura, dell'emergenza, in materie che meriterebbero un maggiore approfondimento. Approfondimento, che, peraltro, viene spesso compresso, se non addirittura negato, anche in sede di conversione in legge dei decreti, soprattutto quando gli stessi abbiano contenuti anche di tipo "economico", adottati quindi con finalità di calmierare i mercati.

ART. 1

Passando alle questioni tecniche, si osserva che l'art. 1 fornisce le definizioni di "sovraindebitamento".

Le due definizioni (una generica - lett. a del secondo comma - , l'altra specifica, riguardante il "consumatore" - lett. b-) non brillano per chiarezza e semplicità.

In particolare, è la prima parte della lettera a), che pone maggiori problemi interpretativi, in quanto collega il sovraindebitamento all'esistenza o meno di un "patrimonio liquidabile".

Orbene, tenuto conto che tale requisito viene completamente omissso nella seconda parte della stessa norma, che fa genericamente riferimento ad una "perdurante incapacità di adempiere regolarmente alle proprie obbligazioni" (senza alcun cenno al patrimonio), si suggerisce uno snellimento della disposizione (art. 1, comma 2), come segue:

Ai fini del presente decreto si intende per:

- a. sovraindebitamento: una situazione di perdurante incapacità del debitore di adempiere regolarmente le proprie obbligazioni;
- b. sovraindebitamento del consumatore: il sovraindebitamento dovuto esclusivamente all'inadempimento di obbligazioni contratte dal consumatore,

come definito dal codice del consumo di cui al decreto legislativo 6 settembre 2005 n. 206.

ART. 2

L'art. 2 entra nel vivo della procedura, prevedendo che *“il debitore in stato di sovraindebitamento può proporre ai creditori, con l'ausilio degli organismi di composizione della crisi di cui all'articolo 10 con sede nel circondario del tribunale competente ai sensi dell'articolo 4, comma 1, un accordo di ristrutturazione dei debiti...”*.

Il primo, fondamentale, problema che la norma pone è quello del ruolo preminente, sin nella fase di prodromica ed istruttoria della proposta di accordo di ristrutturazione dei debiti, che assume – o meglio, cui viene demandato - l'organismo di composizione della crisi.

Non si può omettere di considerare che – sia pur nell'ottica, di per sé commendevole, di ridurre al massimo i costi di procedura – all'organismo di composizione vengono attribuiti compiti e funzioni numerosi e spesso idonei a generare conflitti di interessi.

Invero, l'esame della norma in questione non va disgiunto da quello del comma sesto dell'art. 10, che attribuisce al medesimo organismo di composizione della crisi *“ogni iniziativa funzionale alla predisposizione del piano di ristrutturazione, al raggiungimento dell'accordo, e all'esecuzione dello stesso”*.

Appare evidente che con l'ampia locuzione *“ogni iniziativa funzionale alla predisposizione...”* il legislatore intenda attribuire all'organismo un ruolo determinate anche nella fase di predisposizione della domanda e quindi propedeutica della procedura.

Risulta consequenziale ritenere che anche l'attestazione della fattibilità provenga dal medesimo organismo.

La previsione, come detto, appare potenzialmente generatrice di conflitti di interesse.

Lo stesso organismo, oltre ad assistere il debitore nella formulazione della proposta di accordo, assume ogni iniziativa funzionale alla predisposizione del piano di ristrutturazione, al raggiungimento dell'accordo, oltre che all'esecuzione dello stesso; inoltre, verifica la veridicità dei dati contenuti nella proposta e nei documenti allegati,

attesta la fattibilità definitiva del piano e, infine, trasmette al giudice la relazione sui consensi espressi e sulla maggioranza raggiunta

A ciò si aggiunga la totale mancanza di previsione di irrogazione di sanzioni, che, invece, erano previste nel disegno di legge cd. Centaro.

Si tratta di un'omissione non giustificabile, tanto più ove si consideri il potenziale conflitto di ruoli, che l'intero procedimento non soltanto non evita, ma addirittura rischia – sia pur per finalità di contenimento dei costi e dei tempi della procedura - di ingenerare.

Sarebbe, pertanto, auspicabile che quel sistema sanzionatorio, prudentemente e con lungimiranza previsto dal ddl n. 307, venga reintrodotta in sede di conversione della legge.

Altrettanto inusuale e non motivata è la mancata previsione di qualsivoglia incompatibilità (lo stesso organismo – che almeno nella prima fase di operatività dell'istituto potrebbe essere costituito da un professionista, come espressamente prevede la norma transitoria -art. 12 – potrebbe essere uno dei creditori della parte che propone la il piano di ristrutturazione).

Anche in questo caso, si suggerisce l'introduzione di un regime, sia pur snello, di incompatibilità.

Passando all'accordo di ristrutturazione, appare evidente che lo stesso tragga origine dalla riforma del diritto fallimentare, che ha introdotto l'art. 182 bis, che attribuisce al debitore/imprenditore la possibilità di depositare un accordo di ristrutturazione dei debiti.

Tale facoltà viene estesa, con il d.l. in esame, ai debitori non soggetti a procedure concorsuali, alla duplice condizione che sia garantito il pagamento dei creditori che non abbiano accettato l'accordo e dei creditori privilegiati che non vi abbiano rinunciato.

Proprio la natura contrattuale (accordo) che è alla base della procedura rende evidente che la stessa non potrà vincolare i creditori che non vi abbiano espressamente aderito. A differenza di quanto avviene, sempre in ambito delle procedure concorsuali, nelle ipotesi di concordato.

Il punto nodale dell'accordo è costituito dal piano di ristrutturazione che l'accompagna, che, per l'appunto, deve prevedere il pagamento integrale dei creditori che non aderiscano alla proposta di accordo.

Nessuna previsione normativa è, invece, adottata in relazione ai crediti contestati dal debitore ed a quelli litigiosi, che, quindi, appaiono esclusi dall'accordo, salva la soluzione – antecedente all'approvazione e/o all'esecuzione del piano stesso - delle contestazioni e dei giudizi.

Il piano deve poi indicare termini e modalità di pagamento dei creditori, anche se suddivisi in classi, le eventuali garanzie rilasciate per l'adempimento dei debiti, le modalità per l'eventuale liquidazione dei beni.

Sempre l'art. 2 prevede, quali condizioni di ammissibilità dell'accordo, che il proponente

- a) non sia assoggettabile alle vigenti procedure concorsuali;
- b) non abbia atto ricorso alla procedura di composizione della crisi da sovra indebitamento, nei precedenti tre anni.

Sarebbe opportuna l'introduzione di altre ipotesi di non ammissibilità, collegate alla commissione, accertata in via definitiva, anche ai sensi dell'art. 444 c.p.p., di reati di bancarotta o di esercizio abusivo al credito (artt. 216, 217, 218, 219, 220, 222, 223, 224, 225, 226, 227 del R.D. n. 267/1942), ovvero di reati contro il patrimonio mediante frode (capo II del titolo XIII del codice penale), o, infine, di usura o per taluno dei reati consumati o tentati di cui agli articoli 380 e 407, comma 2, lettera a), del codice di procedura penale.

ART. 3

Il contenuto dell'accordo è disciplinato dall'art. 3.

La norma non richiede particolari osservazioni, se non quella della difficile applicazione (e conseguente vigilanza) relativamente alla previsione, contenuta nel comma terzo, di limitazione (non si indica da parte di chi, ma evidentemente dall'organismo di composizione della crisi) per il debitore di accesso al credito, ovvero di uso di moneta elettronica.

La previsione sembrerebbe, inoltre, in contrasto con le recenti disposizioni normative che tendono a privilegiare l'utilizzo di moneta elettronica, invece del denaro contante.

Utile appare la previsione di una moratoria di durata massima annuale, per il pagamento dei creditori estranei all'accordo, in presenza di determinate condizioni. Sarebbe forse opportuna una maggiore chiarezza o meglio tipizzazione più specifica dei crediti impignorabili.

Altrettanto opportuno potrebbe essere la previsione di una moratoria o riduzione sugli interessi e l'esclusione delle sanzioni che dovessero maturare nel corso della procedura per il ritardo dei pagamenti, come previsto nel modello francese.

ART. 4

L'art. 4 disciplina il deposito della domanda di accordo, il suo contenuto e la documentazione da allegare alla stessa.

Fra i documenti richiesti quello più rilevante è certamente l'attestazione.

Nulla si dice, come abbiamo osservato innanzi, circa il soggetto che debba attestare il piano.

E' facile arguire che l'attestazione debba provenire dall'organismo di composizione della crisi, con le problematiche ed i rischi di conflitto innanzi indicati.

Fra i documenti richiesti non sono comprese le certificazioni circa l'esistenza e la pendenza di procedure esecutive (mobiliari o immobiliari), o di procedure concorsuali o, infine, di giudizi che abbiano per oggetto debiti o crediti.

E' probabile che l'omissione sia dipesa dalla necessità che la conoscenza di tali notizie sia stata acquisita dall'organismo prima di attestare la fattibilità del piano. Forse sarebbe stata opportuna maggiore chiarezza e rigore sul punto, anche in considerazione della mancata previsione di sanzioni a carico dell'organismo che avesse attestato in modo inadeguato la fattibilità del piano.

Come si è più volte affermato innanzi, il piano di fattibilità dell'accordo è il fulcro dell'istanza e della procedura.

Lo stesso riveste un carattere di particolare complessità e richiede particolari competenze, sicchè appare cogliere nel segno la critica di chi afferma *“l'assoluta inadeguatezza della previsione dell'art. 10, che fa riferimento agli organismi di mediazione presso le camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura, il segretariato sociale costituito ai sensi*

dell'articolo 22, comma 4, lettera a), della legge 8 novembre 2000, n. 328, ed a quelli degli Ordini..”
(Unione Triveneta dei Consigli dell'Ordine degli Avvocati).

ART. 5

Il procedimento trova la sua disciplina nell'art. 5.

La norma non presenta particolari criticità.

Sarebbe forse auspicabile prevedere in capo al debitore infedele o che compie atti in frode ai creditori, l'applicazione di sanzioni (semmai le stesse previste nel ddl Centaro), così come appare auspicabile la previsione di una fase di reclamo avverso il provvedimento con il quale il Giudice, ai sensi del comma terzo, dispone che per 120 venti giorni non possono, sotto pena di nullità, essere iniziate o proseguite azioni esecutive individuali né disposti sequestri conservativi né acquistati diritti di prelazione sul patrimonio del debitore che ha presentato la proposta di accordo, da parte dei creditori aventi titolo o causa anteriore.

ART. 6

L'art. 6 disciplina la fase dell'accordo.

Non è chiara la ragione per cui il Legislatore abbia previsto una percentuale del consenso (70%) più sfavorevole al debitore non fallibile, rispetto a quella richiesta in sede fallimentare (art. 182 bis L. Fall. = 60%). Appare, pertanto, auspicabile una riduzione al 60%.

Altrettanto non giustificata appare la limitazione a novanta giorni del termine per l'esecuzione dell'accordo, che andrebbe quanto meno raddoppiato, ovvero rapportato all'entità dell'esposizione debitoria.

ART. 7

La fase dell'omologa appare ben disciplinata dall'art 7, su cui non appare opportuno muovere particolari osservazioni, salva quella che sarebbe opportuno precisare che il rito camerale previsto per l'omologa si applichi a tutte le potenziali controversie che dovessero insorgere nella procedura.

ART. 8

L'art. 8 disciplina la fase esecutiva dell'accordo.

Contrario al principio di contenimento dei costi appare l'affidamento di tale fase ad un liquidatore, che non è chiaro se debba essere diverso dall'organismo di composizione e al professionista delegato.

Manca, inoltre, la disciplina del diritto del debitore di controllare la gestione e di averne il rendiconto alla fine della liquidazione.

ART. 9

La disciplina dell'eventuale impugnazione e/o risoluzione dell'accordo appare organica e ben inserita nel testo normativo. Non si individuano particolari criticità.

ART. 10

La norma contenuta nell'art. 10 è quella destinata a provocare maggior dibattito.

La stessa disciplina l'organismo di composizione della crisi, che come si è già affermato, ha un ruolo fondamentale nella procedura.

L'organismo secondo le previsioni della norma può essere costituito solo da enti pubblici con adeguate garanzie di indipendenza e professionalità e va scelto tra quelli aventi sede nel circondario del tribunale competente (in via alternativa ad uno dei professionisti indicati nelle disposizioni transitorie).

E' istituito un apposito registro tenuto presso il Ministero della giustizia degli organismi; analoga previsione non è prevista per i professionisti. Quest'ultima scelta appare in linea con quella adottata per le procedure concorsuali, non esistendo un albo o un elenco dei curatori fallimentari o dei liquidatori giudiziali.

I problemi maggiori che la norma pone, possono essere così riassunti.

Il tecnicismo, a volte anche spinto, che contraddistingue la procedura disciplinata dal d.l. 212/2011 rende evidente che i componenti dell'organismo debbono essere dotati di approfondite conoscenze giuridiche, che appaiono ben più rilevanti rispetto alla conoscenza delle tecniche necessarie per favorire la conciliazione.

Di tal che, non appare condivisibile la scelta di indicare fra gli organismi iscritti di diritto nel registro, gli organismi di mediazione costituiti presso le CCCIA.

Ancor più incoerente appare il riferimento al segretariato sociale costituito ai sensi dell'articolo 22, comma 4, lettera a), della legge 8 novembre 2000, n. 328,

Si è già detto che non è prevista alcuna incompatibilità per i soggetti componenti gli organismi di composizione della crisi o per i professionisti delegata. A tale mancanza si potrebbe ovviare quanto meno in sede di emanazione del regolamento previsto dall'art. 10.

Anche il regime dei costi della procedura non appare lineare, perché non si specifica se la procedura sia o meno soggetta e in che misura al contributo unificato, né quando e da chi debba essere corrisposta l'indennità a favore dell'organismo o del professionista delegato.

Si è avanzata da parte dell'Unione Triveneta l'idea, che appare condivisibile, di costituzione di un fondo da parte della Banca d'Italia per corrispondere tali indennità, senza gravare il debitore e la finanza pubblica.

ARTT. 11 e 12

Le due norme che disciplinano l'accesso alla banche dati e il regime transitorio non richiedono alcuno specifico commento.

CONCLUSIONI.

L'OUA ritiene di dover ribadire, in conclusione, le perplessità avanzate già in riferimento al ddl c.d. Centaro.

L'istituto presenta notevoli limiti, laddove sarebbe stato necessario un intervento legislativo d'ordine pubblico e di protezione sociale:

- 1) Non si interviene in nessun modo sulla prevenzione del sovraindebitamento ma se ne regolano le sole conseguenze;
- 2) Non è prevista una fase di composizione destinata a congelare la situazione debitoria e liquidare i beni del debitore la cui situazione, irrimediabilmente

compromessa, non permette di ricorrere alle misure classiche disciplinanti il sovraindebitamento e che preveda, ad esempio, anche la possibilità per il debitore di invocare la revocabilità della costituzione dell'ipoteca volontaria e giudiziale e dia la possibilità di sanzionare gli atti compiuti da terzi, che risultino pregiudizievoli per i creditori. La normativa è, pertanto, sul punto incompleta e di fatto vanifica così il proclamato favor debitoris;

- 3) Non è prevista alcuna sanzione per coloro che concedano prestiti in maniera non responsabile (ad esempio, la preventiva verifica sulla effettiva capacità economica del debitore) facendo pagare le conseguenze anche ai creditori che si sono comportati elargendo prestiti responsabili;
- 4) Manca la previsione di una moratoria o riduzione sugli interessi (ad esempio, come in Francia, la previsione che le somme dovute a titolo di capitale possono produrre interessi a un tasso che non superi quello legale);
- 5) Manca la previsione di esenzioni ed agevolazioni fiscali (e previdenziali) che comportino la riduzione delle sanzioni e, soprattutto, l'esenzione fiscale da ogni onere conseguente alla procedura (quali la non tassazione delle plusvalenze, la perdita di precedenti benefici fiscali);
- 6) Manca la previsione di incompatibilità per i soggetti componenti gli Organismi di composizione della crisi o per i professionisti delegati nel regime transitorio;
- 7) Manca la previsione di un espresso avviso al debitore (nella messa in mora, nel precetto, col pignoramento) dell'opportunità di ricorrere alla procedura;
- 8) Non è prevista la possibilità di erogare mutui a favore delle famiglie, utilizzando anche la disciplina già prevista per gli imprenditori. L'omissione, piuttosto che dettata da motivi di spesa (che può essere più equamente distribuita, pur contenendola nei limiti consentiti e, in ogni caso, il Fondo di Solidarietà è ampiamente e costantemente alimentato dall'1% sui premi assicurativi), dà una scarsa attenzione al dettato costituzionale, ai valori ed ai principi in esso stabiliti. Invero, l'art. 31 della Costituzione stabilisce chiaramente che la Repubblica è impegnata ad agevolare i compiti relativi alla famiglia, con particolare riguardo alle famiglie numerose, attraverso misure economiche ed altre provvidenze che permettono la formazione della famiglia e l'adempimento dei compiti relativi; compiti che sono indicati nel precedente art. 30 della Costituzione. Questo riferimento costituzionale permette di cogliere come il vuoto costituzionale

esistente nella legge vigente non venga colmato dal disegno di legge approvato dal Senato giacché anch'esso esclude le famiglie dal beneficio dell'accesso al fondo di solidarietà. La tutela degli imprenditori risponde ad una finalità di interesse pubblico tutelato dall'art. 41 della Costituzione; tuttavia, la presa in esame della esigenza della famiglia risponde ai principi costituzionali, sopra richiamati, che non possono essere ignorati solo per motivi di contenimento della spesa; invero, la spesa, considerata la costante dotazione del Fondo, si può contenere, una volta stabilito l'importo massimo, attraverso una distribuzione più equa ed un riparto che permetta di trattare paritariamente tutti gli aventi diritto senza escludere una categoria a vantaggio di un'altra. L'accesso delle famiglia al Fondo di solidarietà ex lege 108/1996 si inserirebbe, quindi, nella direttiva di attuazione della Costituzione con riferimento al ruolo ed ai compiti della famiglia. Si deve tener conto che la normativa della Costituzione stabilisce obblighi di solidarietà che il legislatore non può ignorare; la solidarietà non può essere limitata solo alla tutela degli imprenditori; deve essere anche estesa a tutti gli altri soggetti che versano in stato di bisogno. A tale conclusione si perviene tenendo conto anche dell'art. 2 della Costituzione che chiarisce, con precisione, il principio fondamentale riguardante lo sviluppo della persona e la sua difesa non solo attraverso l'attribuzione dei diritti ma anche attraverso l'adempimento dei doveri di solidarietà. Come è agevole rilevare, l'esigenza di considerare le famiglie, nella disciplina riguardante la lotta all'usura, corrisponde a principi costituzionali irrinunciabili. L'omissione di ogni considerazione della famiglia nel testo legislativo approvato dal Senato e che andrà all'esame della Camera, manifesta una scarsa considerazione per il ruolo imperativo e sollecitatorio della Costituzione nella direzione della solidarietà che non può essere negata a chi versa in stato di bisogno. Concludendo, sul punto, l'omissione di una norma che consenta alle famiglie l'accesso ai benefici di legge contro l'usura sarebbe in contrasto con il dettato costituzionale: la sensibilità del legislatore dovrebbe essere rivolta anche ai problemi delle famiglie che si trovano a combattere, in prima linea, contro il delitto dell'usura ed il contesto degradante che lo alimenta.

- 9) Manca, in particolare, la previsione dell'estensione della esdebitazione, come introdotta nel nuovo diritto fallimentare, alle famiglie.

Limiti che se non colmati da una previsione legislativa più organica ed innovativa riducono o rendono impossibile il perseguimento di quelle (oggi ancor più attuali) proclamate ragioni di solidarietà sociale che sono la dichiarata finalità dell'intervento, e cioè il risanamento della posizione economica del debitore e la possibilità per il

medesimo di un nuovo inizio, tale da permettergli di riassumere un ruolo economico attivo, assicurando, nel contempo, la tutela della parità di comportamento tra tutti i creditori. Concludendo, si perde l'opportunità di creare una nuova procedura concorsuale per il debitore civile concretamente ispirata e costruita, attesa la contingente situazione economica, al criterio del favor debitoris .

Non può, infine, non criticarsi la scelta legislativa di prevedere che competenze in materie tecnicamente riservate da sempre all'avvocatura, per i rilevanti interessi coinvolti di rango costituzionale, siano affidate a terzi privi di specifiche competenze in materia prevedendosi, tra l'altro, che non sia obbligatoria l'assistenza di un difensore né per il debitore, né per i creditori.

Roma, 4 gennaio 2012