

2023



DIRITTO DELLA  
**CRISI**

[www.dirittodellacrisi.it](http://www.dirittodellacrisi.it)



# L'esdebitazione del sovraindebitato incapiente. Questioni problematiche e controverse\*

Carlo Bianconi, Giudice delegato presso il Tribunale di Modena

11 Ottobre 2023

\*Lo scritto riprende i contenuti della relazione tenuta dall'A. al XV Seminario dei Giudici delegati, dei Giudici penali e dei Pubblici ministeri, organizzato da CeSPEC, in Venezia – Isola di San Servolo, 22-24 settembre 2023.

L'Autore svolge una disamina trasversale dei profili più incerti e spinosi della disciplina dell'esdebitazione del sovraindebitato incapiente.

---

## Sommario:

1. I soggetti
2. L'incapienza: il concetto di utilità (attuali e prospettive) e i rapporti con la liquidazione controllata. Il concetto di utilità sopravvenute
3. La meritevolezza. Il merito creditizio
4. La sorte delle sopravvenienze

## I . I soggetti

A mente dell'art. 283 CCII lo strumento in parola (d'ora in poi ESI) è riservato, sotto il profilo soggettivo, a: 1) la persona fisica; 2) sovraindebitata (oltre che “meritevole” ed “incapiente”, come si dirà *infra*).

I presupposti devono ricorrere congiuntamente.

Sulla qualità di persona fisica, non occorre dilungarsi.

I soggetti in stato di sovraindebitamento sono elencati dalla legge.

L'operazione di individuazione dei soggetti legittimati all'accesso alla ESI consiste dunque nella seguente operazione logica: l'estrapolazione, dall'insieme dei soggetti sovraindebitati, siccome definiti dall'art. 2, comma 1, lett. d), CCII delle sole persone fisiche.

E, di conseguenza, potranno beneficiare della ESI:

- tutti i consumatori;
- il professionista individuale (ma non l'associazione professionale o la STP);
- l'imprenditore individuale minore o non commerciale;
- l'imprenditore commerciale individuale non minore, ma non più assoggettabile a liquidazione giudiziale per decorso del termine di cui all'art. 33 CCII;
- il socio (persona fisica) illimitatamente responsabile di società commerciale minore, ovvero di società non commerciale, ovvero infine di società commerciale non minore, ma non più assoggettabile a liquidazione giudiziale per decorso del termine di cui all'art. 33 CCII;

Non potranno invece beneficiare della ESI:

- i soggetti aggregati e gli Enti (che potranno però ottenere la esdebitazione di cui all'art. 278, comma 4 CCII, sia in caso di LG, sia in caso di LG), ivi comprese le *start up* innovative, che sono sempre società di capitali (art. 25 D.L. n. 179/ 2012).

## **2. L'incapienza: il concetto di utilità (attuali e prospettive) e i rapporti con la liquidazione controllata. Il concetto di utilità sopravvenute**

Il beneficio è riservato al sovraindebitato incapiente.

Il concetto di incapienza è contenuto nella dizione normativa per cui il debitore "*non sia in grado di offrire ai creditori alcuna utilità, diretta o indiretta, nemmeno in prospettiva futura*".

Occorre quindi in primo luogo interrogarsi sul concetto di utilità.

Intanto, è bene osservare che la norma (art. 283, comma 1, CCII) utilizza in due occasioni il termine "utilità" [1]:

- quelle prese ora in considerazione;
- quelle definite "rilevanti" e "sopravvenute";

a parere di chi scrive, i concetti devono essere tenuti ben distinti, come si dirà *infra* (dandosi atto, sempre nel prosieguo, di interpretazioni diametralmente opposte sul

punto).

Le utilità di cui si tratta adesso, sono quelle da prendersi in considerazione nel momento della apertura della procedura: in altre parole, sono le uniche su cui debba incentrarsi la valutazione del Giudice all'atto della decisione.

Innanzitutto, occorre chiedersi come mai il Legislatore parli di utilità dirette e di utilità indirette.

Le utilità indirette potrebbero, in ipotesi, coincidere con i vantaggi diversi dal denaro (si veda, nel concordato preventivo, art. 84, comma 3 e art. 85, comma 2); ipotesi classiche sono "l'impegno" alla prosecuzione dei rapporti commerciali, ovvero la "promessa" del mancato esperimento delle azioni revocatorie di massa proponibili in caso di liquidazione.

Ora, tali scenari – pur astrattamente immaginabili – sono difficili da ipotizzare nel caso del soggetto che si affacci alla ESI.

Il primo (la prosecuzione dei rapporti commerciali), oltre che ovviamente improponibile nei casi di debitore consumatore o comunque non commerciale, ha un suo senso e significato nelle ipotesi – quale il concordato preventivo – in cui il debitore formalizzi una vera e propria proposta (di ristrutturazione e risanamento), che nella ESI, per struttura sua propria, non c'è: ben difficilmente, infatti, il Giudice, potrebbe affermare che il debitore non possa accedere allo strumento, esistendo la possibilità di garantire alle controparti commerciali la continuazione dei rapporti in essere. Da un lato, perché il vaglio sarebbe quasi diabolico, e comunque del tutto discrezionale; dall'altro lato, perché probabilmente sarebbe assorbito dal riscontro della esistenza di possibili margini operativi della continuità, ciò che, traducendosi in flussi di cassa, renderebbe ragione della esistenza di utilità, sì, ma dirette.

Il secondo (l'omesso esercizio di azioni revocatorie), oltre a scontare le medesime difficoltà in termini di casistica (acuite dal fatto che tali azioni sono di perlomeno dubbia configurabilità nell'ambito della liquidazione controllata: cfr. art. 274 CCII), impongono in realtà un ribaltamento della prospettiva.

Se infatti degli atti revocabili siano stati compiuti, essi dovranno essere denunciati dal ricorrente (art. 283, comma 3, lett. b CCII) e dall'OCC (art. 283, comma 4, lett. c CCII), ed il loro riscontro condurrà immancabilmente al diniego della EDI, talora per la immeritevolezza del ricorrente, talora per la possibilità di ritrarre attivo (in via diretta) dall'esercizio dell'azione di massa (ove ritenuta esperibile): con il che non è dato immaginare che il debitore "proponga" una (comunque inammissibile) ESI con cui rinunciare a tali azioni.

Merita un cenno, poi, il tema della finanza terza: essa, a parere di chi scrive, non potrà giammai costituire “utilità indiretta” idonea a paralizzare la domanda di ESI, considerato che il Giudice non potrà accertare la esistenza di essa, ove essa non venga riferita, oltre che dal terzo, dal ricorrente stesso (che non si vede perché dovrebbe farlo, se intende accedere ad una ESI “a costo zero”).

A riprova di quanto appena detto può richiamarsi un provvedimento (Trib. Bergamo 07.6.2023 in *Dirittodellacrisi.it*) secondo cui *“la domanda di apertura della liquidazione controllata fondata solo su finanza esterna si appalesa inammissibile, in quanto se il debitore non ha alcun bene immobile o mobile, reddito o pensione da liquidare per accedere al beneficio dell’esdebitazione è previsto l’istituto dell’esdebitazione del debitore incapiente”*.

Ora, seppur chi scrive ritenga sommessamente che in tali casi la domanda di liquidazione controllata sia in realtà ammissibile e fondata, anche e soprattutto nella ottica del vantaggio dei creditori (e perlomeno allorquando l’apporto del terzo “transiti” formalmente nel patrimonio del debitore, ad esempio attraverso una donazione [2] ), è chiaro che, anche se si volesse scegliere la tesi del Giudice orobico, non potrebbe negarsi a quello stesso debitore (financo) l’accesso alla ESI, considerato che una qualche forma di *fresh start*, al meritevole, deve essere garantita.

Quanto alle utilità, in generale, occorre chiedersi in cosa consistano da un punto di vista quantitativo: si è infatti detto che incapiente è chi non abbia utilità da offrire ai creditori.

Il tema è il vero nodo centrale, e intercetta una serie di questioni focali.

Tra esse, meritano menzione, tra le tante:

- il tema del rapporto tra ESI e liquidazione controllata, anche con riferimento alle iniziative familiari;
- il tema del rapporto tra comma 1 e comma 2 dell’art. 283 CCII;
- il tema del giudizio prospettico circa la incapacienza.

Procedendo con ordine, occorre prendere le mosse dalla *actio finium regundorum* tra ESI e LC.

Il centro del problema è intendersi su un aspetto dirimente.

Dato il sovraindebitamento di un soggetto, occorre chiedersi se costui:

- 1) possa per sua iniziativa decidere a quale delle procedure, tra loro alternative, fare accesso;



2) ovvero, possa e debba necessariamente intraprendere quella (la sola) che lo riguarda.

La seconda opzione ermeneutica ha un pregio sicuro, coincidente con la maggiore certezza interpretativa: chi sia incapiente potrà (e dovrà) accedere unicamente alla ESI; chi abbia utilità, anche solo prospettiche, da offrire ai creditori, non potrà accedere alla ESI, e dovrà accedere alla LC (salva la futura esdebitazione, ma ex art. 282 CCII).

Tale seconda interpretazione, nel vigore della L. n. 3/2012, era pressoché unanime. Oggi, nella cornice del nuovo CCII, ha ripreso linfa, invece, la tesi di chi sostiene la prima delle due opzioni summenzionate: Tribunale di Perugia 31.7.2023 (in *Il caso.it*) [3], afferma infatti l'ammissibilità di una procedura di LC, a istanza del debitore, pur in carenza di beni [4].

Ciò fa argomentando sulla base di molteplici e pertinenti rilievi processuali (quivi condensati in estrema sintesi):

- la LC è oggi azionabile a istanza creditoria (art. 268 c. 2);
- in tal caso, la eccezione di incapacienza (art. 268 c. 3), o la domanda di *switch* a procedura di composizione (art. 271), è rimessa all'impulso del debitore convenuto;
- in assenza di tali eccezioni/domande, può quindi ben darsi che si apra una LC in danno di chi non abbia alcun bene;
- non vi è ragione per negare analoga possibilità anche nella ipotesi in cui sia il debitore in proprio a chiederlo;
- con riferimento ai soggetti sottoponibili a LG non si pone il limite della incapacienza, dunque non si vede perché trattare diversamente i soggetti sovraindebitati.

L'interpretazione fornita dal Giudice umbro è senza dubbio suggestiva, e poggia su argomenti normativi di sicuro pregio: in una ottica di sistema, peraltro, solleva alcune perplessità che potrebbero, forse, indurre a mantenere preferibile la tesi opposta.

Da un lato, non può non venire in rilievo la "inefficienza" di una LC che si apra e si mantenga in essere unicamente per soddisfare i costi della prededuzione.

Il Tribunale di Perugia prende in considerazione tale argomento [5], immaginando la possibilità di immediata chiusura della procedura di LC (arg. ex artt. 276 e 233 lett. d, CCII).

Ciò non toglie, però, che una qualche diseconomicità – in termini di inutile aggravio dell'attività giudiziaria – permanga, se sol si pone mente al fatto che uno strumento alternativo esiste nel panorama normativo, ed è proprio l'ESI.

Con il che, perde di rilevanza anche l'argomento che pretende di mutuare la propria ragion d'essere dalla esistenza, nell'ordinamento, di una "LG dell'incapiente", fattispecie ove, da un lato, l'alternativa non esiste (dato che una esdebitazione a zero in via diretta non è accessibile ai soggetti liquidabili giudizialmente), e, dall'altro lato, si aggiungono ragioni pubblicistiche ben più rilevanti, che hanno a che fare con il buon andamento della economia e del mercato, e con l'eliminazione dei soggetti insolventi da tali ambiti.

Tornando al caso del sovraindebitato, se le risorse attive siano inesistenti, vi sarebbe il rischio che, in una ipotetica disponenda LC, debba farsi carico di alcune di esse l'Erario.

Se le risorse attive, invece, fossero minime, esse verrebbero di certo assorbite dai costi della procedura, laddove, nell'ambito della ESI, esse verrebbero lasciate nella disponibilità del debitore (che, dunque, potrebbe goderne), o addirittura, laddove integrate dalle sopravvenienze rilevanti, destinate ai creditori.

Sotto un diverso profilo, e traendo spunto da quanto appena accennato, l'opzione interpretativa che propugna la doverosa alternatività tra ESI e LC è preferibile anche in quanto idonea a scongiurare eventuali abusi: se infatti il debitore (in casi analoghi a quello perugino) preferisca rinunciare (alla ESI, e, di conseguenza) a trattenere il pur modesto attivo, occorre domandarsi perché mai voglia farlo; e probabilmente, "a pensar male", la risposta riposerebbe su un duplice rilievo:

- egli preferisce soggiacere alla procedura di LC, attesa la sua minore durata (quale che sia [6] : di certo non superiore ai tre anni, quanto alla possibilità di chiedere l'esdebitazione, che peraltro in caso di immediata chiusura, nel senso proposto dai provvedimenti di Perugia e Milano, potrebbe essere chiesta molto prima; cfr. art. 282, comma 1 CCII), rispetto alla sorveglianza quadriennale dell'OCC nella ESI, che determina, nei fatti, una esdebitazione condizionata;
- egli non intende "sprecare il bonus" della ESI, notoriamente concedibile *once in a lifetime*, come prevede l'art. 283, comma 1 CCII.

Allo stesso modo, la possibilità di elezione che propugna il provvedimento umbro potrebbe favorire il debitore che faccia la scelta esattamente opposta: egli, infatti, immaginando di poter ritrarre nei mesi successivi all'accesso alla LC importanti voci di attivo (che, però, non siano tali da superare il limite del dieci per cento di cui all'art. 283), sarà indotto a preferire l'accesso alla ESI, a tutto detrimento dei creditori.

Insomma, principi di certezza e di economicità, conducono a ritenere preferibile la tesi della perfetta alternatività ("doverosa") tra ESI e LC.



Tale interpretazione, peraltro, potrà essere messa ulteriormente in crisi da un diverso genere di evenienze: considerata la possibilità di accesso alla LC cd. familiare (art. 65, comma 1, CCII), vi sarà da chiedersi come trattare tutte le ipotesi in cui uno dei due familiari superi (magari ampiamente) i parametri di capienza, laddove l'altro familiare versi in situazione di incapacienza.

Ciò, è appena il caso di sottolinearlo, soprattutto in quei casi in cui il familiare incapiente sia tale non per avventura, ma proprio per aver dedicato i propri sforzi al *menage* del nucleo, a tutto vantaggio della famiglia, ed in adempimento a doveri sociali, di rango costituzionale, rispetto ai quali la rigida impostazione della "separazione delle masse attive" (cfr. art. 66 c. 3 CCII) nel frangente della crisi pare, in fondo, recessiva.

Venendo al tema del rapporto tra comma 1 e comma 2 dell'art. 283 CCII, mette conto osservare come secondo alcuni precedenti giurisprudenziali [7] il criterio di calcolo delle utilità rilevanti sopravvenute (comma 2 della norma) rappresenti, anche ed allo stesso tempo, spartiacque idoneo a chiarire, sin dal momento della presentazione della domanda, chi possa dirsi incapiente, e chi no.

Può essere utile utilizzare uno "specchietto" proposto dalla Circolare dell'OCC Roma del 12.7.2023, in *Dirittodellacrisi.it*.

#### VERIFICA DELLE UTILITÀ RILEVANTI PER IL DEBITORE INCAPIENTE

	assegno sociale inps al mese per il 2023 (fonte Inps)	503,27 €
(A) Assegno sociale anno 2023 (€ 503,27 x 13 mensilità)		6.542,51 €
(B) Aumento dell'assegno sociale della metà (50% di 6.542,51)		3.271,26 €
(C) Assegno sociale da considerare ai fini del calcolo		<b>9.813,77 €</b>
Componenti del nucleo familiare		4
(D) Parametro di equivalenza ISEE 2016 (nucleo 4 persone)		2,46
(E) Spese del nucleo familiare per mantenere un dignitoso tenore di vita (C x D)		<b>24.141,86 €</b>
(F) Reddito annuo netto del debitore (€ 1.800 mensili x 13 mensilità)		23.400,00 €
(G) Utilità rilevanti (F - E)		- 741,86 €
	<i>ammissione Procedura di esdebitazione</i>	<u>SI</u>

In tale esempio, la Circolare conclude per la ammissione del debitore alla ESI, atteso che, sin dall'inizio, il reddito percepiendo conduce ad un importo più basso rispetto alla soglia "di rilevanza" siccome calcolata.

Tale impostazione, però, si presta ad alcune critiche, puntualmente denunciate dalla Dottrina [8].

In primo luogo, il dato testuale appare chiaro nello slegare i due concetti di “utilità” (termine che, come si è detto, compare due volte nella norma): da un lato, vi sono le utilità, attuali e prospettive, idonee alla valutazione originaria della incapacità; dall’altro lato, vi sono le utilità sopravvenute e rilevanti (il secondo comma si limita a chiarire quando le stesse possano dirsi tali) da destinarsi ai creditori in una prospettiva dinamica, laddove superino la somma del dieci per cento del passivo complessivo.

Attribuire alla seconda categoria portata discrezionale della condizione di incapacità, quindi, pare – anche solo da un punto di vista letterale – un fuor d’opera [9].

In secondo luogo, e soprattutto, opinare in tal senso condurrebbe, in taluni casi, ad un vero e proprio cortocircuito.

Si prenda il caso di cui allo “specchietto” romano: se in tale situazione il debitore, invece di percepire un reddito annuo di € 23.400,00 (sotto soglia comma 2), ne percepisce appena un migliaio in più su base annua (€ 24.400,00: sopra soglia), ragionando secondo la tesi qui criticata, non sarebbe ammissibile alla ESI, e dovrebbe seguire la strada della LC.

E, però, quel medesimo debitore potrebbe offrire alla procedura (si badi: non ai creditori) sostanze davvero risicate, ossia € 24.400,00 - € 24.141,86 = € 258,14 su base annua, i quali, moltiplicati per il triennio, condurrebbero ad un totale di € 775,00 circa complessivi (da destinarsi, di fatto, al Liquidatore).

E le iniquità non sarebbero finite: è infatti chiaro che, in caso di sopravvenienze, colui che per poche centinaia di euro annue sia stato ammesso alla ESI in quanto sottosoglia secondo lo “specchietto”, potrebbe trattenere le stesse, sino al limite del 10%; il soggetto che invece sia stato costretto (in quanto sopra soglia per le stesse poche centinaia di euro su base annua) alla LC, non potrebbe trattenere nulla di quanto percepito nel triennio, eccettuato naturalmente quanto necessario al mantenimento (e sempre che, sia chiaro, si convenga sulla operatività dell’art. 142 CCII nella LC, come opina chi scrive).

Ecco quindi che le utilità cd. originarie, di cui al primo lemma, devono verosimilmente essere apprezzate in modo indipendente da quelle sopravvenute, e probabilmente in una ottica *case by case*.

La questione, invero, è complicata da altri rilievi, e il rischio di iniquità è pur sempre “dietro l’angolo”.

Innanzitutto, sia le utilità originarie, che quelle sopravvenute, possono essere rappresentate da redditi, ma anche da beni e diritti.

Ora, seguendo sempre il caso dello “specchietto” di cui sopra, è possibile immaginare la posizione di taluno che percepisca redditi correnti certamente insufficienti (o a malapena sufficienti) a garantire il mantenimento dignitoso proprio e dei familiari, il quale però, al contempo, sia proprietario di beni di modesto valore (il caso classico, è quello della autovettura).

Orbene, ad una valutazione superficiale potrebbe ritenersi che costui sia in grado di offrire una utilità concreta ai creditori (poniamo infatti che il ricavato della vendita della autovettura sia sufficiente a pagare, oltre alle spese prededucibili, anche in parte i creditori del concorso): di qui, la ammissione alla LC, e la inammissibilità del ricorso alla ESI.

Rimarrebbe però pur sempre il tema delle sopravvenienze, ove potrebbero verificarsi le stesse iniquità sopra descritte.

E allora, forse, potrebbe davvero avere un senso seguire la tesi dottrinale [10] che suggerisce di svolgere sin dal momento della ammissione una prognosi circa la disponibilità, attuale o prospettica, di attivo che consenta il superamento, o meno, nel successivo triennio (della LC), della soglia del 10% del monte debitorio.

In caso di valutazione positiva, il debitore dovrà optare per la LC.

In caso negativo, sarà incapiente, e potrà accedere alla ESI.

Con il che, il concetto di utilità (primo lemma) sarebbe riempito di contenuto.

Ma i problemi non sono finiti: le utilità (prospettiche, nella tesi sopra riportata; sopravvenute, in ogni caso;) devono essere tali da consentire il pagamento del 10% complessivo dei creditori.

L'avverbio “complessivamente” è stato introdotto dal Correttivo di giugno 2022 al CCII, e ha il pregio di chiarire quale sia il denominatore della frazione: l'intero passivo.

Senonché, ciò determina *ictu oculi* una grave contraddizione: se, infatti, si ritenga (come pare opinione unanime) che l'attivo sopravvenuto inferiore al 10% del passivo possa essere trattenuto dal debitore – in forza di una chiara e in fondo condivisibile scelta legislativa di *utilitas* creditoria e di tutela dei soggetti economicamente deboli – è giocoforza ritenere favoriti i debitori che abbiano un monte debiti più alto.

Se un debitore ha 1 milione di euro di passivo, potrà trattenere le sopravvenienze sino ad un importo di € 99.999,99; se un debitore ha € 100.000,00 di passivo, potrà trattenere somme sino all'importo di € 9.999,99; il tutto, con buona pace del



principio di eguaglianza, e di quello di solidarietà sociale (integrato, nella materia *de qua*, dal dovere di contenere per quanto possibile il passivo, in disparte peraltro il criterio della meritevolezza di cui si dirà).

Altre asperità di apprezzamento e/o calcolo delle utilità (prospettiche e/o sopravvenute) possono essere risolte attraverso una interpretazione “di buon senso” del dettato normativo, oggettivamente non brillante: pare infatti potersi sostenere decisamente che l’attivo – da parametrarsi al passivo al fine di verificare il raggiungimento della soglia del 10% - debba essere calcolato all’esito del quadriennio, e dunque sommando “l’utile” percepito, su base annua ed al netto dei “costi”, in ognuno dei quattro anni.

Diversamente opinando, infatti, sarebbe molto arduo ipotizzare (al di là di casi di scuola quali la vincita alla lotteria, o la eredità ingente [11] ) che il sovraindebitato possa raggiungere tale somma nel singolo anno.

Naturalmente, ammesso che questa appena proposta sia l’interpretazione corretta, rimangono i seri problemi inerenti la sorte concreta delle utilità rilevanti, di cui si dirà.

Da ultimo, e tornando a focalizzare la attenzione al tema del vaglio delle utilità prospettiche, bisognerà capire quale sia il concreto contenuto di esso: la norma infatti non spiega quale grado di verosimiglianza debba avere questa prognosi, se deve cioè essere espressa in termini “ottimistici” e di probabilità, tenendo conto dell’età, formazione culturale e professionale del debitore, della sua pregressa esperienza lavorativa, del contesto sociale, *etc.*, ovvero in termini più generosi (e al contempo più prudenti), così considerare incapiente anche il debitore che è allo stato privo di un reddito e di una prossima e concreta possibilità di occupazione o rioccupazione.

Chi scrive propende per la seconda interpretazione, vuoi in ossequio a principi di certezza e prevedibilità delle decisioni giudiziarie, vuoi avuto riguardo alla intima *ratio* dell’istituto.

È infatti chiaro che l’atteggiamento “ottimistico” (ma, si badi, più rigoroso) condurrebbe spesso a ritenere “capiente in prospettiva” chi ad oggi capiente non sia assolutamente; ciò magari sulla base di mere congetture – la giovane età, la qualifica di professionista, *etc.* – che non tengano conto delle specificità e del *background* personali e sociali, e che magari assumano addirittura come base del giudizio elementi del tutto aleatori, quali le semplici aspettative.

Una impostazione più prudente (ed al contempo più “aperta”), invece, avrebbe il pregio di fondare la decisione su dati economici certi, o quantomeno seriamente ipotizzabili, che affidino il giudizio di capienza prospettica ad opportuni *stress test*. Ciò, inoltre, permetterebbe il raggiungimento immediato dell’obiettivo codicistico (ma anche unionale), che è quello della pronta ripartenza economica del soggetto interessato, attraverso la sua esdebitazione, con ogni intuibile beneficio per il sistema, fermo comunque il contrappeso della sorveglianza quadriennale.

### 3 . La meritevolezza. Il merito creditizio

Il profilo della meritevolezza non viene qui trattato in una ottica generale, limitandosi perciò il riferimento ad alcuni precedenti specifici e recenti sul punto, tutti rinvenibili nei portali/riviste specialistici: Trib. Ferrara 07.3.2023; Trib. Avellino 16.4.2022; CDA Venezia 05.6.2023, Trib. Modena 05.2.2023; Trib. Bergamo 04.2.2023; *etc.*

Nella presente sede, ferme le premesse di cui all’*incipit*, ci si soffermerà solo su due aspetti in particolare:

- la rilevanza, nell’ambito del vaglio di meritevolezza, delle eventuali significative omissioni tributarie e contributive;
- la rilevanza, nel medesimo ambito, della eventuale violazione, da parte del finanziatore, del merito creditizio del soggetto finanziato (poi sovraindebitato).

Partendo dal primo dei due aspetti, quello relativo alla rilevanza delle omissioni fiscali e contributive, può dirsi di già raggiunta una sostanziale unanimità di vedute da parte della giurisprudenza di merito.

L’approdo generalizzato (cfr. Trib. Verona 23.8.2023, inedita, che si mette a disposizione della Platea) consiste infatti nella affermazione per cui *“di là delle ipotesi in cui il mancato versamento di imposte integra una fattispecie di reato, il mancato assolvimento degli obblighi fiscali o contributivi costituisce sempre un disvalore. Ed invero, l’obbligo di concorrere alle spese pubbliche in ragione della propria capacità contributiva ed in base a criteri di progressività è costituzionalmente sancito (art. 53), ed è strettamente legato al dovere di solidarietà sociale ed al principio di uguaglianza (art. 2 e 3 Cost.). Come osservato dalla Corte Costituzionale, l’universalità dell’imposizione, desumibile dall’espressione testuale “tutti”, deve essere intesa nel senso di obbligo generale, quale “dovere inserito nei*

*rapporti politici in relazione all'appartenenza del soggetto alla collettività organizzata", ed il raccordo di tale obbligo con la capacità contributiva, in un quadro di sistema informato a criteri di progressività, costituisce "svolgimento ulteriore, nello specifico campo tributario, del principio di eguaglianza, collegato al compito di rimozione degli ostacoli economico- sociali esistenti di fatto alla libertà ed eguaglianza dei cittadini-persone umane, in spirito di solidarietà politica, economica e sociale" (così Corte Cost., ordinanza n. 341/2000). Il mancato assolvimento dei doveri fiscali e contributivi, inoltre, può falsare la concorrenza tra imprenditori, e lascia in ogni caso sopravvivere imprese non in grado di creare ricchezza e potenzialmente dannose per l'economia, per il rischio della propagazione del dissesto. Per tali ragioni, si è già da altri osservato che, avendo imposte e contributi "per loro natura carattere proporzionale e progressivo (rispetto alle entrate del soggetto passivo), è possibile immaginarne una omissione che non privi di meritevolezza il debitore unicamente per ragioni gravi ed eccezionali, del tutto indipendenti dalla sua volontà, quali esemplificativamente la malattia, i lutti, le calamità naturali, e tutte le evenienze che determinino la perdita incolpevole e repentina di chances economico-patrimoniali" (così Trib. Modena, 2 marzo 2022).*

Tale impostazione, dunque, fa leva sulla presunzione *juris tantum* di immeritevolezza di chi si sottragga, in misura apprezzabilmente consistente, agli obblighi fiscali e contributivi.

Rimane salva la possibilità di vincere detta presunzione attraverso la dimostrazione di un evento impronosticabile, esterno e dalla portata eziologica assorbente, rappresentante un vero e proprio *shock* esogeno: onere della prova, naturalmente, in capo al debitore (coadiuvato dall'OCC, e sempre salvi i poteri officiosi di indagine del Giudice della crisi e dell'insolvenza).

A tale lettura si associa il Trib. Bergamo (Decreto 04.2.2023), con una approfondita e condivisibile pronuncia secondo cui *"un'omissione cospicua e reiterata nel pagamento dei tributi è suscettibile di superare il filtro della meritevolezza nella misura in cui sia il portato di un'impotenza finanziaria del debitore cagionata da ragioni gravi ed eccezionali, oltre che rigorosamente concomitanti e come tali del tutto indipendenti dalla volontà del debitore; [...] la grave malattia ha una valenza giustificatoria o esonerativa verso i debiti nella sola misura in cui sia anteriore al loro sorgere e/o coeva al loro scadere"*.

Passando al tema della valutazione del merito creditizio, merita ritrascrivere il comma 5 dell'art. 283 CCII:

- “l’OCC, nella relazione, deve indicare anche se il soggetto finanziatore, ai fini della concessione del finanziamento, 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; a tal fine si ritiene idonea una quantificazione non inferiore a quella indicata al comma 2”.

L’obbligo, in capo all’OCC, di vaglio circa il rispetto dei criteri di valutazione del merito creditizio da parte del finanziatore, non costituisce una peculiarità della ESI.

Esso, infatti, ricorre pure nell’ambito della procedura di RDC (art. 68, comma 3, CCII) ed in quella di concordato minore (art. 76, comma 3, CCII).

La particolarità sta in ciò, che, in tali procedure di composizione, il riscontro della violazione di tale norma di condotta conduce alla ablazione – in danno dei creditori/finanziatori – di specifiche prerogative processuali e difensive.

Il riferimento è ovviamente agli artt. 69, comma 2, CCII e 80, comma 4, CCII, alla cui lettura si fa rimando.

Nella ESI, al contrario, la norma pare priva di sanzione e/o di conseguenze.

In un simile contesto, ritiene chi scrive, che le opzioni ermeneutiche siano sostanzialmente tre:

- la prima, consistente nell’attribuire alla norma la sola portata, quasi di *soft law*, di ricordare agli agenti economici (e ai finanziatori *in primis*) di attenersi ai principi di *responsible lending*;
- la seconda, consistente nel mutuare da altre procedure, e segnatamente da quella sopra indicate, la sanzione processuale da comminare al finanziatore colpevole;
- la terza, consistente in un cambio di prospettiva, che conduca a valorizzare la colpevole condotta del finanziatore nella ottica di rendere meno aspro il vaglio in ordine alla meritevolezza del sovraindebitato.

La prima opzione è evidentemente poco soddisfacente, e foriera, in definitiva, di attività in fondo inutile.

La seconda opzione incorre nel grave ostacolo rappresentato dal fatto che le condizioni e/o le limitazioni al diritto di difesa debbano essere poste da norme chiare e specifiche, che prevedano decadenze, preclusioni, *et similia*: non pare possibile, in assenza, dare corso ad applicazioni analogiche mutate da altri istituti.

La terza opzione, è quella fatta implicitamente propria dalla recente pronuncia della CDA Venezia (05.6.2023 in *Dirittodellacrisi.it*), il cui passaggio motivazionale qui si riporta per estratto:

Non vi è poi dubbio che l'indagine sulla colpa grave del debitore deve tener conto, nel caso di debiti di natura bancaria, anche della condotta tenuta dall'istituto di credito. In tal senso appare significativa la previsione del comma 5 secondo cui “ *L'OCC, nella relazione, deve indicare anche se il soggetto finanziatore, ai fini della concessione del finanziamento, 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; a tal fine si ritiene idonea una quantificazione non inferiore a quella indicata al comma 2.*”

A tale lettura si associa, sempre in ambito di ESI, il Tribunale di Tempio Pausania (03.2.2023 in *Dirittodellacrisi.it*), che si iscrive ad un consolidato filone (riguardante però procedure differenti dalla ESI) che annovera, *inter alia*, Trib. SMCV 02.4.2022 e Trib. Messina 20.12.2021 (*ibidem*).

A parere di tutti i predetti Uffici, in buona sostanza, la errata o colposa valutazione del merito creditizio del debitore rende il finanziatore corresponsabile del sovraindebitamento, ciò che esclude la mala fede del debitore e ne allevia la colpa che, pertanto, non sarà comunque qualificabile come “grave”.

Chi scrive, pur sottolineata la ricorrenza di una siffatta interpretazione, e pur ricordata la necessità di mostrare apertura rispetto alle esigenze di *fresh start* debitorie, non può esimersi dall'esprimere perplessità, sotto un profilo logico, in ordine a tale lettura.

Sostenere che la colpa del finanziato sia tanto più lieve, quanto più gravemente il finanziatore sia venuto meno al suo dovere di valutare con accortezza la solvibilità dei propri debitori, è infatti un assunto fallace, in ogni caso in cui alla negligenza del mutuante si accompagnano il silenzio, l'opacità informativa o la imprudenza (tutti contegni che pur possono essere solo colposi, e non già proditori) del debitore.

In conclusione, quindi, il vaglio sulla corretta valutazione del merito creditizio non potrà essere utilizzato per condurre ad automatici ed aprioristici giudizi di meritevolezza, potendo, al più, concorrere alla compiuta ricostruzione, *case by case*, della complessiva vicenda umana ed economica sottesa.

## 4. La sorte delle sopravvenienze



Anche sul punto, purtroppo, il Codice tace, limitandosi a disciplinare fuggacemente gli obblighi di comunicazione (comma 7) e di verifica (comma 9) delle sopravvenienze attive, ossia le utilità rilevanti.

L'obbligo di dichiarazione compete al debitore, ai sensi del comma 7 dell'art. 283 CCII, che – pur scritto in modo impreciso – va probabilmente letto nel senso di riconnettere la revoca del beneficio esdebitatorio ai casi, tra loro diversi, di: 1) omessa dichiarazione (laddove in astratto positiva); 2) dichiarazione positiva.

Sul punto, occorre svolgere una breve digressione.

Innanzitutto, bisogna chiedersi cosa intenda il Legislatore con “dichiarazione positiva”: nello specifico, il problema consiste nel capire in che modo una dichiarazione resa “su base annua” possa considerarsi tale nella ottica di un vaglio che deve essere compiuto all'esito di un quadriennio. Il tutto, inoltre, con la complicazione (anticipata *supra* e sviluppata *infra*) per cui pure i dati della proporzione – essenzialmente il passivo e l'attivo – paiono oggettivamente incerti.

Al di là di ciò, mette conto osservare come, in astratto, il debitore possa tenere almeno quattro contegni diversi tra loro:

- 1) rendere una dichiarazione positiva;
- 2) rendere una dichiarazione negativa;
- 3) omettere una dichiarazione che sarebbe stata positiva;
- 4) omettere una dichiarazione che sarebbe stata negativa;

a ciò si aggiungano poi le ipotesi, che qui non si tratteranno, della dichiarazione mendace, di quella incompleta, di quella erronea, *etc etc*.

Orbene, è opinione di chi scrive che i casi di cui ai nr. 2) e 4) non possano condurre alla revoca del beneficio: quella di cui al nr. 2), per evidenti motivi; quella di cui al nr. 4) perché la sanzione della revoca parrebbe oggettivamente sproporzionata alla condotta semplicemente silente di chi, peraltro, continui ad essere incapiente.

Pare quindi più equo riconnettere la revoca della esdebitazione solo ai casi di cui ai nr. 1) e 3): naturalmente, lo scrutinio in ordine al presupposto di quest'ultima fattispecie, consegue all'obbligo di verifica.

L'obbligo di verifica, cui si è appena fatto cenno, viene commesso all'OCC da parte del Giudice.

Esso non è imposto dalla legge (art. 283, comma 9, CCII), ma in via di prassi pare buona norma quello di prevedere in capo all'OCC poteri istruttori al riguardo, vuoi da compiersi attraverso richieste di informazioni al debitore, vuoi, forse, da compiersi



attraverso l'autorizzazione all'accesso diretto ad informazioni rilevanti conservate presso Uffici e banche date pubbliche o controparti private (ad es.: banche).

Quel che la legge non spiega apertamente, è come comportarsi per il caso di sopravvenienze rilevanti, le quali, lo si ricorda, devono rappresentare un attivo pari al 10% del passivo complessivo, al termine del quadriennio (vedi *supra*).

Il primo problema da affrontare concerne il passivo, atteso che esso non viene "cristallizzato" - come accade nella liquidazione controllata, ove si applicano, sia pure entro certi limiti, gli artt. 150 e sgg. CCII -, e soprattutto non viene compiutamente accertato, se non ai limitati fini della relazione di cui al comma 3: volendo dare un senso dal punto di vista operativo all'intero istituto, forse, sarà proprio il passivo di cui all'art. 283, comma 3, lett. a) CCII quello da tenersi presente quale denominatore della frazione[12].

Ma i dubbi maggiori si addensano sul tema dell'attivo: oltre a quanto spiegato nei paragrafi precedenti, occorre infatti considerare che esso non necessariamente è rappresentato da sopravvenienze "liquide", come potrebbero essere stipendi, compensi, pensioni, *et similia*, ma ben potrebbe consistere nella sopravvenienza di beni, crediti (magari contestati o litigiosi), o altro.

In tutti questi casi - si pensi alla ipotesi di un bene immobile ricevuto *mortis causa* - si porrebbero questioni di non poco momento, che hanno a che fare principalmente con l'attività liquidatoria: il bene deve essere alienato? In tal caso deve essere stimato? Deve essere posto in vendita con procedure competitive accompagnate da pubblicità, gare, evidenza pubblica, e quant'altro? A cura di chi? Ed in quali termini?

L'art. 283 non fornisce indicazioni utili.

Parimenti, nulla si dice per la eventuale venuta ad esistenza di un credito litigioso: fermo il fatto che il debitore conserva di certo la legittimazione, anche processuale, al riguardo, non è dato sapere se l'*asset* in parola possa (*recte*, debba) essere "destinato" ai creditori, ed in quali casi e con quali modalità, specie con riferimento al suo valore intrinseco, ed all'epoca ed al *timing* di concreta esazione di esso, da parametrarsi al quadriennio rilevante (non essendo prevista una norma analoga all'art. 281, comma 5, CCII, come d'altronde per le operazioni di liquidazione).

Infine, volendo percorrere sino alle estreme conseguenze il ragionamento sin qui svolto, neppure è disciplinata la eventuale fase di ripartizione delle sopravvenienze rilevanti liquidate: opera la *par condicio*? Le cause di prelazione? È immaginabile un contraddittorio con e tra i creditori?

È opinione di chi scrive che le omissioni sin qui evidenziate siano troppo marcate per rappresentare una semplice “svista” del Legislatore del 2020, in cui avrebbe perseverato quello codicistico, e che lo scenario da prefigurarsi in caso di sopravvenienze debba necessariamente essere altro, e molto più snello.

Si vuol dire, in altre parole, e ribadendo quanto detto *supra*, che la sopravvenienza di utilità rilevanti avrà una sola e ben precisa conseguenza: la (mera) revoca del beneficio della esdebitazione.

Tale conclusione, d'altronde, è l'unica ritraibile dall'art. 283, comma 7, CCII, ove si afferma, come spiegato, che il beneficio sarà revocato per il caso di “dichiarazione positiva”, ipotesi alla quale può agevolmente aggiungersi quella di “verifica positiva”. In tali evenienze, dunque, non si tratterà di demandare all'OCC compiti di liquidazione/ripartizione non previsti dall'istituto, che sarebbero oltretutto da “costruire” in modo artigianale.

Né sarà ipotizzabile una sorta di automatico *switch* all'istituto della liquidazione controllata, in carenza di previsioni analoghe a quelle di cui agli artt. 73 o 83 CCII; tantomeno il debitore avrà l'obbligo, non previsto, di chiedere la propria liquidazione controllata (conservandone peraltro la facoltà, così come i creditori).

Semplicemente, i debiti divenuti temporaneamente inesigibili (ma non estinti) per effetto della esdebitazione, rivivranno, e dovranno essere soddisfatti.

Naturalmente, molti interrogativi permangono ugualmente, e solo l'eventuale evoluzione pretoria consentirà di sciogliere i più gravi dubbi interpretativi.

Tra essi, merita di fare cenno a quelli potenzialmente più problematici:

- come si potrà accertare, con una certa stabilità, la rilevanza effettiva delle sopravvenienze (ossia, che il loro valore non sia inferiore al 10% del passivo)? Quale sarà la procedura, quali le prerogative difensive dei soggetti coinvolti, quali i gravami?

- una volta erose, a seguito della revoca del beneficio ed in forza dei pagamenti e/o delle iniziative creditorie singolari[13], le sopravvenienze rilevanti, che ne sarà del residuo debito originario oggetto di riviviscenza (pari circa al 90% del passivo complessivo)?

- la esdebitazione oggetto di successiva revoca (che, si badi, è slegata da qualsiasi “colpa”) sarà rilevante ai fini ostativi di cui all'art. 280 CCII, o di cui all'art. 283, comma 1, CCII che pongono limiti a tali possibilità?

Insomma, molte nubi si addensano all'orizzonte dell'istituto oggetto di analisi.

All'interprete (avvertito) il compito di diradarle, affinché lo strumento, mosso da nobili ragioni e proteso ad ancor più nobili obiettivi, possa condurre i soggetti, afflitti dalla crisi ma meritevoli di ripartenza, verso porti un poco più sicuri.

---

## Note:

- [1] La terza locuzione “utilità”, è contenuta nell’ultimo periodo, e riferita ai “finanziamenti”, da escludersi dal novero delle utilità – verrebbe da dire – sopravvenute e rilevanti.
- [2] Sulla discussa questione della applicabilità dell’art. 142, comma 2 CCII alla liquidazione controllata sia consentito il rimando a Trib. Modena 08.2.2023 in *Dirittodellacrisi.it*.
- [3] La decisione richiama approfonditamente il precedente di CDA Milano 21.4.2023 ne “Il Fallimento [...]” 8-9/2023 pagg. 1081 e sgg. con nota critica di Paolo Gitto.
- [4] Per la precisione, nel caso all’esame del Giudice perugino, il debitore si trovava nella disponibilità di attivo idoneo a pagare solo le spese in prededuzione, e non, quindi, “i creditori”.
- [5] Conscio dei numerosi provvedimenti di segno contrario; cfr. Trib. Rimini 22.4.2021 in *Il caso.it*.
- [6] Sul punto è doveroso il rimando a Trib. Arezzo 03.3.2023 Ord. contenente questione di legittimità costituzionale in *Dirittodellacrisi.it*.
- [7] Trib. Milano 26.10.2021 ne *Il Fall*; Trib. Gela 13.12.2022 in *Dirittodellacrisi.it*.
- [8] Vedasi M. Zanoletti, *Il criterio soglia ex art. 283 Il co. CCII: un vestito per tutte le stagioni*, in *Il caso.it*.
- [9] E come tale è stato interpretato da Trib. Ravenna 22.7.2021 in *Il caso.it*.
- [10] Zanoletti, *ibidem*.
- [11] Si noti che i casi di scuola proposti concernono solo ipotesi di utilità sopravvenute, non già prospettiche, in quanto impronosticabili al momento



DIRITTO DELLA  
**CRISI**

dell'apertura.

  
DIRITTO DELLA CRISI