



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI URBINO CARLO BO
DIPARTIMENTO DI ECONOMIA, SOCIETÀ, POLITICA
DESP

Corso di Dottorato di Ricerca in Economia, Società, Diritto
Curriculum: Diritto Sviluppo, Diritti dell'Uomo, Diritti Sociali
Fondamentali e Formazioni Sociali

Ciclo XXXI

TESI DI DOTTORATO

LA MERITEVOLEZZA CONCORSUALE.

PROSPETTIVE STORICHE E COMPARATE DALLE ORIGINI AL
NUOVO CODICE DELLA CRISI D'IMPRESA E
DELL'INSOLVENZA: UN *FOCUS* SUL CONSUMATORE

Settore Scientifico Disciplinare: IUS/o4 Diritto Commerciale

Relatore: Chiar.ma Prof.ssa
Dott.ssa: ELISABETTA RIGHINI
NOVELLA IEZZI

Dottoranda

Anno accademico
2018/2019

Alla cara memoria del Professor Luigi Ragazzini

RINGRAZIAMENTI

Ringrazio la Professoressa Elisabetta Righini che in questi anni mi ha offerto occasioni, stimoli, il suo *nudging* sempre gentile e una fiducia che spero, prima o poi, di *meritare*.

Ringrazio il Professor Michael David Quilter, del *Department of Accounting and Corporate Governance* della *Macquarie University* per l'accuratezza dei suoi suggerimenti e per il materiale pressoché introvabile che mi ha molto gentilmente messo a disposizione.

Ringrazio la Dottoressa Paola Milone, Responsabile della Biblioteca della Società Napoletana di Storia Patria, per avere aperto una preziosa porta virtuale sulle fonti ottocentesche a una sconosciuta.

Ringrazio, inoltre, il personale della Biblioteca di Giurisprudenza e Scienze politiche di Urbino, e il Sig. Antonio Gabbanini in particolare, per la pazienza con la quale hanno accolto i miei continui attingimenti anche in tempo di pandemia, per i prestiti “a tempo indeterminato” e per il privilegio di avere avuto accesso, munita di guanti, al pregiato Fondo Antico del nostro Ateneo e, in particolare, all'incunabolo di Benvenuto Stracca.

Ma soprattutto ringrazio il Dottor, PhD, T. Giancarli per le stimolanti riflessioni che hanno prodotto più di un capitolo del mio lavoro, per la curiosità e la disponibilità con la quale ha accolto ogni mio petulante quesito e per essere l'incredibile depositario dello scibile umano che è.

Infine, ringrazio Tommaso, Pietro e Olimpia per aver tollerato le mie assenze con ammirevole stoicismo e istinto di autoconservazione.

Fano, 5 maggio 2021.

"Sono stato a pagare i sedicimila franchi che dovevamo al nostro fornitore di carta". Il padrone fa un balzo, ma un balzo da non credere. "Cosa?" - "Sono stato a pagare il signor Privas." - "Ma lei è pazzo!" - "Perché?" - "Perché... perché... perché...". Si tolse le lenti, le asciugò. Poi ebbe quel suo risolino curioso che gli serpeggia sul faccione quando sta per dire qualcosa di maligno o di indigesto, e con tono beffardo e convinto dichiarò: "Perché? Ma perché avremmo potuto ottenerci sopra uno sconto di quattro o cinquemila franchi". Montelin ribattè, sorpreso: "ma signor direttore, i conti erano tutti esatti, controllati da me e approvati da lei..." Al che il padrone, fattosi serio, osservò: "Come si fa a essere così ingenui! Sappia, signor Montelin, che bisogna sempre accumulare i propri debiti per arrivare a delle transazioni".

Guy De Maupassant, *Bel Ami*, 1885

INDICE SOMMARIO

INTRODUZIONE.....	II
-------------------	----

PARTE PRIMA

DEFINIZIONE E CONTENUTO DELLA MERITEVOLEZZA CONCORSUALE NEL DIRITTO POSITIVO VIGENTE

CAPITOLO I

PROLEGOMENI

1. Un tentativo definitorio del concetto generale di meritevolezza...17
2. Peculiarità e natura giuridica della meritevolezza concorsuale...19

CAPITOLO II

UN CONTRIBUTO ALLA RICOSTRUZIONE STORICA DEL CANONE DELLA MERITEVOLEZZA

1. Premessa. Meritevolezza e legge fallimentare.....24
 - 1.1. Meritevolezza come *degnità* fuori dal fallimento. La
retorica del beneficio per il debitore “onesto e
sfortunato.....26
 - 1.1.1. Origini: credito, sanzioni e capitale reputazionale:
genesi dell’etica commerciale.....29
 - 1.1.2. L’emersione di una figura indispensabile: il
mercante onesto ma sfortunato.....37

1.1.3. Cessione giudiziale, moratoria e concordato precedente alla legge fallimentare.....	43
2. La meritevolezza nella legge fallimentare.....	46

CAPITOLO III

DALLA MERITEVOLEZZA DELL'IMPRESA ALLA MERITEVOLEZZA DEL CONSUMO

1. Il primo stadio degli interventi di riforma e l'impatto sulla meritevolezza concorsuale.....	52
2. La nuova disciplina del concordato preventivo: dalla meritevolezza dell'imprenditore, alla meritevolezza del complesso aziendale a quella della proposta concordataria	54
3. Dalla riabilitazione alla esdebitazione come provvedimento finale del fallimento	58
4. La legge 3/2012. Le ragioni di un <i>focus</i> sulla meritevolezza nel sovraindebitamento del consumatore.....	68
4.1 Il piano del consumatore della l. 3/2012. Lineamenti procedurali.....	72
4.2. La meritevolezza del consumatore sovraindebitato.....	82

CAPITOLO IV

DALLA MERITEVOLEZZA DEL CONSUMO ALLA MERITEVOLEZZA DEL CREDITO

1. Il processo di elaborazione del CCII e l'impatto della Direttiva 2019/1023 sul sovraindebitamento del consumatore.....	92
--	----

2. La legge 18 dicembre 2020, n. 176 e l'anticipata vigenza di alcuni aspetti del CCII all'interno della l. 3/2012.....	97
3. La nuova meritevolezza del consumatore e del debitore incapiente.....	102
3.1. Due <i>case studies</i>	108
3.2. La meritevolezza del debitore incapiente.....	112
4. L'atteggiamento del legislatore nei confronti della responsabilità del creditore prima del CCII.....	114
4. 1. Dalla meritevolezza del consumo alla meritevolezza del credito. Un ulteriore passo verso il <i>responsible lending</i>	121

PARTE SECONDA.

UNA GENESI ALTERNATIVA DELLA MERITEVOLEZZA NEI SISTEMI DI COMMON LAW

CAPITOLO V

GENESI DI UN DIVERSO CONCETTO DI BENEFICIO E DI MERITO

1. Un nuovo concetto di beneficio e di meritevolezza.....	127
2. La prima norma concorsuale che concede un beneficio al debitore meritevole.....	128
2.1. L'eredità negletta del diritto italiano nello sviluppo della <i>discharge</i>	136

3. Conseguenze moderne e contemporanee di quelle origini (segue).....	148
4. L'autonomo sviluppo di un archetipo nel Nord America postcoloniale.....	152

PARTE III.

APPROCCIO STORICO COMPARATO E MULTIDISCIPLINARE AL FENOMENO

CAPITOLO VI

IL RUOLO DELLA MERITEVOLEZZA NEL SISTEMA STATUNITENSE: ANTITESI TRA *DEBT RELIEF* E *STRAIGHT LIQUIDATION*

1. Una etica diversa nel modello americano di <i>Consumer Bankruptcy</i>	161
2. <i>Eligibility</i> nel <i>Bankruptcy Code</i> : dall'ammissione del debitore onesto ma sfortunato all'ammissione del debitore sovraindebitato.....	165
3. La declinazione europea del sovraindebitamento nel senso di una nuova etica sociale.....	168

CAPITOLO VII

ANALISI DELLE STRATEGIE DI POLITICA LEGISLATIVA NEL TRATTAMENTO DEL SOVRAINDEBITAMENTO. IL CONTRIBUTO DELLA *BEHAVIOURAL LAW AND ECONOMICS*

1. Il ruolo delle <i>Narratives</i> nelle politiche di trattamento dell'insolvenza del consumatore.....	172
1.1. <i>La Progressive bankruptcy scholarship</i>	173
1.2. <i>La Conservative bankruptcy scholarship</i>	174
2. Il paradosso del <i>favor debitoris</i> che offre minore protezione al contraente debole.....	178
2.1. <i>Bounded rationality</i> : l'incapacità dei debitori di contrarre consapevolmente debito svelata dalla <i>behavioural law and economics</i>	180

CAPITOLO VIII

MISURE SOCIALI DI COMPENSAZIONE ALLA RECENTE ELISIONE DELLA MERITEVOLEZZA DEL CONSUMATORE IN ITALIA

1. Rimedi preventivi <i>de iure condito</i> al vuoto di meritevolezza.....	184
2. <i>Financial Literacy</i> per la cittadinanza economica.....	186
3. Microcredito come canale alternativo di finanziamento.....	199
4. Contrasto alla povertà e inclusione sociale con il Reddito di Cittadinanza.....	203

CONCLUSIONI.....	208
------------------	-----

INDICE BIBLIOGRAFICO.....	214
---------------------------	-----

SITOGRAFIA	240
------------------	-----

INDICE DELLE PRONUNCE GIURISPRUDENZIALI	244
---	-----

INTRODUZIONE

Quello concorsuale è un diritto che risente più di altri del panorama economico e sociale che ambisce a regolare. Rivoluzioni tecnologiche, concezioni storicamente differenti della ricchezza, crisi sistemiche e adesioni a nuovi paradigmi economici hanno preteso dal mercato continui adattamenti e imposto al diritto, che di quei mercati dovrebbe governare le distorsioni o le sconfitte, un continuo rinnovamento. Questa tendenza si pone in aperta frizione con le spinte giuridiche alla conservazione dello *status quo*. Dalla origine della procedura fallimentare fino al volgere del nuovo millennio, nel panorama italiano, le opposte leve hanno raggiunto un equilibrio relativamente stabile attraverso una formale conservazione del diritto positivo, innestato però di clausole di elasticità che ne hanno garantito la capacità di adattamento a nuovi e diversi interessi, spostando la responsabilità dell'adattamento dal legislatore all'interprete. La strategia si è rivelata funzionante fino al punto in cui le mutazioni subite dal diritto, una volta recepite dal legislatore, sono diventate tante e tali da costringere ad una revisione complessiva del sistema concorsuale.

Una di queste clausole di elasticità è, appunto, la meritevolezza concorsuale: un criterio sufficientemente vago per essere riempito di volta in volta dei contenuti necessari, ma comunque indispensabile alla conservazione di elementi di continuità col passato rispetto al quale, con la riforma, si sono moltiplicati i soggetti (con l'inedito ingresso del debitore civile) e le misure (con l'esdebitazione e l'accentuazione del carattere concordatario). Al cospetto di questa

nuova complessità la meritevolezza funziona come un filtro, essendo in grado di determinare l'avvio di certi soggetti e non di altri a specifiche procedure in circostanze date e, come si avrà modo di specificare nei luoghi di volta in volta opportuni, permette di orientare l'applicazione del diritto positivo, proprio come è già accaduto in passato.

Per questa ragione un approccio preliminare al fenomeno, contenuto nella Parte Prima, ha potuto prendere avvio solo a partire da un tentativo definitorio della fattispecie, al quale segue un quadro di ricostruzione storica indispensabile per comprendere linee di sviluppo che si riprodurranno lungo l'intero arco temporale preso in considerazione dal momento che, come sarà presto evidente, la meritevolezza si muove attraverso schemi ricorsivi e circolari. Il restante sviluppo tratta lo studio complesso e stratificato delle fonti legislative vigenti sul tema e pone in rassegna una serie di interpretazioni dottrinali e giurisprudenziali e di successioni normative del criterio che mette in luce le variazioni di contenuto attribuite negli ultimi anni alla meritevolezza, ponendole in relazione con le connotazioni specifiche e gli scopi serviti dalle procedure concorsuali sulle quali di volta in volta era appuntata. In qualità di filtro di selezione per l'accesso a procedure di vantaggio, la meritevolezza è stata, infatti, i) il limite di accesso al concordato preventivo di un debitore commerciale *onesto e sfortunato*, altrimenti destinato al fallimento; ii) il filtro attraverso il quale scegliere di salvare l'apparato produttivo e la forza lavoro di una impresa in crisi; iii) il limite di accesso alla esdebitazione per il debitore civile

sovraindebitato. Mutando così spesso la sua veste, ha accompagnato e facilitato la transizione da un diritto fallimentare fortemente punitivo e disgregativo degli apparati produttivi, a un diritto concorsuale che si fa carico dell'ascesa e del declino della grande impresa; che accentua la sua natura negoziale e concordataria rimettendo ai privati l'articolazione dei rispettivi interessi; a un diritto che permette l'esdebitazione come conclusione del fallimento, ad uno che ammette alle procedure concorsuali anche il debitore civile. L'ultima inedita mutazione è compiuta con il Codice della Crisi e dell'Insolvenza, dove la meritevolezza risulta molto affievolita per il consumatore ma trasla inopinatamente nel versante creditorio con l'accoglimento di una prospettiva di *responsible lending*.

La seconda parte della tesi analizza come una transizione simile abbia già avuto luogo, con largo anticipo, nei paesi di *common law*, che per primi hanno abbracciato una prospettiva *debtor oriented* spinta fino all'abbandono della meritevolezza, dalla comune posizione di partenza della retorica del debitore *onesto e sfortunato* - in Inghilterra il varco attraverso il quale introdurre l'invenzione della *discharge*. La seconda parte della tesi, infatti, è deputata alla riscoperta delle origini della meritevolezza inglese nella nostra tradizione giuridica. In particolare, è possibile riscontrarne una traccia importante nel contesto dottrinale dell'Italia rinascimentale e nell'opera di Benvenuto Stracca. Esistono evidenze significative che la stessa fosse influente e diffusa in Inghilterra intorno alla metà del XVII secolo, in un periodo di importante fermento culturale che

può avere avuto una incidenza (questa, almeno, è l'ipotesi che si formula) sull'adozione della celebre 4 *Anne* del 1705. Non si tratta, naturalmente, di una puerile rivendicazione campanilistica, perché la norma inglese ha l'indiscutibile primato di rendere l'invenzione della *discharge* un precetto di diritto cogente per alleviare la posizione del debitore *onesto ma sfortunato*. Il diritto italiano di Età intermedia ha indubitabilmente prodotto altro tipo di eccellenze, quali il fallimento e il concordato, ma proprio dal contrasto con la durezza delle procedure ha potuto ricavare un margine di benevolenza e sottoporlo a determinate condizioni di meritevolezza, in ciò collocando la propria invenzione.

L'ambito di ricerca, però, si radica in un contesto non solo giuridico, ma anche economico e sociale. Lo studio delle conseguenze derivate da queste scelte sul tessuto produttivo, sulla pubblica economia, sui sistemi sociali e assistenziali è fondamentale per valutare l'adozione di scelte analoghe nel nostro contesto. La scelta di una liberalizzazione del mercato del credito al consumo deve fare i conti con gli ammonimenti che ci derivano da altre discipline, quali la *behavioural law and economics*, circa l'asimmetria informativa e il diverso potere contrattuale tra creditori, in specie garantiti, e singolo debitore, sottoposto ad ogni genere di *bias* cognitivo e distorsione. Mediante questo approccio si è, ad esempio, svelato il paradosso attraverso il quale un sistema, per lungo tempo *debtor oriented* come quello statunitense, abbia in realtà favorito le *lobbies* creditizie e contribuito a indebitare la classe media, privilegiando gli uni e sfavorendo gli altri. Negli Stati Uniti questa scelta è stata facilitata

dall'assenza di un sistema di *welfare* pubblico, ed anzi proprio dalla volontà di una sua parziale compensazione. L'Italia invece aderisce ad un sistema di valori solidaristici sanciti dalla Costituzione, che condiziona l'iniziativa economica privata alla utilità sociale.

In ultima istanza, avvertiti dei rischi di abbandonare un criterio che non è solo connaturato alla nostra tradizione giuridica ma che si è storicamente accompagnato al mantenimento di determinati *standard* di solidarietà sociale, almeno in ambito europeo, dobbiamo riflettere sul mantenimento e l'implementazione di rimedi già esistenti nella normativa italiana, che sappiano accompagnare un processo di *debiasing* finanziario, di emancipazione dal bisogno economico, di liberalizzazione dell'indebitamento dovuta alla marginalizzazione della meritevolezza.

PARTE PRIMA.
DEFINIZIONE E CONTENUTO DELLA MERITEVOLEZZA
CONCORSUALE NEL DIRITTO POSITIVO VIGENTE

CAPITOLO I PROLEGOMENI

SOMMARIO: 1. Un tentativo definitorio del concetto generale di meritevolezza. 2. Peculiarità della meritevolezza concorsuale.

1. Un tentativo definitorio del concetto generale di meritevolezza. Il requisito della meritevolezza non ha mai ricevuto una definizione univoca da parte del legislatore. L'ampiezza dei contenuti e la versatilità che lo connota non ne rendono agevole la teorizzazione tanto che, per renderne con immediatezza l'indefinibilità, non esiste allo stato una voce dell'Enciclopedia giuridica che ne chiarisca definizione, contenuti, origine, fonti, applicazioni. Eppure, i suoi impieghi sono molteplici, proprio perché fondati sulla capacità di aderire plasticamente a contesti differenti. In quanto clausola immanente al diritto è stata in più ambiti introdotta per costituire una fattispecie di adattamento del precetto generale e astratto alla infinita varietà della prassi, superando il vincolo imposto "dal senso fatto palese dal significato proprio delle parole" al precetto positivo. Nel diritto penale, ad esempio, la meritevolezza rappresenta un criterio di criminalizzazione in virtù del quale una sanzione penale, concepita come *extrema ratio* per il sacrificio di diritti e libertà fondamentali che comporta, può essere applicata non in qualunque circostanza di aggressione al bene giuridico tutelato, ma solo quando raggiunga un livello di gravità tale da risultare intollerabile

(*meritevolezza della pena*)¹. Al contrario, nel diritto civile, *meritevole di tutela* ai sensi dell'art. 1322² del c.c. è quel contratto tra le parti che, pur non rispondendo allo schema legale tipico predisposto dal legislatore, sia giudicato comunque idoneo ad impegnare l'ordinamento giuridico a garanzia della sua realizzazione. Pure in situazioni giuridiche speculari (difesa di diritti superindividuali vs realizzazione di interessi soggettivi, *citoyen* vs *bourgeois*), appare evidente che ci sia uno schema che si ripete: il bilanciamento tra leve in conflitto, necessario in entrambe le circostanze, è risolto facendo ricorso al concreto atteggiarsi della condotta dell'agente. Nel primo caso la tutela di un bene giuridico di rango costituzionale presidiato dal diritto penale, resa necessaria dalla sua aggressione, deve essere bilanciata con il diritto alla integrità e libertà personale dell'offensore, messo a repentaglio dalla applicazione della pena. A risolvere il conflitto interviene la valutazione del grado di rischio al quale la condotta di chi aggredisce espone il bene giuridico. Nel secondo, al contrario, è l'autonomia nella determinazione del proprio assetto di interessi privati che deve valere (essere bilanciata con) il costo dell'attivazione della tutela giuridica. Ciò accade solo laddove, traducendosi in atto concreto, in condotta contrattuale, risponda ad una funzione giuridicamente e socialmente utile, integrando l'attuazione di diritti fondamentali². Dunque, la meritevolezza è anzitutto un utile appannaggio dell'interprete, il

¹ Tra i tanti manuali di Istituzioni di Diritto penale si segnala G. FIANDACA E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, V edizione, Bologna, 2007, p.31

² P. PERLINGIERI, *Manuale di diritto civile*, Napoli, 2000, p.408 e ss.

varco aperto alla realtà fattuale attraverso il quale introdurre all'interno del giudizio una valutazione meta-normativa, per parametrare ad essa la reazione dell'ordinamento secondo schemi preordinati.

2. *Peculiarità e natura giuridica della meritevolezza concorsuale.* Questa definizione, così generica e solo abbozzata, di criterio di adattamento della reazione dell'ordinamento alla condotta del soggetto attivo, in un contesto di conflitto tra interessi rilevanti, va poi calata in ambito concorsuale per individuarne le specificità. Qui, mentre cerca di individuare quali caratteristiche abbia il soggetto (o l'oggetto) debitore, *meritevole* di accesso ad un beneficio processuale, l'interprete è chiamato a finalizzare il giudizio alla realizzazione di principi specifici, per quanto vari, quali la libertà di iniziativa economica, la responsabilità patrimoniale, il principio di solidarietà, l'ordine pubblico, la tutela del lavoro e del risparmio, e così via. Il processo decisionale va sviluppato ponendo mente alla condotta di un agente-modello ideale, ricavato non da una casistica comportamentale ricorrente in chiave descrittiva, come pure si è affermato in dottrina³, ma da una varietà di condotte che, proprio perché estranee alla dimensione normativa, anelano a definire non tanto come il debitore mediamente *si comporti*, quanto come *debba* comportarsi. Si pensi, a titolo meramente esemplificativo, a formule

³ In questo senso, che non pare doversi favorire, si esprime l'acuta analisi di S. PACCHI PESUCCI, *Dalla meritevolezza dell'imprenditore alla meritevolezza del complesso aziendale*, Milano, 1989, p. VIII e ss.

che fanno riferimento al “buon commerciante”⁴, al “normale rischio dell’uomo di commercio”, al “debitore onesto ma sfortunato”. Si tratta, appunto, di *standards*, di modelli di riferimento comportamentale che, pur connotati da un certo grado di uniformità nella ricorrenza, sono però eletti a parametro di riferimento in quanto funzionali alla realizzazione dell’interesse ritenuto prevalente. Lo stretto legame tra la clausola e la condotta soggettiva ha, in passato, indotto la dottrina a qualificare la meritevolezza alla stregua di uno *stato soggettivo rilevante*, al pari, ad esempio, della buona fede in ambito contrattuale⁵. Si tratta di una prospettiva troppo limitante, per quanto non inesatta, dal momento che esclude tutte le circostanze in cui il parametro sia stato agganciato a elementi oggettivi⁶. Il discorso sulla natura giuridica della meritevolezza trova

⁴ *Ivi*, IX.

⁵ In G. VISINTINI, *Persona giuridica e stati soggettivi rilevanti*, in *Giurisprudenza italiana*, 1969, I, 2, c. 259, l’Autrice, nel tentativo di dimostrare l’applicabilità del giudizio di meritevolezza alle società di capitali, ne accosta la natura ai vari stati soggettivi rilevanti in sede contrattuale, come la buona fede nell’esecuzione del contratto, nella pendenza della condizione, nelle trattative, pienamente riconosciuti alle persone giuridiche. In giurisprudenza App. Bologna, 16 ottobre 1962, in *Dir. Fall*, 1962, II, p. 884.

⁶ È quanto si è storicamente verificato, ad esempio, in coincidenza della crisi della grande industria alla fine degli anni ’70. In questa fase il legislatore fallimentare ha recepito l’istanza della conservazione dell’impresa, condizionando l’applicabilità di una procedura di salvaguardia e beneficio dell’insolvente non tanto alla dignità del debitore imprenditore quanto alle potenzialità industriali ancora esprimibili dal recupero del capitale umano e produttivo, trasferendo sostanzialmente la meritevolezza, dal debitore, al complesso aziendale. Il merito di avere teorizzato per la prima volta in dottrina questo passaggio centrale va riconosciuto al saggio di STEFANIA PACCHI PESUCCI, op. cit., molto opportunamente intitolato *Dalla meritevolezza dell’imprenditore alla meritevolezza del complesso aziendale*. La formula felice, infatti, restituisce il senso del passaggio da un concetto di meritevolezza fortemente connotato da una tensione etica, emotiva, soggettiva

probabilmente la definizione più completa nel concetto di clausola generale, in riferimento a quei canoni ermeneutici non definiti né definibili, che funzionano come «organi respiratori» «nel corpo delle patrie leggi», perché «gli consentono di alimentarsi di sempre nuovo ossigeno, sì che si adattino con sufficiente elasticità e rapidità di ricambio al variare dell'atmosfera che lo circonda»⁷; strumenti interpretativi che a vario titolo attingono alla dimensione sociale - non necessariamente morale né soggettiva- per definire il precetto della norma; e ancora «finestre aperte sul divenire sociale e strumenti adeguati in mano al magistrato per sviluppare il diritto vigente senza calpestarlo»⁸. Queste sole, abbracciando tutta la gamma di sfumature alle quali il concetto si presta, possono rendere evidente il legame tra la sua mutevolezza morfologica e gli scopi ai quali è storicamente avvinto dagli interpreti.

Una ulteriore specificazione va però segnalata, a proposito di declinazione commerciale del concetto generale di meritevolezza: i soggetti sottoposti a questa lente standardizzante appartengono ad

dell'imprenditore onesto e sfortunato che ha dominato il diritto fallimentare per quasi otto secoli, ad un concetto di meritevolezza oggettivo, tecnico, che non a caso può essere proprio anche della persona giuridica. Il tema non è esclusivo dell'Autrice, essendo il fondamento di altre dense monografie formula talmente efficace ed elastica che sarà spesso invocata in questo lavoro per segnalare altri "passaggi di testimone".

⁷ Questa la celebre metafora che VITTORIO POLACCO utilizzò per definire il tema, in occasione di un Discorso presso l'Istituto Veneto di Scienze Lettere ed Arti il 24 maggio 1908, inizialmente pubblicato negli *Atti* dello stesso convegno con il titolo di *Le cabale del mondo legale* e successivamente confluito in V. POLACCO, *Opere minori*, parte I, *Problemi di Legislazione*, Università degli studi, Modena, 1928, p. 60.

⁸ P. GROSSI, *Assolutismo giuridico e Diritto Privato*, Giuffrè, Milano 1998, p.113.

un novero nutrito e la meritevolezza si atleggia variamente a seconda che si debba ricavare una regola per l'imprenditore non piccolo, per quello non fallibile o per il consumatore. La meritevolezza come diligenza media dell'imprenditore, come capacità tecnica di gestione d'impresa e come perizia nell'esatto adempimento dell'obbligazione, in ordine alla natura dell'attività svolta, è uno strumento che la dottrina conosce e maneggia da sempre e che ha avuto modo di definire e sottoporre alla prova del tempo. La diligenza del consumatore, invece, è un concetto inedito, che si eleva dal piano elementare della diligenza dell'uomo medio (almeno per i non pochi procedimenti che resteranno incardinati nel sovraindebitamento ex art. 12^{bis} della l. 3/2012, e successive integrazioni, anche dopo l'entrata in vigore della riforma organica del Codice della Crisi e dell'Insolvenza) per il riferimento alla "ragionevole prospettiva di adempimento" delle obbligazioni contratte.

A ciò si aggiunga che sempre più autorevoli opinioni di Diritto ed Economia Comportamentale ⁹ ci dipingono un agente tipo sensibilmente distante da quell'*homo oeconomicus* ¹⁰ in grado di comprendere le conseguenze dell'utilizzo di strumenti negoziali, commerciali o finanziari connotati da un alto livello di complessità tecnica, molto meno immediati di un elementare schema obbligatorio. Detta complessità è ulteriormente alimentata dalla

⁹ Al tema della *Behavioural Law and economics* sarà dato ampio spazio nella seconda parte, capitolo VI, in particolare al paragrafo 2.1

¹⁰ R. H. THALER, *Doing Economics without Homo Oeconomicus*, in *Foundations of Research in Economics: How do Economists do Economics?* Cheltenham (UK) e Northampton (USA), 1996, p. 227 e ss

necessità, per il consumatore, di scontare rilevanti asimmetrie informative in contesti contrattuali largamente standardizzati, nei quali non solo la rappresentazione della volontà dei singoli, ma anche la partecipazione alla definizione degli assetti di interesse sono fortemente ridotte e accentuate da un modesto potere contrattuale. C'è poi un ultimo piano sul quale la meritevolezza concorsuale segnala una differenza. Come si avrà modo di precisare, oltre a rivelarsi fondamentale dal punto di vista strettamente individuale - come è lecito attendersi da un criterio processuale che è evocato specificamente per la soluzione di una controversia tra debitore e creditori- essa ha mostrato una diversa ed ulteriore efficacia superindividuale in grado di incidere, considerato un piano aggregato e macroeconomico, su leve di portata collettiva di incentivo o inibizione del consumo, di determinazione dei tassi di credito o di salvaguardia del patrimonio produttivo o della forza lavoro della quale, spesso, non si considera pienamente la portata *de iure condendo*.

Pure se semplicemente abbozzato, è sulla vaghezza di questo nucleo essenziale che, nella trattazione successiva, si struttureranno specificazioni anche connotate da un alto grado di elementi tecnici.

CAPITOLO II

UN CONTRIBUTO ALLA RICOSTRUZIONE STORICA DEL CANONE DELLA MERITEVOLEZZA.

SOMMARIO: A. 1. Premessa. Meritevolezza e legge fallimentare. - 1.1. Meritevolezza come dignità fuori dal fallimento. La retorica del beneficio per il debitore “onesto e sfortunato”. 1.1.1. Origini: credito, sanzioni e capitale reputazionale: genesi dell’etica commerciale. 1.1.3. L’emersione di una figura indispensabile: il mercante onesto ma sfortunato. 2. La meritevolezza nella legge fallimentare.

1.Premessa. Meritevolezza e legge fallimentare.

Per valutare le mutazioni subite dalle procedure concorsuali e, parallelamente, dal criterio della meritevolezza, è necessario assumere un riferimento cronologico iniziale che possa considerarsi contemporaneo, per quanto risalente, di modo che la ponderazione risulti l’efficace raffronto tra *l’alfa* e *l’omega* di un diritto positivo ancora cogente, e non una mera operazione di ricerca storiografica. Questo riferimento non può che essere rappresentato dal diritto concorsuale del Novecento e la ragione è presto detta: se l’adesione ad un paradigma concorsuale diverso e l’introduzione di principi generali inediti si avrà nei primi anni del 2000, con un deciso rimaneggiamento delle consuete procedure prima e con l’emanazione di un codice nuovo poi, il secolo scorso merita una trattazione a sé per aver prodotto una legge fallimentare tanto longeva e stabile da avere resistito alle torsioni e agli attriti cui è stata sottoposta dall’inquieto panorama economico, finanziario e sociale

del Secolo Breve". È appena il caso di sottolineare, infatti, che in quanto rivolte alla soluzione di problemi di natura economico-finanziaria, le procedure concorsuali mutano normalmente in corrispondenza di grandi crisi o di eventi economici epocali. Il Novecento, italiano e mondiale, non può certo definirsi un secolo avulso da tumulti e profondi cambi di scenario¹², nel passaggio attraverso i due conflitti mondiali che trasforma il modello economico borghese e liberale nel corporativismo fascista, che muta il *boom* economico e industriale in continui cicli recessivi, lo sviluppo incalzante del processo di integrazione europea in globalizzazione dei mercati, o il sistema di cambi fissi delle valute internazionali nell'adozione di una divisa monetaria unica europea con profondi risvolti inflazionistici, fino alle metamorfosi imposte da un progressivo sviluppo della tecnologia che ha globalizzato la finanza speculativa e trasformato la circolazione monetaria in un meccanismo sempre più istantaneo e avulso dal substrato materiale, da riserve reali e da confini nazionali. Non di meno, fino al volgere del secolo successivo, il Regio Decreto 267 del 16 marzo 1942 ha offerto un argine all'insolvenza commerciale, fornendo un presidio a vecchie e nuove esigenze di tutela con gli arnesi di sempre. Per ottenere questo risultato mantenendo, formalmente, pressoché

¹¹ E. HOBSBAWM, *Il Secolo Breve. 1914 – 1991: l'età dei cataclismi*, Biblioteca Universale Rizzoli, 1994, p. 1 e ss.

¹² V. ZAMAGNI, *Dalla rivoluzione industriale all'integrazione europea: breve storia economica dell'Europa contemporanea*, Bologna 1999; ID. *Introduzione alla storia economica d'Italia*, Bologna 2005; ID. *L'economia italiana nell'età della globalizzazione*, Bologna 2018.

inalterata l'impalcatura processuale, il diritto concorsuale ha avuto bisogno di clausole di elasticità in grado di garantire ricambio e adattamento. Con la sua indeterminatezza, i suoi vaghi richiami a una dimensione talvolta soggettiva e moraleggiante, tal altra tecnica, la meritevolezza ha costituito, appunto, una importante valvola attraverso la quale immettere in un sistema rigido e autoconclusivo ragioni e interessi alieni rispetto al progetto originario. Come risulterà evidente nei successivi paragrafi, attraverso la remissione agli interpreti dell'apprezzamento discrezionale della sua estensione e del suo contenuto, la meritevolezza ha permesso di asservire di volta in volta le procedure alla realizzazione di effetti giuridici ora individuali -debitori-, ora corporativi -creditori- ora collettivi o superindividuali.

Se il dispiegarsi della sua varietà e dei suoi colori è, come detto, interamente contenuto nella legge fallimentare, non è d'altro canto possibile ignorare le condizioni ambientali all'interno delle quali il concetto nasce e si sviluppa fino alla sua più risolta formulazione contemporanea, senza restituire un quadro incompleto e miope delle attuali prospettive e di quelle future. La meritevolezza, infatti, ha cambiato connotati con il mutare delle procedure delle quali ha costituito il presupposto.

1.1. *Meritevolezza come dignità fuori dal fallimento. La retorica del beneficio al debitore “onesto ma sfortunato”.* Il concetto di meritevolezza nasce specificamente al di fuori del perimetro fallimentare. Non potrebbe essere altrimenti considerando che esso rappresenta, giova

ricordarlo, l'insieme dei requisiti soggettivi che un individuo deve possedere per sottrarsi alla procedura liquidatoria. Ma questo assetto, che determina una efficacia procedimentale mutualmente esclusiva dei due istituti, che pone la meritevolezza agli antipodi del fallimento in una relazione di sanzione e suo antidoto, non è il risultato di uno sviluppo casuale. Esso si giustifica pienamente considerando il contesto di emersione delle fattispecie, lo sviluppo subito nel tempo e gli interessi storicamente serviti dall'una e dall'altro.

È noto che la procedura originariamente prevista dalla legge fallimentare, per lungo tempo vigente, oltre alle già di per sé gravi conseguenze disgregative sul piano patrimoniale, fosse corredata da effetti personali per il fallito particolarmente gravosi, consistenti in una serie di incapacità personali molto penalizzanti: alcuni limiti incisivi a diritti civili di rango costituzionale quali il segreto epistolare (art. 48 l.f.) o la libertà di movimento (art. 49 l.f.); limiti alle capacità civili del fallito consistenti nella impossibilità di esercizio di alcune funzioni di responsabilità o rappresentanza commerciale (amministratore, sindaco, revisore o liquidatore di società) o civili (tutore, arbitro o notaio) o limiti alla iscrizione in albi professionali (avvocati, dottori commercialisti)¹³, tutti ulteriormente aggravati dalla permanenza degli effetti fino alla cancellazione dal registro dei falliti ben oltre la chiusura della procedura. Da ultimo la combinazione di

¹³ In particolare, sulle incapacità civili, G.U. TEDESCHI, *Il patrimonio fallimentare. Gli effetti personali. Gli atti pregiudizievoli ai creditori. I rapporti giuridici preesistenti*, in *Trattato di Diritto privato*, a cura di P. RESCIGNO, vol. XVI, II, Utet, 2011, p. 73

incapacità politiche, che ha sempre reso particolarmente evidente l'intento infamante e punitivo della procedura fallimentare, perché funzionalmente molto distante sia dalla *par condicio creditorum* che da fattispecie attinenti all'esercizio di attività di impresa, costituita dalla perdita dell'elettorato attivo e passivo e dalla interdizione dai pubblici uffici.

Al rigore di questo apparato sanzionatorio hanno fatto da contrappunto quelle procedure -cosiddette minori- che, posseduti stringenti requisiti soggettivi ed oggettivi, hanno ammesso l'imprenditore in crisi ad un regime di prevenzione del fallimento: concordato preventivo e amministrazione controllata. Ed è proprio nell'originaria trama testuale dell'art. 181, n. 4 l. fall. (e secondo la dottrina prevalente, indirettamente, anche nell'art. 160, n.3, nella precedente fase di accoglimento della domanda) che il concetto di meritevolezza fa il suo compiuto debutto¹⁴. Da un lato, nel fallimento, la procedura è dominata dalla terzietà di un giudice insensibile a qualunque gradazione della responsabilità nel dissesto, con l'unico intento di realizzare una liquidazione patrimoniale a garanzia della *par condicio*; dall'altro, nel nome della medesima soddisfazione dei creditori ma attraverso il loro consenso, ora è possibile una apertura alla valutazione del contributo causale alla crisi con il richiamo alla

¹⁴ Alcuni prodromi si erano avuti, nella legislazione dell'Italia unita, con l'istituto della moratoria e con la L. 3 del 1903. Già in quest'ultima sede, come si avrà modo di sottolineare, la meritevolezza giocherà un ruolo fondamentale nel contesto storico di riferimento per esaltare la contrapposizione tra l'irrepreensibile severità del procedimento fallimentare e il varco aperto alla dimensione soggettiva della crisi commerciale.

dimensione etica della condotta, come accesso ad effetti dilatori, remissori o di cessione dei beni. Liquidazione giudiziale contro concordato, responsabilità oggettiva contro merito, spossessamento e disgregazione contro conservazione all'imprenditore in crisi: chiaroscuri che hanno una eco lontana nel processo di formazione delle procedure stesse, che è indispensabile indagare per coglierne il dinamismo.

1.1.1. *Origini: credito, sanzioni e capitale reputazionale: genesi dell'etica commerciale.* Superati i significativi antecedenti di epoca romana¹⁵, il fallimento è messo pienamente a punto a presidio di interessi corporativi, da una *universitas mercatorum* in forte ascesa negli Stati italiani di Età Intermedia. L'Arte dei mercanti, che insieme alle altre corporazioni assomma i maggiorenti espressi dalle nuove *élite* cittadine, ha raggiunto un tale potere politico ed economico da riuscire, da un lato, ad organizzare un proprio sistema di regole che risponda con maggiore pragmaticità e celerità rispetto allo schematismo rigido del *ius civile* alle istanze che insorgono nella prassi mercantile, dall'altro ad istituire proprie corti dotate di

¹⁵ Per la più compiuta ricostruzione delle origini romanistiche dell'istituto, non universalmente accettate in dottrina, si veda soprattutto A. ROCCO, *Il Fallimento*, Bocca, Milano Torino Roma, 1917, p. 131 e ss. Più recentemente, sia consentito rimandare a N. IEZZI, *Quanto del mercato può dirci il suo fallimento*, in *Economia e diritto dei mercati nello spazio europeo*, a cura di A. CANTARO, 2018, Cisalpino Monduzzi, pp. 190 e ss. e alla bibliografia ivi contenuta. Contra, molto autorevolmente, U. SANTARELLI, *Per la storia del fallimento nelle legislazioni italiane dell'Età intermedia*, CEDAM, Padova, 1964, p. 23 e ss., V. PIERGIOVANNI, *Riflessioni della scienza commercialistica sul fallimento tra Medioevo ed Età Moderna*, in *La giurisdizione fallimentare. Modelli dottrinali e prassi locali tra basso medioevo ed Età moderna*, a cura di A. LEGNANI ANNICHINI E N. SARTI, BUP, Bologna, 2010, p. 21 e ss.

autonoma giurisdizione. La risposta sanzionatoria che l'istituto di nuovo conio contrappone al dissesto del mercante, che asseconda questo slancio di autoconservazione, è severa fino alle più estreme conseguenze, poiché è essenziale garantire la fiducia di chi detiene i capitali finanziari nel sistema del credito, affinché il delicato equilibrio¹⁶ che ne garantisce l'afflusso all'impresa non sia turbato. GIUSEPPE ZANARONE, nel suo saggio sulla meritevolezza, affresca in questi termini la genesi della procedura fallimentare: «In quest'epoca, contrassegnata da una endemica scarsità di denaro, le possibilità di sopravvivenza e di espansione del proprio ceto erano state concepite dai *mercatores* come strettamente legate alla più intransigente tutela del credito, spinta fino alle forme più istericamente vendicatorie delle pene infamanti»¹⁷. Al fenomeno dell'insolvenza e alle sue potenzialità destabilizzanti sul piano economico, in effetti, l'ordinamento medievale riconnette un tale grado di antiggiuridicità e disfavore da reagire con un duplice ordine di conseguenze profondamente afflittive¹⁸.

¹⁶ Sulla scarsità delle risorse disponibili alla iniziativa economica privata e sul loro alto costo Pecorella e Gualazzini fondano una delle ragioni giustificative per l'adozione di procedure «sommarie o sommarissime» da parte di chi, aderendo ad un ente corporativo, ne abbracciava non solo le tecniche produttive ma anche la speciale giurisdizione, che nel tempo finirà per costituire l'intera disciplina del fallimento nello *ius proprium*, in C. PECORELLA E U. GUALAZZINI, voce *Fallimento*, in *Enciclopedia del Diritto*, XVI, Giuffrè, Milano, 1967, p. 224. Sullo stesso tema C. M. CIPOLLA, *Storia economica dell'Europa preindustriale*, Mulino, Milano, 1974, pp. 245 e ss.

¹⁷ G. ZANARONE, *Il requisito della "meritevolezza" nel concordato preventivo di società*, Milano, 1974, p. 54 e ss.

¹⁸ La dottrina prevalente è, a questo proposito, ormai unanimemente concorde nell'assegnare una natura penale al fallimento delle origini. A. LATTES, *Il diritto*

Da un lato, all'esito di un accertamento processuale che non si fa scrupoli di ricorrere alla tortura¹⁹ o a strumenti cautelari quali l'arresto del debitore²⁰ (e dei suoi familiari²¹, spesso anche ad opera degli stessi creditori²²), sono comminate *pene* vere e proprie, nel senso che al *crimen publicum*, al delitto contro lo stato, corrisponde una sanzione penale che ha, quale unico presupposto, la mera insolvenza. Essa può manifestarsi e rendersi evidente con la fuga o l'assenza del debitore al momento dell'adempimento²³, a prescindere dalla dimensione causale del dissesto e dall'intento fraudolento che, in ogni caso, si presume *iuris et de iure*. Quando non assumono le forme più drastiche²⁴, le pene consistono nell'allontanamento del reo

commerciale nella legislazione statutaria delle città italiane, Hoepli, Milano, 1884, p. 318 e ss.; ROCCO, *Il fallimento*, op. cit., p. 196 e ss.; U. SANTARELLI, *Per la storia del fallimento nelle legislazioni italiane dell'Età intermedia*, op. cit. p. 118 e ss. In questa ricostruzione, in particolare, l'autore deduce l'elemento penalistico non solo dal complessivo quadro sanzionatorio e repressivo, ma anche dallo studio delle fonti statutarie, che associano la decozione al furto, all'indebito godimento di effetti altrui (Firenze Capitano 1322, *Lib. II, XLVIII De fugitivis et cessantibus cum pecunia aliena*)

¹⁹ P. FIORELLI, *La tortura giudiziaria nel diritto comune*, vol. I, Giuffrè, Milano, 1953, *passim*.

²⁰ *Ivi*, p. 35 e ss. In particolare, l'A. mostra come l'arresto sia un mezzo per coartare la volontà dell'insolvente e convincerlo a pagare più che uno strumento afflittivo.

²¹ U. SANTARELLI, *Per la storia*, p. 141 e ss.

²² *Ivi*, p. 136, sulla natura pubblica della funzione e in evidente contrasto con l'autotutela di tipo romanistico legata alla *manus iniectio*.

²³ Di qui l'assimilazione del fallimento al furto, considerato una sua declinazione per il fatto di essere risolversi nell'indebito godimento di utilità altrui, e forse la radice della sua valutazione in chiave penalistica.

²⁴ Un esempio è rappresentato dalle *Constitutiones Domini Mediolanensis*: a discrezione delle autorità, il debitore che con il proprio fallimento avesse violato la pubblica fede poteva, ancora nella Milano del 1541 essere avviato alla pena capitale o alla schiavitù nella flotta ducale. "*furcis suspendatur vel ad triremes perpetuo mittatur*", in *Lib. V De Officio Abbatum et Consulium Mercatorum Mediolani*, c. 107

dal consesso civile attraverso il *bannum*, che si specifica, talvolta, nella privazione della cittadinanza²⁵, nell'impossibilità di attivare pretese giuridiche (fare testamento, testimoniare)²⁶ e nella perdita del diritto ad essere rappresentati e difesi in giudizio²⁷; dall'altro alcune *capitis deminutiones*, ovvero limitazioni delle capacità civili del fallito, diverse dalle sanzioni penali perché maggiormente caratterizzate da un tratto personale. Le misure non sono uniformi, dal momento che ogni statuto adotta la propria a livello locale, ma sono tutte caratterizzate da un tratto comune che consiste in quel furore vendicativo al quale accenna Zanarone: perdita della *nobilitas* e di ogni ufficio, beneficio e onore²⁸; imposizione di austerità nella immagine pubblica con il divieto di ostentazione di agio, abiti preziosi o gioielli per il fallito e la consorte²⁹; divieto di esercitare la mercatura o altra attività artigiana e conseguente espulsione dall'Arte; a garanzia della pubblicità, annotazione delle generalità del *ruptus* in appositi registri pubblici, localmente con corredo di pittura infamante delle sembianze, in modo che la notizia della esecrazione del fallito così identificato raggiunga anche chi non è in grado di leggere. Se da un lato questi provvedimenti mostrano quanto sia speculare la relazione tra l'antisocialità della condotta e la socialità

²⁵ UMBERTO SANTARELLI, *Mercanti e società tra Mercanti*, Giappichelli, Torino, 1998, III ed., p. 75.

²⁶ ALARICO BARBAGLI, *Profili giuridici del fallimento nel pensiero giuridico dei commentatori*, Giappichelli, Torino, p. 66.

²⁷ UMBERTO SANTARELLI, *Per la storia del fallimento nelle legislazioni italiane dell'Età intermedia* p. 124 e ss.; e ID, *Mercanti*, 75 e ss.

²⁸ UMBERTO SANTARELLI, *Per la storia*, p. 129.

²⁹ *Ivi*, p. 130.

della sanzione, tra fede violata e infamia, tra tutela del *creditum* - letteralmente ciò che è creduto, ciò che gode di affidamento, di fiducia- e presunzione di malafede, tra diritto ed etica mercantile, dall'altro essi evidenziano pure quanto siano interconnessi il piano sociale, economico e giuridico. La fortissima connotazione legata allo *status* e al ruolo dell'individuo nella collettività prova che, a presidio della integrità dei traffici commerciali e dell'etica che deve connotarne l'esercizio, non milita la sola indefettibilità della risposta sanzionatoria propriamente penale, ma anche la minaccia che incombe sulla integrità reputazionale degli individui, dalla quale dipende l'accesso al credito ma ancora più incisivamente, la stessa sopravvivenza. La preservazione dello *status quo* è dunque affidata non solo all'efficacia deterrente della pena, ma anche alla rovina di chi, preceduto dalla propria cattiva fama, è emarginato da ogni circuito sociale ed economico-finanziario³⁰.

In questo contesto di cieco ed oggettivo automatismo, di attribuzione della responsabilità penale a fronte della mera combinazione di indebitamento e irreperibilità³¹, non c'è spazio non solo per una

³⁰ F. MIGLIORINO, *Mysteria concursus. Itinerari premoderni del diritto commerciale*, p. 116 e ss.; ID, *Fama e infamia. Problemi della società medievale nel pensiero giuridico dei secoli XII e XIII*, Catania, 1985, *passim*

³¹ Questo impianto si deve inizialmente alla dottrina giuridica dei Commentatori tra Due e Trecento. BARTOLO DA SASSOFERRATO teorizza e consiglia l'uso delle presunzioni legali dell'*animus fraudandi*, non altrimenti accertabile, alla presenza di alcuni indici rivelatori quali la fuga o la contumacia. Dopo di lui l'allievo perugino Baldo degli Ubaldi sarà il celebre autore del brocardo "*fallitus ergo fraudator*" e "*falliti sunt faciles ad mentiendum..., quia sunt infames, et infamissimi*", in BALDI UBALDI PERUSINI, *Consiliorum sive responsorum Volumen Quintum, Venetiis, Apud Hieronymum Polum*, 1575, 382, n. 19-20, f. 98v e 400, n. 3, f. 104r. Per la ricchezza della

distinzione tra atteggiamenti psichici o soggettivi del debitore, ma neanche per la delimitazione di un perimetro di esenzione dalle pene, per un sindacato di meritevolezza, perché la tutela del credito e la tenuta del sistema economico richiedono la più ferma intransigenza. A conferma della regola stanno due istituti che, ad una osservazione superficiale potrebbero apparirne una eccezione: il salvacondotto e la cessione dei beni.

Il primo è esplicitamente uno strumento *pro favore et commodo creditorum*³² dal momento che, anche laddove ci fosse una maggioritaria e concorde volontà transattiva in funzione dilatoria o remissoria, le norme di contenimento delle libertà personali del fallito sarebbero di ostacolo alle trattative e agli adempimenti. Ed è al solo scopo di favorire il miglior interesse creditorio che l'efficacia di quelle stesse norme può essere sospesa ogni volta che diventino un limite alla sua miglior realizzazione. Spetta infatti ai creditori la valutazione sulla sospensione dei loro effetti, per quanto l'ordine debba poi promanare dall'autorità quasi ovunque nella penisola³³.

ricostruzione del quadro delle fonti si veda A. BARBAGLI, *Profili giuridici*, op. cit., p. 61 ss. Per i presupposti del fallimento e la relazione tra gli elementi individuati - insolvenza e fuga - si rimanda alla imprescindibile trattazione di U. SANTARELLI, *Per la storia*, p.47 e ss.

³² Ivi, p. 283, ma con riferimento al concordato del quale, del resto, il salvacondotto è una condizione di procedibilità. *Contra*, in posizione minoritaria, Rocco, *Il Fallimento*, op. cit. p. 215, nt. 1, il quale spiega il sorgere degli istituti concordatari -che per l'autore, al contrario del fallimento di derivazione romanistica, sono un prodotto della consuetudine medievale- con il senso di umanità suscitato dal grande rigore dell'apparato sanzionatorio penale del fallimento, citando gli Statuti di Brescia e Ravenna: "*Volentibus humanitatibus hominum subvenire, qui propter debito a creditoribus suis vexantur et non habentes unde solvant oportet in carceres intrare et sic miserrimam vitam ducere...*", in *Statuti di Ravenna*, rub. LVI

³³ SANTARELLI, *Per la storia*, op. cit., p. 286 e ss.

Il secondo istituto emblematico è la *cessio bonorum*³⁴. Essa non comporta infamia né *capitis deminutiones* dal momento che, nell'invocarla, il debitore confessa la propria impotenza, ponendo i propri beni nella disponibilità dei creditori e rendendo, quindi, superfluo l'uso di uno strumento esecutivo, di un bando³⁵ o di una sentenza capitale. Per questa ragione il debitore non perde le sue prerogative civiche, non è sottoposto ad arresti cautelari e resta libero di tornare all'attività commerciale sgravato da debiti residui (salva maggior fortuna). Lungi dall'essere solo benefico, però, questo effetto esdebitativo comporta gravi conseguenza. Sulla procedura si assommano, infatti, superstizioni cabalistiche³⁶, riti allegorici,

³⁴ In C. PECORELLA E U. GUALAZZINI, *Fallimento*, op. cit., p. 224 la *cessio bonorum* è un istituto più antico del fallimento e mai da questo soppiantato che resta, insieme con con la *datio in solutum*, un mezzo vitale di recupero dei crediti, ereditato dalla tradizione romanistica.

³⁵ Densa di implicazioni la ricostruzione romanistica dell'istituto in ALFREDO ROCCO, a mente della quale la *cessio* non comporta l'infamia che invece caratterizza il procedimento di *bonorum venditio*, per il fatto di implicare una finzione giuridica di morte del debitore in modo da consentire al suo erede la gestione dell'incanto dei beni. Secondo l'Autore alla *cessio* può imputarsi il merito di aver trasformato la procedura, da esecuzione diretta al soddisfacimento specifico per opera del debitore, in esecuzione diretta al soddisfacimento per equivalente sul patrimonio. In A. ROCCO, *Il fallimento*, op. cit., p. 168 e ss., in particolare 171. Il presupposto in virtù del quale, nell'Età intermedia, sia superflua l'applicazione di misure personali o penali, non risiede più nella necessaria *fictio* di morte civile, quanto nel fatto che il cessante non si sottragga alla esecuzione con la fuga e metta a disposizione della massa l'intero suo patrimonio, tanto che l'individuo resta libero di praticare la mercatura e di intessere relazioni commerciali purché a fronte di determinate precauzioni.

³⁶ G. BEDONI, *La pietra del vituperio a Modena durante il Medioevo*, in *Atti e memorie della Deputazione di Storia Patria per le Antiche Province Modenesi*, ser. XI, VI, 1984, p. 93

ludibrio, pubblica umiliazione³⁷, ovvero il più alto grado di quell'isteria vendicativa a cui lo Zanarone faceva riferimento: «il cedente veniva costretto a compiere la cessione dei beni sulla pubblica piazza, o nel luogo dove si teneva il consiglio o nel tribunale, acculattando³⁸ ripetutamente, a suon di tromba, scalzo e

³⁷ G. B. PORTALE, *Dalla pietra del vituperio alle nuove concezioni del fallimento e delle altre procedure concorsuali*, in *Autonomia negoziale e crisi d'impresa*, a cura di F. DI MARZIO e F. MACARIO, Giuffrè, Milano, 2010, p. 9 e ss.;

³⁸ L'atto di *acculattare*, declinato in numerosissime varianti locali per mezzo di colonne, lastroni, pietre o berline, è definito il "Gastigo a coloro, i quali fallivano o ripudiavano per atto solenne l'eredità paterna, con farli battere le parti deretane ignude o posarle tre volte sopra un petrone, in Modena unto di trementina" in G. REZASCO, *Dizionario del linguaggio italiano storico ed amministrativo*, Firenze, 1881, voce "Acculattata". L'usanza modenese della aspersione di trementina, oltre a costituire quel *quid pluris* di crudele tormento del debitore, dà la misura del carico simbolico del rito e della sua funzione epurativa, «per attaccare saldamente alla lapide i "fiati animali" espulsi dal cedente, affinché non andassero ad inquinare l'aria e ad infettare il popolo presente», in BEDONI, *La pietra*, op. cit., 93. L'impronta di ludibrio, stigma, superstizione, il grave scandalo, il turbamento, devono avere inciso a tal punto la coscienza collettiva che, ancora oggi, nel linguaggio gergale, molte espressioni legate alla rovina e alla disgrazia economica ne contengono una viva eco. Tra le altre "essere la pietra dello scandalo", "avere il culo a terra", "essere al verde", "essere in braghe di tela" o "in mutande", "andare ad Aramengo", in M. QUARTU, E. ROSSI, *Dizionario dei modi di dire*, Hoepli, Milano, 2012. Per la particolare levatura della fonte merita una menzione a sé lo "Schiaffance sso naso a Napole", che GIOVAN BATTISTA BASILE, *Lo cunto de li cunti*, Einaudi, Milano 1976 p. 200., inserisce nella fiaba *Lo compare*, in *Seconna lornata*, X. La versione tradotta e commentata da BENEDETTO CROCE, *Il Pentamerone, ossia la fiaba delle fiabe tradotta dall'antico dialetto napoletano e corredata di note storiche*, Laterza, Bari, 1925, c. 466 e 467, spiega con garbata malizia che il naso "sostituisce un'altra parola". Riferendosi al rito che si svolgeva per i debitori presso la colonnina della Vicaria, CROCE riporta, come nota folkloristica, il verso scanzonato col quale i napoletani sollevano sferzare i debitori che, abbracciati alla colonna, esponevano "ai riguardanti le [...] parti deretane": "Colonna mia aggarbata, lo m'aggio fatto li diébbete e tu me l'hai pavate". Dalla stessa indicazione bibliografica del CROCE è possibile risalire ulteriormente alla Prammatica del 1586, del Duca di Osuna, la quale prescriveva l'obbligo di "portare sul cappello un velo o bambacigno verde posto in croce all'uso de' Preti Greci, ponendo pena a quei che non havessero

seminudo o anche nudo affatto, la pietra del vituperio con dire *cedo bonis* [...]Dopo di che in molti luoghi gli era imposto di portare perpetuamente un berretto giallo, verde o cilestro; cosicché, venendo colto senza di esso da uno dei suoi creditori perdeva i vantaggi della cessione e poteva venir tradotto in prigione, a Roma e Napoli persino essere dannato alla fustigazione e alla galera»³⁹.

Come si vede, entrambi gli istituti permettono la sospensione o la limitazione degli effetti penali e personali del fallimento, ma non sono preordinati a mitigarne la rudezza né a valutare il merito del debitore: la funzione unica resta quella di asservire la reazione statale all'interesse privato dei creditori, «sublimato al rango di interesse pubblico»⁴⁰.

1.1.2. *L'emersione di una figura indispensabile: il mercante onesto ma sfortunato.* Se, in generale, nell'Italia tardomedievale la disciplina del fallimento si sviluppa nel segno dell'estremo rigore e della realizzazione degli interessi creditori, c'è almeno un luogo dove questo sviluppo segue un andamento proprio, in «antitesi diametricale»⁴¹: la Repubblica di Venezia⁴². Qui, a dispetto di una politica legislativa uniforme al resto della penisola negli scopi

obedito il detto ordine di cinque anni di galera”, in S. GUERRA, *Diurnali*, a cura di G. DE MONTEMAYOR, 1891, Napoli, p. 41.

³⁹ A. PERTILE, *Storia del diritto italiano*, VI-II, Torino, 1902, p. 385., e *supra* nt. 37 per i dettagli sulla procedura napoletana.

⁴⁰ U. SANTARELLI, *Mercanti*, op. cit. p. 102.

⁴¹ *Ivi*, p. 104.

⁴² I. G. CASSANDRO, *Le rappresaglie e il fallimento a Venezia nei secoli XIII-XVI con documenti inediti*, Torino, 1938;

perseguiti e nelle procedure⁴³, una prassi a stento governata dal legislatore persegue ostinatamente una soluzione negoziale dell'insolvenza (che i veneziani chiamano *accordi*), concedendo con larghezza e con l'attiva partecipazione della magistratura preposta⁴⁴ fide (l'equivalente del salvacondotto) al debitore, anche fuggitivo⁴⁵, al solo prodursi di alcuni basilari adempimenti relativi alle scritture contabili. Stabilendo, questa prassi, condizioni più benevole per i falliti, si ingenera a Venezia, prima che altrove, l'esigenza di escludere dal beneficio «chi con atti di frode avesse mostrato di non meritarsi»⁴⁶, ovvero il bisogno, espressamente dichiarato da norme apicali dell'ordinamento veneziano⁴⁷, di un *giudizio di meritevolezza* basato sull'atteggiamento soggettivo del debitore. Per questa via il

⁴³ CASSANDRO, op. cit., p. 98e ss.; *contra* A. LATTES, *Il fallimento nel diritto comune e nella legislazione finanziaria della Repubblica di Venezia*, Visentin, Venezia, 1880, pp. 12 e ss.

⁴⁴ Una norma del tardo Trecento, sulla quale infra, ntt. 48 e 53, stabilisce l'obbligo morale per i Sopraconsoli di facilitare con ogni mezzo ("*toto sue posse*") la formazione di una volontà concorde tra fallito e creditori, anche oltre la naturale scadenza della fida. Se ne legge in SANTARELLI, *Per la storia*, op. cit., p. 294.

⁴⁵ CASSANDRO, op. cit., p. 95 e ss., in particolare 96 e 114, dove l'Autore avverte non solo che la fuga poteva anche essere in potenza, ventilata quale mera *fama suspicionis*, ma anche che col tempo il titolo di *fugitivus*, divenne utile a designare la maggiore o minore solvibilità, a prescindere dal fatto della fuga.

⁴⁶ *Ivi*, p. 114.

⁴⁷ Su tutte, la fondamentale Parte della deliberazione del Maggior Consiglio di Venezia, datata 28 marzo 1395, parte *Liber Leona*, cc. 77, t. 78, e trascritta dal CASSANDRO, op. cit., p. 149, la quale, al ricorrere delle malizie dei fuggitivi che si allontanano da Venezia "*cum avere bonis aliorum in detrimentum et damnum gravissimum creditorum suorum et suarum familiarum*", esorta gli ufficiali deputati al governo della procedura cognitiva, i Sopraconsoli, a imparare a fondo distinguere coloro che fuggono "*maliciose et fraudolenter*" da coloro che sono costretti a fuggire, "*adversitate fortune*".

fallito con dolo è il solo al quale accordi e fide sono negati,⁴⁸ il cui fallimento si risolve in una vendita all'incanto dei beni mobili e immobili ⁴⁹ e al quale sono applicate misure personali ⁵⁰ e penali ⁵¹ mentre il dolo può essere escluso semplicemente presentando scritture contabili veritiere⁵².

La singolarità dell'ordinamento giuridico veneziano ⁵³, «la sua posizione *exclave* rispetto alla cultura giuridica italiana cresciuta nel

⁴⁸ CASSANDRO, op. cit., p 114, dove “Così solo nel caso del fallito con dolo, caso che fu, poi, per l'abilità dei debitori insolventi, per la longanimità degli ufficiali competenti, per la difficoltà di raggiungere la prova della frode e per la spinta irresistibile della pratica, assai raro...”.

⁴⁹ *Ivi*, p. 111

⁵⁰ *Ivi*, p. 98 e 99. Come elemento di peculiarità veneziana si può richiamare il differente trattamento riservato a nobili e *populares*: per i primi era prevista la perdita dell'elettorato passivo alle cariche comunali, per i secondi una interdizione anche da San Marco e Rialto, il che equivaleva ad escluderli dal commercio e dalla difesa dei propri diritti, fino a integrale pagamento del debito.

⁵¹ *Ivi*, p. 98.

⁵² La stessa, fondamentale deliberazione del Maggior Consiglio di Venezia di cui alle ntt. 45 e 48, datata 28 marzo 1395, parte *Liber Leona*, cc. 77, t. 78, definisce fuggitivo fraudolento colui il quale non abbia depositato, entro cinque giorni dalla fuga, presso l'Ufficio dei Sopraconsoli, “*veros et rectos quaternos et scripturas omnium suarum rationum ac computorum ac integraliter omnia bona sua, que per quemcumque modum fuerint in suo arbitrio et potestate possendi facere presentari...*”. Chi ottempera questo onere è invece considerato *fugitivus* “*ex sola impossibilitate et non fraudolenter nec fecte usurpandum bona aliena*”. È possibile consultare la scansione digitale dell'originale, trascritta integralmente dal CASSANDRO, op. cit., p. 114 e soprattutto 149, presso il sito dell'Archivio di Stato di Venezia, <http://www.archiviodistatovenetia.it/divenire/ua.htm?idUa=33>.

⁵³ G. ZORDAN, *L'ordinamento giuridico veneziano - lezioni di storia del diritto veneziano*, Padova, 1980, *passim* ma in particolare, sulla necessità di una ‘storia del diritto veneziano’, p. 5. Di “spiccata insularità” parla SANTARELLI, *Mercanti*, op. cit., p. 105, nt. 116 offrendo, quale ragione giustificativa della singolarità della politica concorsuale incline ad un orientamento più favorevole al debitore, “l'ipotesi che a Venezia più che altrove un fallimento potesse essere la conseguenza d'uno sfortunato viaggio per mare o – comunque- connesso a infortuni di mercatura transmarina”. A queste ragioni LORENZO STANGHELLINI, *Genesi e logica della legge*

segno del diritto comune»⁵⁴ non fanno ancora di questa prima e precocissima manifestazione di *favor debitoris* un tratto universale dell'intero sistema giuridico fallimentare⁵⁵. Altri eventi, nel volgere del Quattrocento e oltre, congiureranno affinché questo processo prenda avvio. Il passaggio dai Comuni alle Signorie è, ad esempio, il primo fattore a scatenare il cambiamento: il potere non è più una diretta emanazione mercantile e non è un caso che proprio nella tradizione concorsuale lombarda, caratterizzata da un approccio particolarmente punitivo, sia introdotta una norma che, mentre vuole colpire con maggior rigore chi intenzionalmente frodi i creditori, ottiene di differenziare il trattamento dei falliti in base al nesso psichico di intenzionalità della condotta, ovvero di superare

fallimentare del 1942, in *La cultura negli anni '30*, a cura di Giuseppe Morbidelli, Passigli, Firenze, 2014, aggiunge «il successo dell'economia [...], la diffusione dell'imprenditorialità, la percezione del valore dell'assunzione del rischio come necessario ingrediente di un'economia vitale e la consapevolezza dell'ineludibilità del rischio d'insolvenza», che hanno «contribuito ad un atteggiamento della legislazione veneziana significativamente diverso da quello delle legislazioni di altre città, e rispetto a queste più moderno»

⁵⁴ K. NEHLSSEN VON STRYK, *lus commune, consuetudo e arbitrium iudicis nella prassi giudiziaria veneziana*, in *Quaderni del Centro Tedesco di Studi Veneziani*, XXXI, Venezia, 1985, p. 107 e ss.

⁵⁵ Singolarità ulteriormente testimoniata dai contrasti insorti tra veneziani e le città lombarde poste sotto il loro protettorato. Non è escluso che fu proprio l'incontro tra la tradizione concorsuale veneziana e il modello fallimentare lombardo celebre, al contrario, per un approccio particolarmente rigoroso alla liquidazione e al trattamento del fallito, e le frizioni che ne nacquero ad accelerare alcuni processi di evoluzione. UMBERTO SANTARELLI, *Per la storia*, op. cit., p. 299, a questo proposito riporta una ducale del 1455 che il Doge Nicola Tron inviò alle autorità bresciane, nella quale accoglieva le lamentele dei mercanti bresciani a proposito della facile concessione di salvocondotti da parte degli Ufficiali veneziani nei territori conquistati, imponendo un freno alla pratica. Il documento riportato è particolarmente indicativo dei contrasti di politica legislativa tra le due tradizioni giuridiche; ID., *Il fallimento: delitto o sventura?* op. cit., p. 16 e ss.

per la prima volta l'impermeabile diaframma della responsabilità oggettiva. Accade così, che con un decreto curtense di Galeazzo Maria Sforza del 1473, il *dolo* nel fallimento acquisisca un ruolo centrale, determinando il passaggio «dal fallimento-reato al reato fallimentare», facendo retrocedere l'insolvenza da fatto costitutivo a mero presupposto di punibilità⁵⁶. Questo processo getta le basi per la depenalizzazione dell'illecito privato, che sarà compiuta solo con il pieno passaggio della fattispecie alla sfera pubblica e criminale, in difesa di un interesse pubblico, e con l'abolizione del carcere per debiti⁵⁷.

Il passaggio successivo, fuori dalla dimensione criminale, spetterà al giurista anconetano BENVENUTO STRACCA. Noto soprattutto per essere autore del primo trattato di diritto commerciale⁵⁸ dell'età

⁵⁶ UMBERTO SANTARELLI, *Mercanti e società*, op. cit., p. 79

⁵⁷ LUCIO RICCA, voce «*Debiti (arresto personale per)*», in *Enciclopedia del diritto*, XI, Milano, 1962, p. 740; L. FERRARA, *Una inconcepibile riesumazione: l'arresto personale per debiti*, in *Giurisprudenza italiana*, 1938, IV, c. 18 e ss.; ID., *Il carcere degli insolventi*, in *Giurisprudenza italiana*, 1938, IV, p. 198 e ss.

⁵⁸ L'originalità di Stracca, ben oltre i contenuti, sta nella risistemazione delle materie consuete e tradizionali secondo un ordine sistematico, nell'intenzione di creare un insieme organico e concluso di norme, un Codice dell'intera materia mercantile. I tipici componimenti prodotti dai giuristi dell'epoca avevano invece l'attitudine casistica e occasionale di glosse, *commentaria* al *Corpus Iuris* o altri *libri legalia*, raccolte, pareri. Cfr. GIAN SAVINO PENE VIDARI, *Benvenuto Stracca, il diritto dei mercanti e il diritto comune*, in Atti del Convegno "Benvenuto Stracca. Ex antiquitate renascor", Ancona, 22 febbraio 2013, Editrice Gabbiano, Ancona, 2013, p. 75 e ss. In Stracca si assommano tali complesse suggestioni da conferire alla sua opera un carattere necessariamente originale. L'erudito cittadino di uno Stato pontificio (per natura ostile alla mercatura, all'usura, all'ostentazione dell'opulenza), del quale aveva già saggiato la sanzione, appartenente ad una famiglia che praticava la mercatura in una città adriatica (Ancona) sotto l'influenza economica e culturale di Venezia, *doctor utrumque ius* e umanista, Stracca era il candidato ideale per applicare la logica sistematica tipica del diritto romano al

moderna, il “*De Mercatura seu Mercatore*”, egli innova la tradizione ereditata dai suoi maestri per superare l’infamante equazione «*fallitus, ergo fraudator*»⁵⁹, e per restituire dignità al mestiere del mercante. Pur non disconoscendo l’equazione, ne introduce un temperamento per il fatto di considerare diverse gradazioni di colpa, individuando tre tipi di falliti (*decoctores tria sunt genera*) ai quali applicare conseguenze giuridiche diverse: «*Decoctor est, qui fortune vitio, vel suo, vel partim fortune partim suo vitio non solvendo factus foro cessit*»⁶⁰. Nel distinguere la figura del mercante che sia decotto per vizio proprio (*vel suo*) dal fallito per ragioni in parte dovute alle proprie mancanze e in parte alla sfortuna (*partim fortune partim suo vitio*), Stracca configura la terza categoria del debitore sfortunato (*decoctor qui fortune vitio cessit*). Ancorando saldamente all’opinione di classici incontestabili⁶¹ l’originalità del proprio schema, in

complesso caotico della materia mercantile, ma anche per tentare il riscatto del mercante dall’aura di sospetto e disfavore che da secoli gli era riservata. La sua impronta è riconoscibile anche per la spiccata attitudine filologica, appresa da una certa ammirazione distaccata per il *mos gallicus* di ALCIATO, che lo porta, ad esempio a preferire al lemma eticamente compromesso “*fallitus*” il più neutro “*decoctor*”, passando da *colui che ha sbagliato* o *ha ingannato*, a *colui che ha diminuito*, con lenta cottura la consistenza di una massa, dissipatore, per designare il mercante insolvente. Cfr. ALARICO BARBAGLI, *Profili giuridici*, op. cit., p. 201 e ss.

⁵⁹ BALDO UBALDI PERUSINI, *Opera Omnia super varias partes iuris romani*, editio Venetiis MDXCV Consiliorum, vol. V, Cons. 399, nu. 3. Si è già detto di quanto il disfavore per il mercante che, con la propria insolvenza, gettasse discredito sulla intera categoria, fosse totale e insensibile al grado di colpevolezza del mercante stesso, per ragioni di tutela del credito.

⁶⁰ BENVENUTI STRACCHAE, *De conturbatoribus sive decoctoribus*, in *De Mercatura seu mercatore tractatus*, Venetiis, 1553, Pars II, nu. 2, § 175 v – 176 r

⁶¹ In *Pars I*, nu. 2, Stracca fa riferimento alle belle parole di una orazione ciceroniana, le Filippiche, che richiamano l’episodio di Antonio che, *decoctor* per ragioni estranee alla sua condotta, nonostante questo violasse il divieto di sedere

sostanza introduce la fondamentale categoria del debitore onesto ma sfortunato che tanta parte avrà nello sviluppo del diritto fallimentare successivo. Solo questo ultimo debitore, *miseratione dignum* al contrario di quanto affermavano glossatori e commentatori suoi maestri⁶², non è considerabile in alcun modo infame - quindi perseguibile, catturabile o torturabile - mentre è il solo che può ricorrere alla *cessio bonorum*⁶³. Esso costituisce *l'archetipo del fallito meritevole*, al quale solo dare accesso a procedure premiali che prima di ogni cosa garantiscano il creditore da una meno conveniente liquidazione fallimentare e in seconda istanza migliorino il trattamento del fallito in cambio della sua collaborazione.

1.1.3. *Cessione giudiziale, moratoria e concordato precedente alla legge fallimentare*. Con il passaggio all'età moderna sono pochi i cambiamenti che si verificano sulla figura del debitore e sulla sua percezione, almeno nell'Europa continentale, e in Italia in particolare dove la ricchezza resta saldamente in mano ad una aristocrazia terriera poco incline a considerare il rischio d'impresa un valore e il sistema finanziario uno strumento di ricchezza.

entro le prime 14 file del teatro, come la *Lex Roscia Theatralis* prescriveva per quanti, *equites*, fossero caduti in disgrazia al di sotto della soglia del 400.000 sesterzi: "*Illud tamen audaciae tuae, quod sedisti in quattuordecim ordinibus, cum esset lege Roscia decoctoribus certus locus constitutus, quamvis quis fortunae vitio, non suo decocxisset*". Cfr. MARCUS TULLIUS CICERO, *Philippicae*, II, 44.

⁶² Per Baldo i falliti "*sunt infami et infamissimi [...] nec excusantur ob adversam fortunam*". BALDO UBALDI PERUSINI, *Opera Omnia*, op. cit., *ivi*.

⁶³ Cfr. C. PECORELLA E UGO GUALAZZINI, voce *Fallimento*, op. cit., p. 220. Alla categoria dei falliti per colpa e fato, secondo gli Autori la più popolosa, doveva essere applicato il concordato. A proposito di *cessio bonorum* vd. *Infra*.

Le uniche differenze notevoli proverranno dalle fonti in grado di erogare sanzioni giudiziarie o privilegi, perché in linea con le vicende politiche che percorreranno i secoli XVIII-XX si vedrà l'alternanza dello spirito liberale rivoluzionario e borghese e del paternalismo imperialista e restauratore, ma l'atteggiamento repressivo e vendicativo nei confronti del fallito e il meccanismo premiale di concessione al debitore onesto e sfortunato resteranno lungo tutto l'arco temporale considerato.

Sul finire del Seicento il potere di emanare misure fallimentari o premiali comincia gradualmente ad accentrarsi nelle mani dei sovrani. È ciò che avviene con le *lettres de repit* francesi⁶⁴, documenti che i mercanti potevano richiedere ai sovrani per bloccare le esecuzioni dando prova di perdita accidentale di liquidità, che verranno sempre più concessi per ragioni arbitrarie, talvolta a prescindere dall'accordo dei debitori.

Inoltre, il codice napoleonico, così come i nostri codici preunitari (tranne quello albertino), prevedeva la possibilità di una cessione volontaria o giudiziale dei beni. Nel primo caso, se i creditori avessero accettato una dazione in pagamento, la cessione avrebbe dato origine al diritto, per gli stessi, di far vendere i beni mobili e immobili del debitore al fine di soddisfare i crediti tramite il prezzo.

⁶⁴ I fenomeni giuridici francesi sono fondamentali per comprendere le linee evolutive dell'ordinamento giuridico europeo, sia perché hanno esercitato un'influenza molto vincolante fino al volgere del Novecento, e poi perché in molti casi sono diventati direttamente vigenti negli stati italiani di dominazione francese. Cfr. RAFFAELE VOLANTE, *Autonomia contrattuale e fallimento tra fondazioni medievali, diritto comune e codici*, in *Autonomia negoziale e crisi d'impresa*, a cura di F. Di marzio e F. Macario, Milano, Giuffrè, 2010, p. 145 e ss.

Nel secondo caso, in diretta continuità con il diritto rinascimentale e il trattato di Stracca, in mancanza dell'accordo con i debitori, il beneficio sarebbe stato esclusiva pertinenza del debitore onesto e sfortunato⁶⁵, perché si sarebbe trattato di un beneficio riconosciuto giudizialmente. Questa seconda modalità è stata poi eliminata per compensare l'abolizione dell'arresto per debiti⁶⁶

Con l'adozione del Codice di Commercio del 1882, emanato su modello di quello francese, alle *lettres de repit* si sostituisce un istituto che ne rappresenta la continuazione, nonostante acquisisca subito i caratteri del procedimento amministrativo: la moratoria. Si tratta di una procedura il cui fulcro è nel divieto per i creditori di intraprendere azioni esecutive contro il commerciante, che per essere in uno stato di momentanea difficoltà economica, sebbene di attivo, ottenga in sede giudiziale una dilazione. L'unica condizione richiesta è la regolare tenuta dei libri contabili, mentre la convocazione dei creditori, quando è invocata prima del fallimento, non è obbligatoria. La moratoria, però, deve verificarsi in costanza di avvenimenti straordinari e imprevedibili o altrimenti scusabili (art. 819), a fronte di un fallimento presentato da Cesare Vivante come «un fenomeno morboso che si deve prevenire con gravi sanzioni»⁶⁷.

⁶⁵ FERDINANDO MAZZARELLA, Fallimento, autonomia contrattuale, impresa: itinerari e figure tra otto e novecento, in *Autonomia negoziale e crisi d'impresa*, a cura di F. Di marzio e F. Macario, Milano, Giuffrè, 2010, p. 168 e ss.

⁶⁶ Ivi, p. 175, nt. 41

⁶⁷ CESARE VIVANTE, Trattato di diritto commerciale, Vol. I, I commercianti, Milano, Vallardi, 1906, terza edizione, p. 453. L'Autore esprime questa posizione polemica, rammaricandosi che il fallimento non sia considerato una necessità fisiologica del commercio di cui il fallito non è che una vittima.

Contemporaneamente, il codice liberale del 1882 aveva eliminato l'esperimento obbligatorio di un tentativo di concordato, previsto nel vigore del precedente codice del 1865, poi rimesso all'iniziativa individuale degli interessati con la previsione di una modalità stragiudiziale o di unanimità. Questo tipo di concordato sostitutivo era totalmente libero nelle forme e nei contenuti, essendo disciplinato dalle regole sui contratti⁶⁸, e poteva intervenire in ogni momento della procedura fallimentare eventualmente avviata, ma non si trattava di una procedura di massa: il debitore doveva stipulare un accordo per ogni creditore.

È solo nel 1903, con la l. n. 197 che, in sostituzione del deludente istituto della moratoria, che aveva subito suscitato forti polemiche per il mancato obbligo di convocare i creditori, è adottato l'istituto del concordato preventivo, ovvero la procedura giudiziale e di massa per la liquidazione consensuale dell'attivo sotto controllo giudiziario fuor di fallimento. Non solo prevede obbligatoriamente la convocazione dei creditori, ma riserva l'accesso al solo imprenditore meritevole (il requisito è espressamente richiamato, privo di ulteriori specificazioni, negli artt. 13 e 20).

2. *La meritevolezza nella legge fallimentare.* Il Regio Decreto 16 marzo 1942, n. 267 aderisce all'idea di meritevolezza tramandata, integrando nel proprio impianto, ancorché fortemente irreggimentata in una

⁶⁸ In GUSTAVO BONELLI, *Del fallimento*, in *Commentario al codice di commercio*, Vol. VIII, parte II, Milano, Vallardi, p. 666, nt. 716, il concordato amichevole è "un complesso di accordi modificativi o estintivi dei singoli rapporti di obbligazione già esistenti tra il fallito e ciascuno dei creditori".

procedura giudiziaria, la fase negoziale prefallimentare ovvero il concordato preventivo e la sua idea che si possa offrire al debitore *degno* di questo privilegio la possibilità di sottrarsi al fallimento ed alle sue conseguenze patrimoniali, personali e penali. Attraverso l'accordo concluso con la maggioranza dei creditori, l'imprenditore fallibile può infatti ottenere un programma dilatorio e remissorio di adempimento delle obbligazioni che è vincolante per tutta la massa creditoria, evitando il dissesto, la disgregazione dell'unità produttiva, gli effetti personali e guadagnando l'esdebitazione del debito residuo e la conservazione del controllo sulla propria impresa ⁶⁹ . Storicamente però, come già avveniva a partire dal tardo medioevo, costituiva uno strumento al servizio del prevalente interesse creditorio, un istituto premiale che vale da incentivo a collaborare al disvelamento dell'integrità patrimoniale residua, nonché un mezzo utile al raggiungimento di una più verosimile soddisfazione per i creditori nel rispetto della *par condicio*. Gli scopi della procedura, in questo senso, non si sono mai discostati da quelli classici della tutela del credito ed in parallelo la meritevolezza ha mantenuto quella sfumatura etica, quell'interesse per la sfera soggettiva del debitore,

⁶⁹ La compresenza di elementi negoziali e giudiziari dell'istituto ha creato un infinito dibattito in dottrina e giurisprudenza circa la sua natura giuridica. Ogni Autore ha espresso la propria opinione in merito, della quale dato il contesto non può darsi conto che per rimandi, tra gli altri più recenti scritti, a GIOVANNI LO CASCIO, *Concordato preventivo: natura giuridica e fasi giurisprudenziali alterne*, in *Il Fallimento e le altre procedure concorsuali*, 2013, p. 5; MASSIMO FABIANI, *Causa del concordato preventivo e oggetto dell'omologazione*, In *Nuove leggi civili commentate*, 2014, III, p. 3 e ss.

che ha contribuito a ridurre l'accesso ad un numero limitato di selezionati debitori *onesti e sfortunati*.

Questo genere di valutazioni è già anticipato in sede di ammissione alla procedura ai sensi dell'art. 160 l.f., nella formulazione precedente alla riforma del 2005. Al co. 1 si enumerano condizioni quali: 1) l'iscrizione nel registro delle imprese da almeno due anni e la regolare tenuta della contabilità per la stessa durata; 2) la circostanza che il debitore non sia già stato dichiarato fallito nei cinque anni precedenti o non sia già stato ammesso ad una procedura di concordato; 3) che non abbia subito una condanna definitiva per bancarotta o per delitto contro il patrimonio, la fede pubblica, l'economia pubblica, l'industria o il commercio. A proposito dei requisiti prescritti ai primi tre numeri ⁷⁰,

⁷⁰ Il requisito della regolare tenuta della contabilità ha particolarmente animato il dibattito. Posizioni differenziate si sono infatti consolidate intorno al diverso significato da attribuire alla regolarità: in senso formale -ovvero nel rispetto degli articoli 2214-16 e 2218 del cc - oppure sostanziale, quindi essenzialmente utile alla ricostruzione dei risultati di gestione, della consistenza dei flussi di cassa; oppure in entrambi i sensi. Una ricognizione particolarmente accurata del requisito si legge in STEFANIA PACCHI PESUCCI, *Dalla meritevolezza dell'imprenditore alla meritevolezza del complesso aziendale*, Milano, Giuffrè, 1989, p. 46 e ss. Attestati sull'ultima posizione in dottrina RENZO PROVINCIALI, *Trattato di diritto fallimentare*, IV edizione, Milano, Giuffrè, 1974, p. 2209 e ss.; ANGELO BONSIGNORI, Sub. Art. 161, in *Del concordato preventivo, Commentario Scialoja – Branca. Legge fallimentare*, a cura di F. Bricola, F. Galgano, G. Santini, Zanichelli, Bologna-Roma, 1979, p. 5 e ss; FRANCESCO FERRARA JR E ALESSANDRO BORGIOI, *Il fallimento*, V edizione, Giuffrè, Milano, 1955, p. 168, nt. 2. In una necessariamente risalente giurisprudenza di legittimità Cass. 9 aprile 1988, in *Il Fallimento e le altre procedure concorsuali*, 1988, p. 582. A proposito di una esplicita relazione tra la regolarità della contabilità e la meritevolezza RENZO PROVINCIALI, *Trattato*, op. cit., 2227; STEFANIA PACCHI PESUCCI, *Dalla meritevolezza*, op. cit., p. 83. In giurisprudenza App. Milano, 16 dicembre 1975, in *Giurisprudenza Commerciale*, 1976, II, p. 666; Trib. Genova, 23 febbraio 1984, in *Diritto Fallimentare*, 1984, II, 567.

giurisprudenza e dottrina hanno manifestato la tendenza a valutarli come indici di diligenza dell'imprenditore con evidente anticipazione del giudizio etico di meritevolezza⁷¹ che, in quanto disancorato da qualunque esplicita previsione normativa, ma inferito estensivamente da parametri di valutazione morale, tende ad arretrare fino al quinquennio precedente la richiesta di concordato. Non così la previsione dell'art. 181, inteso sempre nella sua formulazione precedente alle riforme. Qui, al n. 4) del primo comma, il requisito della meritevolezza è espressamente richiamato ed è posto in relazione alla condotta del debitore ed alle cause che hanno prodotto il dissesto. Il contenuto di questo giudizio, alla base della decisione sulla omologazione del concordato preliminare, ha dovuto necessariamente trovare delle specificazioni per permettere all'interprete di effettuare una scelta dirimente. Il prisma di modalità interpretative prodotte dalla prassi è variato a seconda dell'interesse riconosciuto alla disciplina dell'istituto: l'indirizzo tendenzialmente prevalente è quello che riconosce alla procedura il presidio degli interessi del solito interlocutore, il debitore onesto e sfortunato, a sottrarsi alle incapacità personali che derivano dal fallimento⁷². La

⁷¹ Cfr. FRANCESCO FERRARA JR E ALESSANDRO BORGIOLI, *Il fallimento*, V edizione, Giuffrè, Milano, 1955, p. 94 e ss.

⁷² La schiera di autorevolissimi Nomi che afferiscono a questa scuola di pensiero, che rintraccia un principio di *favor debitoris* nello scopo della norma, comprende ALBERTO JORIO, *I rapporti giuridici pendenti nel concordato preventivo*, CEDAM, Padova, 1973, p. 24, nt. 20; PIERO PAJARDI, *Manuale di diritto fallimentare*, Giuffrè, Milano, 1969, p. 646; ALFREDO ROCCO, *Il concordato nel fallimento e prima del fallimento*, Torino, 1902, p. 626; GUSTAVO BONELLI, *Del fallimento (Commento al Codice di Commercio)*, III, p. 436, n. 857; LEONE BOLAFFIO, *Relazione sul progetto preliminare della legge del 1903*, in *Giurisprudenza Italiana*, 1895, V, p. 131; ID., *La*

natura del giudizio che si conduce nella realizzazione di questa ratio è sempre etica.

Ma, a normativa invariata e sul semplice presupposto di una diversa interpretazione dello scopo perseguito dalla legge e dell'ampiezza della meritevolezza che ne discende, dottrina e giurisprudenza riescono per la prima volta a *laicizzare* e modernizzare il meccanismo, stemperando la tensione morale o sradicandola del tutto.

Il primo è il caso di quanti hanno ritenuto la norma uno strumento a garanzia dei creditori⁷³, per la realizzazione di una percentuale superiore a quella presumibilmente ricavabile con la liquidazione fallimentare. Il giudizio di meritevolezza, in questo caso, deve intervenire a garanzia del buon esito dell'accordo, non disconoscendo del tutto la valutazione della condotta debitoria - che del resto è espressamente richiamata dalla norma- ma limitandosi all'esame della personalità dell'imprenditore che «denunci vizi tali da escludere ogni affidamento circa la veridicità o l'eseguibilità della proposta di concordato»⁷⁴.

legge sul concordato preventivo e sulla procedura dei piccoli fallimenti, Verona, 1903, p. 55, ove «Occorre la esclusione da qualsiasi colpa; occorre che il debitore sia vittima incolpevole dell'alea commerciale ed industriale, che non abbia affrontato le fortune vicende del commercio senza mezzi adeguati, con spavalderia o leggerezza, né abbia cercato di scongiurare gli effetti inevitabili della sua condotta con tentativi disastrosi per i creditori».

⁷³ Cfr. ALBERTO MAFFEI ALBERTI, *Applicabilità del giudizio di meritevolezza alle società di capitali*, in *Giurisprudenza italiana*, 1963, I, 2, p. 647, nota ad App. Bologna, 16 ottobre 1962; GIUSEPPE ZANARONE, *Il requisito della meritevolezza*, op. cit., p. 125 e ss.

⁷⁴ GIUSEPPE ZANARONE, *Il requisito*, op. cit., p. 160

La seconda prospettiva appartiene a quanti propongono di sostituire al giudizio etico-morale un giudizio tecnico basato sulle capacità dell'imprenditore rispetto ad una corretta gestione futura⁷⁵. Nel suo massimo grado di sviluppo questo orientamento è riuscito a compiere un apprezzabile salto di qualità: ha rintracciato l'interesse del legislatore nella volontà di evitare la disgregazione degli apparati produttivi e la dispersione del loro potenziale economico, soprattutto in chiave di strategia economico-produttiva nazionale, che può essere inferito anche dall'adozione di altre misure finalizzate allo stesso obiettivo (l'amministrazione controllata, ad esempio). Così facendo, per la prima volta dall'adozione delle procedure concorsuali, ha totalmente oggettivizzato il sindacato di meritevolezza, che ora deve appuntarsi non tanto sulla persona dell'imprenditore o sulla sua condotta quanto sulle chance di recupero e ritorno alla produzione di ricchezza del complesso aziendale⁷⁶.

⁷⁵ RENZO PROVINCIALI e GIUSEPPE RAGUSA MAGGIORE, *Istituzioni di diritto fallimentare*, Padova, CEDAM, 1988, p. 791 e ss.

⁷⁶ STEFANIA PACCHI PESUCCI, *Dalla meritevolezza*, op. cit., passim.

CAPITOLO III

DALLA MERITEVOLEZZA DELL’IMPRESA ALLA MERITEVOLEZZA DEL CONSUMO.

SOMMARIO: 1. Il primo stadio degli interventi di riforma e l'impatto sulla meritevolezza concorsuale. - 2. La nuova disciplina del concordato preventivo: dalla meritevolezza dell'imprenditore, alla meritevolezza del complesso aziendale a quella della proposta concordataria. 3. Dalla riabilitazione alla esdebitazione come provvedimento successivo al fallimento. 4. La legge 3/2012. Le ragioni di un *focus* sulla meritevolezza nel sovraindebitamento del consumatore. 4.1 Il piano del consumatore della l. 3/2012. Lineamenti procedurali. - 4.2 La meritevolezza del consumatore sovraindebitato.

1. Il primo stadio degli interventi di riforma e l'impatto sulla meritevolezza concorsuale. La stagione di riforme che si apre con il primo quinquennio del nuovo secolo apporta molte e profonde novità, che gradualmente cominciano a scardinare l'impianto fallimentare e delle procedure minori. Il legislatore formalmente non sceglie una riforma sistemica, ma con singoli e ripetuti colpi di cesello riesce comunque a determinare importanti, a tratti rivoluzionarie modifiche nella materia fallimentare. Nonostante si tratti di una stagione che, da sedici anni a questa parte, non ha ancora trovato requie, è indispensabile tratteggiarne alcune linee tendenziali con l'avvertenza che, data la sede necessariamente parziale, l'analisi sarà approfondita nei paragrafi seguenti limitatamente agli aspetti che hanno avuto un impatto sulla meritevolezza.

Si può cominciare col dire che l'intero impianto, con le riforme che hanno occupato il triennio 2005 -2007 (secondo e terzo paragrafo),

prende le forme di quella che è stata definita in dottrina una “privatizzazione delle procedure concorsuali”⁷⁷, ottenuta attraverso un potenziamento dei meccanismi di composizione negoziale della crisi – del concordato preventivo in specie e del nuovo istituto degli accordi di ristrutturazione dei debiti- e una contestuale ritrazione del ruolo giudiziale, che sarà coerentemente accompagnata da un sensibile miglioramento nella disciplina degli effetti personali del fallimento e dalla introduzione di meccanismi esdebitativi in sostituzione dell’abrogata riabilitazione. È già evidente che il legislatore si disponga a dismettere la metodologia disgregativa e sanzionatoria che ha caratterizzato, senza soluzione di continuità, la sua strategia concorsuale per quasi un millennio.

Ma in capo a pochi anni lo spirito innovatore riceve nuovo slancio con l’erosione di un altro storico tabù. Così configurate, infatti, le nuove procedure concorsuali finiscono per accentuare il divario tra debitori commerciali e civili (privi, questi ultimi, di qualunque meccanismo remissorio, ma prima ancora di una procedura di massa per la soluzione giudiziale dell’insolvenza), e tra creditori di insolventi commerciali e di insolventi civili. Chiusa la prima fase di interventi estemporanei si apre, quindi, una seconda stagione di riforma (quarto paragrafo e seguenti), che questa volta coinvolgerà nella procedura concorsuale tutti i soggetti che ne erano stati storicamente estromessi, ovvero imprenditori sottosoglia, non commerciali e, addirittura, debitori estranei all’attività d’impresa.

⁷⁷ *Ex multis* ALESSANDRO NIGRO, “Privatizzazione” delle procedure concorsuali e ruolo delle banche, in *Banca, Borsa e titoli di credito*, I, 2006, p. 359 e ss.

2. *La nuova disciplina del concordato preventivo: dalla meritevolezza dell'imprenditore, alla meritevolezza del complesso aziendale a quella della proposta concordataria.* Le leve che hanno agito su una rimodulazione del canone di meritevolezza a partire dalla riforma del 2005 sono essenzialmente due: da un lato la finalizzazione dell'istituto al recupero dalla crisi e la prosecuzione dell'attività d'impresa da parte dello stesso debitore⁷⁸, *ratio* che prima della riforma era affidata alla diversa procedura dell'amministrazione controllata e che l'istituto concordatario non aveva, presupponendo non un stato di crisi ma una insolvenza conclamata, e risolvendosi in una particolare forma di liquidazione da parte dell'imprenditore (o dei creditori) sotto il controllo dell'autorità giudiziaria che diveniva sovente una anticamera del fallimento⁷⁹; dall'altro lato una decisa rimodulazione dell'equilibrio tra autonomia negoziale e i limiti ad essa imposti dal controllo e dal sindacato giudiziale. A questo secondo proposito, l'intento del legislatore della riforma era una ritrazione del potere giudiziale e una dismissione dell'atteggiamento paternalistico che

⁷⁸ La previsione di un esito remissorio per i debiti residui rispetto a quelli del concordato adempito, resa effettiva dalla introduzione del nuovo istituto della esdebitazione ad opera d.lgs. 6 gennaio 2006, n. 5 per la parte dei crediti falcidiati dalla proposta concordataria, accentuando il ruolo di beneficio della procedura, sarebbe stata, anzi, astrattamente idonea a rafforzare l'efficacia della meritevolezza, se non si fosse prodotto sullo sfondo un cambio di paradigma dei fini perseguiti dalla procedura e se la falcidia non fosse stata da sempre connaturata all'istituto. Si veda, *ex multis*, ANGELO BONSIGNORI, *Concordato*, in *Commentario Scialoja-Branca Legge fallimentare*, a cura di F. Bricola, F. Galgano e G. Santini, Zanichelli, Bologna, 1977, pp. 425-438.

⁷⁹ GIAN FRANCO CAMPOBASSO, *Diritto commerciale*, vol. III, Contratti, Titoli di credito e procedure concorsuali, Utet, Torino, 2015, p. 337 e ss.

rimettesse la formazione di un condiviso assetto di interessi all’articolazione della volontà delle parti. Entrambe le forze hanno trovato una convergenza nella neutralizzazione dei requisiti di meritevolezza⁸⁰ che erano invece indispensabili sotto il vigore della precedente disciplina per l’accesso al concordato preventivo e per la sua l’omologazione. Hanno infatti trovato una nuova formulazione gli articoli 160 e 181 del regio decreto 267 del 1942, in seguito all’entrata in vigore del d. l. 14 marzo 2005 che ha eliminato dalla trama testuale, rispettivamente, le condizioni di ammissione ed il riferimento al merito del debitore proponente. I nuovi presupposti per l’ammissione alla procedura, oggettivizzati, si appuntano tutti sulle caratteristiche del piano, perciò la proposta debitoria e non la condotta del debitore, sarà sottoposta a controlli per tutto l’arco procedurale da parte del professionista designato dal debitore tra

⁸⁰ È necessario segnalare, sebbene il tema sia oggetto di alcune tra le più importanti dispute dottrinali in tema di concordato e meriti ben altro tenore di trattazione, che la spinta alla privatizzazione non abbia contenuto in ogni ambito l’ampiezza del sindacato giudiziale rimettendolo alla valutazione del ceto creditorio. Se ciò è avvenuto per la meritevolezza, con i limiti che si segnalano nel testo, e parimenti per la convenienza – ai sensi dell’art. 180, c. 4, seconda parte, però, il tribunale *deve* valutare la convenienza del piano, rispetto alle alternative concretamente praticabili, nel caso in cui l’opposizione di un creditore appartenente ad una classe dissenziente contesti la convenienza della proposta, ed eventualmente omologare comunque (*cram down*), il che si risolve in sostanza in un giudizio di convenienza, cfr. PAOLO FELICE CENSONI, *Autonomia negoziale e controllo giudiziale nel concordato preventivo*, in *Autonomia negoziale e crisi d’impresa*, a cura di F. Di Marzio e F. Macario, Giuffrè, 2010, p. 493 e ss. e 518 in particolare - ci sono invece margini non erosi, se non addirittura rafforzati, in tema di *fattibilità*, per la quale si rimanda in particolare a P. F. CENSONI, *La controriforma della disciplina del concordato preventivo*, destinato agli *Studi in memoria del Prof. Michele Sandulli*, p.22 e attualmente reperibile all’indirizzo <https://blog.ilcaso.it/libreriaFile/1015.pdf>, visitato da ultimo il 5 maggio 2021.

quanti garantiscano requisiti di indipendenza e professionalità, dal tribunale e dal commissario giudiziale, prima e dopo di essere sottoposta all’approvazione dei creditori. L’obliterazione della meritevolezza, intesa in un’ottica di valutazione del concordato quale beneficio premiale per il debitore onesto e sfortunato, segna il tramonto di un lungo dibattito e di una inveterata concezione delle procedure concorsuali quali luogo di presidio degli interessi creditori, a fronte del lento ma inesorabile prevalere non tanto di singoli interessi debitori quanto di una impresa nel senso più alto del suo valore superindividuale, dal quale discende l’esigenza primaria del suo risanamento. La logica conseguenza di questo mutamento paradigmatico consiste nel fatto che anche il debitore immeritevole debba avere accesso alla procedura perché, prendendo a prestito il fortunato titolo del saggio di Stefania Pacchi Pesucci del 1989⁸¹, la meritevolezza ha spostato il suo asse “dall’imprenditore” al “complesso aziendale”.

L’irrilevanza di una condotta debitoria anche censurabile incontra però un limite nel vincolo di correttezza e rispetto delle regole a cui è tenuto il debitore. A presidio di questa norma si erge da sempre il sindacato di revoca posto dall’articolo 173 l. fall. in capo al tribunale⁸². Se, però, nel vigore della precedente disciplina, questo

⁸¹ STEFANIA PACCHI PESUCCI, *Dalla meritevolezza dell’imprenditore alla meritevolezza del complesso aziendale*, op. cit. Dello stesso avviso GIUSEPPINA IVONE, *Sugli atti di frode nel concordato preventivo*, in *Il Diritto fallimentare e delle società commerciali*, 2011, II, p. 133.

⁸² DANILO GALLETI, *La revoca dell’ammissione al concordato preventivo*, in *Giurisprudenza commerciale*, 2009, I, p. 730 ss.; GIUSEPPE FAUCEGLIA, *Revoca*

rappresentava il principale strumento di sanzione della condotta immeritevole, ora, venuta meno la rilevanza del criterio ermeneutico, anche il sindacato di revoca ha subito un ridimensionamento⁸³: oggetto del suo vaglio non sono più le condotte, quantomeno colpose del debitore in relazione causale con la produzione del dissesto o comunque dotate di un disvalore in sé, ma quelle in grado di distorcere la valutazione dei creditori in ordine alla accettazione della proposta. Per questi atti di frode⁸⁴ che falsano la formazione

dell’ammissione al concordato e dichiarazione di fallimento in corso di procedura, in Fallimento e altre procedure concorsuali (diretto da Fauceglia-Panzani), vol. III, Torino, 2009, p. 1691 ss. Sia consentito rimandare a Cass. Civ., Sez. I, 14 settembre 2016, n. 18090, con nota di N. IEZZI, Le cause di annullamento del concordato preventivo omologato e lo spettro della meritevolezza, in Giurisprudenza Commerciale, 2016, VI, p. 967/II e ss.

⁸³ Per la verità in giurisprudenza si era già affermato un orientamento evolutivo in virtù del quale “la disciplina allora vigente non esigesse una gestione imprenditoriale totalmente immune da critiche od addebiti, ma affidasse al giudice (con un criterio liberaleggiante) una valutazione complessiva sulla correttezza morale e professionale del debitore, nonostante errori od imprudenze in singoli episodi, in funzione (solo) dell’attendibilità e dell’eseguibilità”. Così in P. F. CENSONI, *La controriforma*, p. 25. Cfr. ad esempio, in nt. 14, Cass., 23 maggio 2008, n. 13419, in *Fall.*, 2008, 1470; Cass., 10 febbraio 2006, n. 2972, *ivi*, 2006, 849; Cass., 23 novembre 1999, n. 12994, in *Mass. Giur. it.*, 1999.

Si segnala, al contrario, la fase di interregno premiale vissuta dalla precedente formulazione dell’articolo 173 allorquando, prima della recezione del legislatore del prevalente indirizzo della legislazione di merito con il d.lgs. 12 settembre 2007, n. 169, il tribunale manteneva la possibilità di dichiarare *ex officio* l’apertura del fallimento per immeritevolezza delle condotte del debitore, nonostante fosse già intervenuto il depotenziamento del canone di meritevolezza. Cfr. L. D’ORAZIO, *Profili di diritto transitorio nel nuovo concordato preventivo*, in *Quaderni di Giurisprudenza commerciale*, a cura di S. Bonfatti e G. Falcone, 282, Atti del Convegno “La riforma del diritto commerciale”, Lanciano, 10 e 11 giugno 2005, Giuffrè.

⁸⁴ Cfr. PAOLO FELICE CENSONI, *La revoca dell’ammissione al concordato preventivo dopo le riforme della legge fallimentare*, documento n. 336/2012 della Sezione II – Dottrina e documenti, rinvenibile sul sito [https://blog.ilcaso.it/news/458/22-01-13/La revoca dell&%203039%3Bammissione al concordato preventivo dopo le](https://blog.ilcaso.it/news/458/22-01-13/La%20revoca%20dell%20ammissione%20al%20concordato%20preventivo%20dopo%20le%20riforme%20della%20legge%20fallimentare%20dopo%20le%20riforme%20della%20legge%20fallimentare)

della volontà concordataria la dottrina ha parlato di valenza funzionale (della frode)⁸⁵ e la giurisprudenza di valenza decettiva (degli atti)⁸⁶.

Com’è stato opportunamente osservato⁸⁷, facendo nuovamente ricorso alla formula felice con la quale STEFANIA PACCHI firmò la propria monografia del 1989, si potrebbe registrare un ulteriore passaggio della meritevolezza, dal complesso aziendale alla proposta concordataria.

3 Dalla riabilitazione alla esdebitazione come provvedimento finale del fallimento. Se, come supra, l’effetto esdebitativo del concordato non vale a ricondurlo alla filosofia premiale destinata all’imprenditore onesto ma sfortunato, per via del definitivo abbandono di una tecnica meramente liquidatoria e disgregativa e dell’imporsi di una cultura concorsuale che individua proprio nel concordato lo strumento d’elezione per la salvezza dell’impresa in crisi, lo stesso

[riforme della legge fallimentare](#), p. 1 e ss. visitato da ultimo il 5 maggio 2021, e destinato ad *Accordi e contratti nel diritto della crisi di impresa*, Trattato diretto da F. DI MARZIO-F. GUERRE-RA-F. MACARIO-U. TOMBARI, in corso di pubblicazione per i tipi di Cedam, per le indicazioni bibliografiche.

⁸⁵ Così, ad esempio, STEFANO AMBROSINI, *Gli atti di frode nel concordato preventivo. Un tema sempre attuale (e scivoloso)*, in http://www.ilcaso.it/articoli/cr.php?id_cont=1112.php, 2019, visitato da ultimo il 5 maggio 2021.

⁸⁶ Cfr. Cass. 17191/2014; in senso conforme, inoltre, Cass. 9050/2014; Cass. 23387/2013; Cass. 17038/2011; Cass. 3409/2016; Cass. 5689/2017; Cass. 26429/2017; Cass. 7379/2018; Cass. 16856/2018.

⁸⁷ IVONE, *Sugli atti di frode*, op. cit., p. 133. Cenni in ADELE PESSOLANO, *Art. 173 l.f.: la spia della legalità*, reperibile in https://www.osservatorio-oci.org/index.php?option=com_phocadownload&view=category&id=208&Itemid=885, visitato da ultimo il 5 maggio 2021.

fenomeno non si produce in ambito fallimentare dove la salvezza, per definizione, è un’ipotesi che non può più verificarsi. Qui, anzi, l’idea di premio in cambio di collaborazione ha trovato solo una pallida eco e spetta al D. Lgs. 5/2006 di affermarla con vigore, dopo qualche infruttuoso tentativo⁸⁸. Tra auspici di una certa avanguardia dottrinale⁸⁹ e timori di condotte opportunistiche o resistenze giurisprudenziali⁹⁰ l’esdebitazione, ovvero la possibilità per il debitore persona fisica di ottenere la liberazione dai debiti rimasti insoddisfatti dalla liquidazione fallimentare, fa il suo debutto nella trama testuale della legge fallimentare. L’istituto è ispirato dall’esperienza statunitense e britannica e dai principi e dalle filosofie⁹¹ tipiche di quella matrice giuridica. Tra i più caratterizzanti, il principio del *fresh start* in virtù del quale il fallito, chiusa la propria esperienza infruttuosa e azzerate tutte le posizioni debitorie, può recuperare l’attività economica e progettare un nuovo inizio, reinserirsi nel circuito produttivo e creare nuova ricchezza, anziché languire in una perpetua soggezione che gli impedisce di ottenere utilità per ripartire e che trascina in un circolo vizioso di reciproca e

⁸⁸ L’art 173 del progetto elaborato dalla commissione Trevisanato prevedeva l’esdebitazione già a partire dal 2003. Cfr. LUCIO GHIA, *L’esdebitazione. Evoluzione storica, profili sostanziali, procedurali e comparatistici*, Milano, 2008, p. 133 e ss.

⁸⁹ Cfr. LORENZO STANGHELLINI, “Fresh start”: implicazioni di “policy”, in *L’insolvenza del debitore civile dalla prigione alla riabilitazione*, a cura di G. Presti, L. Stanghellini e F. Vella, *Analisi Giuridica dell’Economia*, II, dicembre 2004, p. 437 e ss.; per un’analisi dei presupposti teorici che rendono

⁹⁰ LUCIO GHIA, *L’esdebitazione. Evoluzione storica, profili sostanziali, procedurali e comparatistici*, in *Trattato di diritto delle procedure concorsuali*, Vol. II, Giappichelli, Torino, 2010, p. 654.

⁹¹ Dei quali principi e filosofie si dirà *infra*, nella Parte III. Cfr. ANGELO CASTAGNOLA, *L’esdebitazione del fallito*, in *Giurisprudenza Commerciale*, III, 2006, p. 448 e ss.

perenne insoddisfazione anche i creditori. È facile immaginare quanto alieno questo principio sia potuto sembrare, a ridosso dell’introduzione, in un sistema incardinato sulla tutela del credito e sul pilastro della responsabilità patrimoniale, per come scolpito nell’articolo 2740 cc.⁹²; che già aveva considerato la falcidia concordataria come una «espropriazione del creditore»⁹³ e che riconosceva, come unico antecedente, il terribile rito del vituperio del debitore cedente⁹⁴. La sua introduzione sovrascrive

⁹² *ivi*, p. 457, dove l’Autore, in particolare, paragona l’effetto di limitazione della responsabilità patrimoniale nell’esdebitazione dell’imprenditore fallito a quello che l’ordinamento commerciale già riconosce nel diritto societario alla responsabilità patrimoniale delle società di capitali. Cfr. anche DANIELE VATTERMOLI, *L’esdebitazione tra presente e futuro*, in *Rivista del Diritto commerciale*, 2018, III, p. 452.; GIULIANO SCARSELLI, *La esdebitazione della nuova legge fallimentare*, in *Diritto Fallimentare e delle società commerciali*, 2007, p. 31 e ss.; GIORGIO COSTANTINO, *La esdebitazione*, in *Foro italiano*, 2996, V, p. 210.

⁹³ FRANCESCO CARNELUTTI, *Espropriazione del creditore*, in *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, X – XI, 1930, p. 676 e ss. Va segnalata, a onor del vero, la posizione particolarmente lungimirante dell’Autore, che nello stesso commento si interroga sull’inefficacia della liquidazione e sulla preferibilità delle soluzioni concordatarie, che giustificano il sacrificio degli interessi creditori con l’interesse superiore alla produzione: «Contro l’inadempiente il diritto può impiegare la sua forza; ma contro l’insolvente la forza cosa vale? A chi ha e non dà, si toglie; ma quando non c’è di che togliere? [...] quando i rimedi contro il semplice inadempimento si applicano all’insolvente, aggravano il male. Il vero è che il male non si guarisce soltanto facendo coi beni del debitore tante parti eguali tra i creditori. Dopo, che cosa resta? Ecco il lato più grave. Resta, novantanove volte su cento, un debitore senza un soldo, e questo è il meno; inoltre oberato dal peso dei debiti, che la procedura concorsuale non è riuscita ad estinguere totalmente: ecco un uomo, a cui manca ormai la forza e lo stimolo di ridiventare un nucleo di produzione; insomma, un ramo secco della pianta economica. Pertanto, quando s’è risolto col fallimento, cioè con l’esecuzione concorsuale, il problema distributivo, ci si accorge che, tuttavia, la piaga è ancora aperta».

⁹⁴ *Supra*, cap. II. Si veda anche, in proposito, VITTORIO SANTORO, *Sub art. 142*, in *La legge fallimentare dopo la riforma*, tomo II, a cura di A. Nigro, M. Sandulli e V. Santoro, Giappichelli, Torino, 2010, p. 1864.

letteralmente, con grande efficacia anche simbolica, la disciplina della riabilitazione civile, sulla quale è opportuna qualche riflessione. L’istituto previsto all’art. 142 l.f. prima della novella aveva rappresentato, infatti, a sua volta, una innovazione prodotta dalla legge fallimentare, nel medesimo auspicio di miglioramento della posizione debitoria, attraverso la rimozione degli effetti personali della sentenza dichiarativa di fallimento, la cui caducazione non era automatica né contestuale rispetto alla chiusura del fallimento, ma che discendeva dall’eventuale esperimento di una procedura specifica e dalla pronuncia di una ulteriore sentenza. Solo questa, infatti, poteva contenere l’ordine di cancellazione del fallito dal registro previsto dall’art. 50 l.f. e la rimozione delle *capitis deminutiones* che del fallimento costituivano il corollario nonché il marchio esteriore di riprovazione sociale⁹⁵. Fin qui le due generazioni di norme coincidono nell’intento di sollevare la posizione del fallito. Ciò che giustifica il palinsesto, però, è un elemento ulteriore, al riconoscimento del quale i due istituti, riabilitazione ed esdebitazione, divergono radicalmente. Nel primo non c’è premialità: gli effetti definitivi che il fallimento doveva produrre (spossessamento, liquidazione) si sono già prodotti senza ritorno; gli effetti transitori, esaurita la procedura fallimentare, devono essere caducati (per fare un esempio, non può essere per sempre inibito il diritto di voto passivo). Il risultato che la

⁹⁵ Cfr. UMBERTO SANTARELLI, *Della Riabilitazione civile*, Sub art. 142, in *Commentario Scialoja – Branca alla legge fallimentare*, a cura di F. Bricola, F. Galgano e G. Santini, Zanichelli, Bologna - Roma, 1977, p. 578

riabilitazione garantisce all’esperimento dell’azione, di rimozione di conseguenze considerate dalla dottrina prevalente dell’epoca⁹⁶ di natura penalistica, dovrebbe conseguire automaticamente alla rimozione della condotta antigiuridica da parte del fallito⁹⁷. Egli ha completamente ripianato i propri debiti (ipotesi residuale, perché se ne avesse avuto le possibilità economiche sarebbe anche stato in grado di evitare il fallimento⁹⁸), oppure ha dimostrato, col tenersi fuori dai guai per almeno cinque anni, che la sua pericolosità sociale

⁹⁶ GIUSEPPE ZANARONE, *Il requisito della meritevolezza*, op. cit., p. 41 e ss.

⁹⁷ L’art. 143 l.f., nella precedente formulazione, prevede tre condizioni per la rimozione delle incapacità personali del fallito: 1) che il fallito abbia pagato tutti i crediti ammessi nel fallimento, compresi interessi e spese; 2) che abbia regolarmente adempiuto il concordato, e quindi già positivamente superato il vaglio di meritevolezza ad esso riconnesso per l’ammissione e omologazione della proposta, e che la percentuale stabilita in esso per i chirografari non sia inferiore ad un quarto del totale, compresi gli interessi se la dilazione supera i sei mesi; 3) che il fallito abbia dato prova di buona condotta per almeno cinque anni dalla chiusura del fallimento. La dottrina del tempo è subito concorde nel constatare che le tre condizioni siano alternative tra loro, dal momento che le prime due non possono coesistere contemporaneamente in capo al medesimo soggetto. La terza potrebbe astrattamente convivere alternativamente con l’una o con l’altra, ma la legge nulla specifica. Mentre l’accertamento delle prime due si risolve in una ponderazione oggettiva, quello della terza è stato, di solito, il frutto del libero apprezzamento del giudice. La dottrina, nel tentativo di definire canoni ermeneutici, ha indicato una via in parametri extragiuridici morali e di costume, prescrivendo che la condotta richiesta per la riabilitazione fosse “buona” nel senso di controbilancio di quella “cattiva”. La giurisprudenza, di merito e di legittimità, più prosaicamente ha basato il proprio convincimento sullo stesso principio che regola la riabilitazione penale, ovvero sulla la verifica della commissione non solo dei “reati tassativamente ostativi alla concessione” per come stabiliti all’art. 145 l.f., ma anche “per reati contravvenzionali non compresi in detta disposizione” e “per ogni altra specie di delitti”. Cfr. Cass. Sez. I civile, 1° luglio 1948, n. 1049.

⁹⁸ LUCIO GHIA, *L’esdebitazione*, op. cit., p. 672 e ss., mette evidenza gli elementi della procedura riabilitativa che la caratterizzano in senso fortemente garantista, quali la presenza del pubblico ministero o il riferimento all’effetto ostativo delle condanne penali, che sembrano congegnati per esaltare gli elementi negativi e predisporre al rigetto delle istanze.

è venuta meno, e allora è possibile sospendere la condanna, sempre sociale, etica e morale, che ha portato all’applicazione delle incapacità civili ma se, all’esito della liquidazione, restano aperte posizioni debitorie, queste ritornano esigibili per effetto della *perpetuatio obligationis*. Non gli si fa alcuna concessione. Il fallito ha infatti chiuso tutti i suoi conti, patrimoniali (art. 143, n. 1) o giuridici ed etici (art. 143, n. 3) ed è solo in virtù di questo che ogni genere di sanzione può essergli revocata, mantenute le eventuali pendenze debitorie ancora in carico - che naturalmente non hanno natura sanzionatoria. Tanto ciò è vero che la permanenza delle incapacità personali in capo al fallito fino alla cancellazione dal registro dei falliti, ben oltre lo spirare della procedura fallimentare non ha superato il vaglio del sindacato costituzionale. La Corte si è pronunciata per l’illegittimità con la sentenza 27 febbraio 2008, n. 39⁹⁹. Ma, è appena il caso di sottolineare, l’avvento della Costituzione e l’effettivo funzionamento della sua giurisdizione si verificheranno in una fase molto successiva all’adozione della legge fallimentare¹⁰⁰.

⁹⁹ La dichiarazione di illegittimità costituzionale si riferisce, naturalmente, al testo della legge fallimentare nella formulazione antecedente all’entrata in vigore del d.lgs. 9 gennaio 2006, n. 5

¹⁰⁰ UMBERTO SANTARELLI rileva che, tanto nella relazione al Re dal Guardasigilli, quanto nella successiva dottrina questa norma sia stata percepita come una regola che privilegia il dato del merito, nel tentativo di interpretare tutto il sistema dell’art. 143 in chiave morale; ma avverte anche della relatività di questo giudizio: “è appena il caso di aggiungere quanto il contenuto di questa sanzione sociale sia mutevole da tempo a tempo e da ambiente ad ambiente” (U. SANTARELLI, Della riabilitazione, op. cit., pp. risp. 601 e 578). L’osservazione spiega come in effetti vi sia coerenza tra la percezione del merito in uno stato fascista all’apice del totalitarismo e la considerazione della stessa circostanza da parte della Corte Costituzionale molti decenni più tardi, e questa coerenza risieda esattamente nel trascorrere del tempo, nel mutare della sensibilità giuridica.

L’esdebitazione¹⁰¹, mentre dà ormai per acquisita ed automatica la revoca degli effetti personali al termine della procedura, aggiunge, questa sì, elementi premiali alla procedura, che devono essere *meritati* dal fallito attraverso una serie di condotte collaborative e non opportunistiche. Intanto, nell’ottica di un rinnovato rapporto tra debitore e creditore, l’adozione dell’istituto prende atto che il fallito sia l’unico depositario di informazioni essenziali circa la consistenza e la materiale collocazione del patrimonio da apprendere alla massa fallimentare, e che questa asimmetria informativa possa essere equilibrata attraverso incentivi alla sua *disclosure*¹⁰²: liberazione dai

¹⁰¹ LUCIANO PANZANI, *L’esdebitazione*, in *Trattato delle procedure concorsuali*, a cura di A. Jorio e B. Sassanio, III, Milano, 2016, p. 660.

¹⁰² La formulazione del nuovo art. 142 l.f., a tratti ambigua, ha acceso alcune dispute dottrinali. Una, in particolare, si appunta sulla espressione utilizzata dal legislatore al n.1) del primo comma, laddove si prevede che sia ammesso alla esdebitazione il debitore che “abbia cooperato con gli organi della procedura, fornendo tutte le informazioni e la documentazione utile all’accertamento del passivo e adoperandosi per il *proficuo* svolgimento delle operazioni. Su un piano ermeneutico più strettamente letterale è intervenuto CASTAGNOLA, *L’esdebitazione*, op. cit., p. 449, ritenendo, seppure in forma critica, che quella limitazione all’accertamento del mero passivo sia troppo stringente per essere diversamente intesa. *Contra* SANTORO, *Sub art. 142*, che rinviene nella proficuità dell’inciso successivo, “che non può che significare a vantaggio dei creditori” (p. 1870) il contraltare sul versante attivo, che deve indurre ad una considerazione globale degli obblighi di cooperazione e informazione. Ponendo mente alla *ratio* della novella non si può che essere d’accordo con la seconda posizione: l’esdebitazione è un istituto di rottura, che scardina le logiche concorsuali comunemente percorse. La sua introduzione rappresenta, evidentemente, un necessario cambio di prospettiva e di strategia concorsuale, che per la prima volta *all’interno del fallimento* si fonda sulla cooperazione con il fallito. Sebbene anche il tratto di alleggerimento delle posizioni debitorie sia molto marcato, e coerente rispetto al proposito di agevolare il recupero del fallito al mercato (in ciò l’inclinazione *debtor oriented* dell’istituto), nondimeno l’esdebitazione resta incardinata in un procedimento fallimentare ancora finalizzato al presidio di legittime aspettative creditorie. Perciò la posta in gioco del beneficio di liberazione dai debiti residui è

debiti residui all’esito della procedura fallimentare, in cambio della messa a disposizione di tutti i documenti, delle informazioni sul patrimonio e in cambio di una condotta non ostruzionistica, anche passiva¹⁰³ (art. 142 l.f., comma 1, n.1) e 2). Le restanti prescrizioni dell’art. 142 attengono, come si diceva, alla preoccupazione del legislatore di scongiurare condotte debitorie opportunistiche¹⁰⁴, la

troppo elevata per prevedere, quale contropartita, un ripristino della simmetria informativa solo parziale. L’insistito riferimento all’accertamento del solo passivo (testualmente ripreso anche nella Relazione governativa al d.lgs n. 5/2006) deve effettivamente essere integrato dal riferimento al proficuo svolgimento della procedura.

¹⁰³ A tal proposito eccepisce GIOVANNI LO CASCIO, *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, Ipsoa, Milano, 2007, p. 849, che il fallito sia già di per sé soggetto all’obbligo di collaborare alla procedura, quindi non ci sarebbe necessità di premiarlo per incentivare una condotta già dovuta. Dello stesso avviso LETIZIA E VASSALLI, *L’esdebitazione*, op. cit., p. 808, che allo scopo invocano anche i principi di correttezza e buona fede in materia di obbligazioni. *Contra* EMILIO NORELLI, *L’esdebitazione*, in *La tutela dei diritti nella riforma fallimentare – Scritti in onore di Giovanni Lo Cascio*, a cura di M. Fabiani e A. Patti, Ipsoa, Milano, 2006, p. 260, che sottolinea, accanto alle già consolidate aspettative di collaborazione della legge fallimentare, quelle ulteriori e specifiche richieste dall’istituto, che saranno di volta in volta rimesse alla valutazione discrezionale del tribunale basata soprattutto sulle relazioni del curatore. andranno di volta in volta valutate. Dello stesso avviso ELENA FRASCAROLI SANTI, *L’esdebitazione del fallito: un premio per il fallito o un’esigenza del mercato?* in *Diritto fallimentare e delle società commerciali*, 2008, I, p. 44 e Santoro, sub art. 142, op. cit., il quale però, più efficacemente, richiama la volontà premiale sottesa alla introduzione dell’istituto. Senza volere, in questa sede, ripetere valutazioni già espresse alla nota precedente, è comunque necessario sottolineare che è proprio la diversa articolazione delle relazioni processuali col fallito ad animare lo spirito della riforma. Invito alla collaborazione e promessa di beneficio sono le nuove leve strategiche arruolate alla causa della soddisfazione dei creditori e di una più pronta emersione della crisi, che ora si affida alla spontanea adesione del fallito piuttosto che ai risultati estorti con piglio punitivo.

¹⁰⁴ Tra le condotte che SANTORO, *Sub art. 142*, op. cit. p. 1871 qualifica condivisibilmente come opportunistiche, tra le molte che il primo comma dell’art. 142 enumera, si ricordano: la violazione delle norme sulla consegna della corrispondenza commerciale al curatore; l’avere già goduto del beneficio

cui esatta qualificazione induce una riflessione: se nella riabilitazione non si può rintracciare una meritevolezza in senso proprio, perché non c’è premio da meritare ma solo l’anticipazione di effetti che devono comunque prodursi a prescindere dalla realizzazione di una specifica condotta per quanto comunque prescritta-, nella esdebitazione il criterio della meritevolezza è compiutamente configurato, laddove si faccia corrispondere a determinati comportamenti, anche omissivi, il riconoscimento di un beneficio autentico, che consiste appunto nell’effetto remissorio. Ma la meritevolezza richiesta per l’esdebitazione ha raggiunto un ampio grado di maturità, avendo fatto decantare quella retorica del debitore onesto e sfortunato che è tipica della originaria elaborazione del canone, e connotandosi per una puntuale definizione delle condotte che lascia poco margine alla valutazione discrezionale, alla quale invece necessariamente rimanda il richiamo a norme etiche e sociali. La cause di questa evoluzione sono molteplici: Intanto questo genere di argomentazioni sulla natura etica o morale del sindacato di attribuzione del merito ha normalmente trovato cittadinanza all’esterno del perimetro fallimentare, tipicamente nel concordato e in genere nelle procedure minori o negli accordi che miravano a *salvare* il debitore dal fallimento e dalle sue conseguenze senza

esdebitativo nei dieci anni precedenti la richiesta che qualifica il debitore come un fallito seriale; l’aver distratto attivo o esposto passività insussistenti, cagionato o aggravato il dissesto rendendo gravemente difficoltosa la ricostruzione patrimoniale o l’aver fatto ricorso abusivo al credito; l’aver tenuto condotte a rilevanza penale connesse con l’esercizio dell’attività d’impresa; il non avere almeno in parte soddisfatto i creditori.

ritorno, mentre nel caso del beneficio esdebitativo il fallimento ha già avuto luogo; inoltre, come sempre accade quando un principio ermeneutico subisce una metamorfosi, la mutazione dipende dal differente indirizzo teleologico fatto proprio dalla novella: si vuole che il fallimento smetta di essere l’esecrabile e definitiva rovina dell’imprenditore sul piano sociale e giuridico, oltre che patrimoniale, per diventare un accidente quasi fisiologico nella parabola imprenditoriale, dal quale è possibile ristabilirsi completamente¹⁰⁵. Ed è un nuovo scenario per il fallimento *tout court*, che non prevede una selezione in base alle qualità morali del fallito.

4. *La legge 3/2012. Le ragioni di un focus sulla meritevolezza nel sovraindebitamento del consumatore.* Con la stagione di riforma del diritto fallimentare avviata nel 2005 la sperequazione nel trattamento dell’insolvenza commerciale e di quella civile aumenta il suo margine di distacco. La prima, che esprime la propria essenza nel credito e

¹⁰⁵ Non si è fatto cenno, fino a questo momento, alle recenti evoluzioni normative nel Codice della Crisi d’impresa e dell’insolvenza, né della recentissima l. 176/2020 perché saranno oggetto di trattazione successiva, benché, com’è noto, lì l’adozione di un diverso paradigma concorsuale sia un fatto pacifico e consolidato. Nel D.lgs 12 gennaio 2019, n. 14, in particolare, il processo di astrazione dalla dimensione morale e di apprezzamento oggettivo delle condizioni per la concessione del beneficio si spinge fino all’ammissione dell’esdebitazione per le persone giuridiche (art. 278, c. 4), con verifica delle condizioni per il riconoscimento in capo a rappresentanti legali e soci illimitatamente responsabili, con il plauso della dottrina prevalente. Cfr. ALESSANDRO NIGRO E DANIELE VATTERMOLI, *Diritto della crisi delle imprese. Le procedure concorsuali*, Bologna, Mulino, 2017, p. 276; E. FRASCAROLI SANTI, *L’esdebitazione*, op. cit., p. 40. La *ratio* della limitazione del beneficio alle persone fisiche, per altro, poteva giustificarsi solo facendo ricorso ad antichi retaggi e legami dell’articolo 142 l.f. con la precedente formulazione, quindi con una dimensione di compensazione di incapacità personali.

che si sostanzia in una crisi finanziaria¹⁰⁶, può far leva su concordati potenziati nella dimensione privatistica, accordi di ristrutturazione dei debiti e piani attestati di risanamento al riparo da azioni revocatorie fallimentari e adesso anche sull’esdebitazione all’esito della eventuale procedura liquidatoria. La seconda consiste nel deterioramento della garanzia patrimoniale e perciò rende attivabile una tutela anticipata anche alla soglia del mero pericolo, oltre a prevedere rimedi che sono esecutivi e individuali, non concorsuali, quindi potenzialmente reiterabili fino alla molestia¹⁰⁷. L’esenzione dal novero dei soggetti fallibili (imprenditori sotto soglia o non più fallibili, imprenditori non commerciali, non imprenditori) che la qualificazione di debitore civile comporta, è nata nel solco della tradizione¹⁰⁸ ed è stata mantenuta come una riserva finalizzata alla

¹⁰⁶ Si tratta di una autorevolissima opinione risalente a GUSTAVO BONELLI, *Del fallimento*, I, Vallardi, Milano, 138-39, p. 7, tornata in auge per la sua attualità e per il riemergere del conflitto tra insolvenza civile e commerciale. Fa il paio con l’idea che «la guarentigia delle obbligazioni di un commerciante è principalmente nel credito personale di cui gode [...] mentre il credito del non commerciante è misurato dalla potenzialità di garanzia che offre il patrimonio», Lodovico Mortara, Disposizioni generali sull’esecuzione forzata, in Commentario del Codice civile e delle leggi di procedura civile, Vol V. Cfr. LARA MODICA, *Profili giuridici del sovraindebitamento*, Napoli, Jovene, 2012, p. 34 e ss.; ENZA PELLECCIA, *Il presupposto oggettivo: il sovraindebitamento*, in *La riforma del sovraindebitamento nel codice della crisi d’impresa e dell’insolvenza*, a cura di E. Pellecchia e L. Modica, Pacini Giuridica, Pisa, 2020, p. 78.

¹⁰⁷ DANILO GALLETTI, *Insolvenza civile e “fresh start”: il problema dei coobbligati*, in *L’insolvenza del debitore civile. Dalla prigione alla liberazione*, a cura di G. Presti, L. Stanghellini, F. Vella, in *Analisi Giuridica dell’Economia*, 2004, II, p. 395.

¹⁰⁸ Il fallimento e le altre procedure concorsuali, nate come espressione di un’unica classe sociale e corporativa, sono sin dalle origini destinate ad un pubblico di soli mercanti/imprenditori. In ciò la dottrina è unanime. Cfr. SANTARELLI, *Per la storia*, op. cit., p. 21; PECORELLA E GUALAZZINI, voce *Fallimento*, op. cit., p. 220; RENZO PROVINCIALI, *Trattato di diritto fallimentare*, I, Giuffrè, Milano, 1974, p. 20. Attraverso l’adozione

protezione di categorie fragili o minori¹⁰⁹ da una procedura personalmente e patrimonialmente molto penalizzante e afflittiva, volta alla eliminazione materiale dell’impresa insolvente¹¹⁰. Date le profonde rivoluzioni di politica legislativa applicate al fallimento, il mantenimento di due diverse classi debitorie finisce per costituire una circostanza fortemente discriminatoria. Per il suo superamento si avvia, con maggiore convinzione rispetto ai tentativi precedenti il 2008, un *iter* legislativo molto lento e complesso¹¹¹, a tratti stimolato dalle normative di armonizzazione europea volte a rimuovere gli ostacoli normativi alla realizzazione di un mercato unico del

delle procedure italiane, propagate in tutta Europa dalla circolazione commerciale e fieristica delle nostre merci e dei nostri uomini, anche questo tratto si è propagato, ed è diventato endemico delle procedure degli stati nazionali. Una valorizzazione nonché un nuovo impulso alla diffusione al di fuori dei confini nazionali si ha con la legislazione francese e l’imperialismo napoleonico, che trasforma il Code de Commerce in un archetipo legislativo della specialità, destinato agli individui che fanno degli atti di commercio la loro professione abituale. In Italia questa impronta rimase, anche dopo la Restaurazione, come tratto tipico dei codici successivi all’Unità. Cfr. Ferdinando Mazzearella, *Fallimento, Autonomia contrattuale, impresa: itinerari e figure tra Otto e Novecento*, in *Autonomia negoziale e crisi d’impresa*, a cura di F. Di Marzio e F. Macario, Giuffrè, Milano, 2010, p. 161 e ss., ma soprattutto p. 176.

¹⁰⁹ In questi termini la Corte Costituzionale, che si è trovata in più occasioni a verificare la conformità all’art. 3 Cost di questo diverso trattamento sostanziale e processuale delle due classi debitorie. Più precisamente, con la sentenza del 16 giugno 1970, n. 94, in *Il Foro italiano*, 1970, I, c. 1857 la Corte giustifica la discriminazione in base all’assunto che i debitori civili, appartenenti o meno all’area d’impresa, non destano allarme «per la loro circoscritta attività, sulla collettività, al contrario dell’insolvenza dell’impresa, che arreca sempre danno all’economia collettiva».

¹¹⁰ ENZA PELLECCIA, *Dall’insolvenza al sovraindebitamento. Interesse del debitore alla liberazione e ristrutturazione dei debiti*, Giappichelli, Torino, 2012, p. XVII.

¹¹¹ Il riferimento è al disegno di legge AS 307 presentato in Senato in data 30 aprile 2008.

credito¹¹², che sfocia improvvisamente¹¹³, attraverso la decretazione d’urgenza, nel d. l. 22 dicembre 2011, n. 212, recante disposizioni urgenti in materia di composizione delle crisi da sovraindebitamento e disciplina del processo civile, contenente misure specifiche riscritte in sede di conversione e poi confluite, attraverso il nuovo d.l. n. 179 del 18 ottobre 2012, art. 18, nella legge 27 gennaio 2012, n. 3, recante disposizioni in materia di usura e di estorsione, nonché di composizione delle crisi da sovraindebitamento, contenente la

¹¹² FABRIZIO MAIMERI, *Il quadro comunitario e le proposte italiane sul sovraindebitamento delle persone fisiche*, in *L’insolvenza del debitore civile. Dalla prigionia alla liberazione*, a cura di G. Presti, L. Stanghellini, F. Vella, in *Analisi Giuridica dell’Economia*, 2004, II, p. 422 e ss. L’Autore, dopo una ricostruzione dello scenario europeo del ricorso al credito al consumo, ricostruisce i tentativi di definizione della normativa europea ed italiana. Cfr. FRANCESCO MACARIO, *Il percorso dell’armonizzazione nel credito al consumo: conclusione di un iter ultraventennale?* in *Rivista di Diritto Privato*, 2009, p. 71 e ss.

¹¹³ Al di là delle continue sollecitazioni europee all’adozione di normative per l’indebitamento dei privati, il 2012 è l’anno nel quale si producono i peggiori effetti della grande crisi dei mutui *subprime*, partita dagli Stati Uniti nel 2008 e propagatasi attraverso i mercati finanziari in tutte le piazze mondiali. Sull’apparente estemporaneità si esprime anche LORENZO STANGHELLINI, *Una rivoluzione per l’indebitamento dei privati*, www.lavoce.info, ultima visita 5 maggio 2021: «Senza grande clamore, alla fine del 2012 il Governo monti ha attuato una riforma che smentisce principi vecchi di duemila anni». Dello stesso avviso MODICA, *Profili*, op. cit., p. 143 e ss.; ID, *Il piano del consumatore sovraindebitato: tentativi di riforma e prospettiva europea*, in *Europa e Diritto Privato*, 2016, III, 621, 622, secondo la quale i nuovi istituti, in particolare il piano del consumatore, intercettano alcuni capisaldi del diritto delle obbligazioni quali l’indistruttibilità dell’obbligazione pecuniaria, la colpevolezza per definizione dell’impotenza finanziaria, la buona fede come presidio delle dinamiche tra creditore e debitore, sostituita da criteri predeterminati e oggettivi e riferiti alla condotta. Contra FEDERICA FORCELLINI, *Sovraindebitamento e statuto dell’obbligazione pecuniaria*, in *Europa e diritto privato*, 2015, 1, 172 e ss. per la quale invece le scelte operate dal legislatore del sovraindebitamento costituiscono una specificazione normativa della inesigibilità fondata sulla buona fede come corollario dell’impossibilità soggettiva temporanea, senza contraddirla, aspetto che contribuisce a fondare piuttosto un principio di meritevolezza per i creditori.

disciplina generale del sovraindebitamento. Prima dell'ultimo innesto, il sistema delineato prevedeva una procedura unica, tendenzialmente strutturata sulla base di esigenze di natura imprenditoriale nonostante fosse diretta ad una categoria molto eterogenea di destinatari, imprenditori e no. L'ultimo decreto, convertito con modificazioni nella l. 17 dicembre 2012, n. 221, - con entrata in vigore il 18 gennaio 2013 - contiene invece una speciale procedura, *il piano del consumatore*, che è la ragione per la quale questa ricerca opera una scelta di approfondimento: mentre le procedure comuni a tutti i debitori civili - accordi di ristrutturazione dei debiti e liquidazione dei beni - ricalcano dinamiche e soluzioni negoziali tipiche della crisi d'impresa e della liquidazione fallimentare, la procedura accessibile al solo consumatore introduce tali e tanti elementi di originalità sia sul piano processuale che della meritevolezza, da collocarsi nel punto di massima distanza dall'origine, nella parabola delle metamorfosi concorsuali del nuovo millennio¹¹⁴.

4.1 *Il piano del consumatore della l. 3/2012. Lineamenti procedurali.* La legge definisce, all'art. 6, co. 2, lett. b), i requisiti soggettivi necessari alla presentazione di un piano del consumatore, definito mutuando la nozione adottata nel Codice del consumo (d. lgs 6 settembre 2005,

¹¹⁴ E ben oltre i confini del diritto concorsuale c'è stato chi, in dottrina, ha parlato di "fallimentarizzazione" del codice civile o di "consumerizzazione" del diritto delle obbligazioni. Cfr. rispettivamente MARINA SPIOTTA, Riflessioni sulle deroghe al codice civile contenute nella legge fallimentare, in *Giurisprudenza italiana*, 2016, p. 1020 e ss.; ENZA PELLECCIA, *Il presupposto*, op. cit., p. 86.

n. 206, art. 3 co. 1, lett. a)¹¹⁵. Ai sensi dell’art. 6, infatti, il consumatore è “il debitore persona fisica che *ha assunto obbligazioni esclusivamente per scopi estranei all’attività imprenditoriale o professionale eventualmente svolta*”¹¹⁶. La scelta della apposita specificazione

¹¹⁵ La nozione del Codice di Consumo, che a sua volta aveva attinto alla nozione di “consumatore” contenuta all’art. 120, co. 1, lett b) del d.lgs. 1° settembre 1993, n. 385, comunemente noto come T.U.B., attraverso un adattamento importato dall’art. 3, co. 2. Del d.lgs.221/2007, individuava il consumatore nel “debitore persona fisica che agisce per scopi estranei all’attività imprenditoriale, commerciale, artigianale o professionale eventualmente svolta”.

¹¹⁶ Il corsivo, non originale nel testo, ha lo scopo di sottolineare gli elementi di difformità rispetto alla definizione precedentemente assunta dal Codice del consumo, che saranno invece reintegrati dalle modifiche introdotte nel Codice della Crisi di Impresa e dell’Insolvenza. A proposito della scelta definitoria, si rinvia alla posizione critica ed alla relativa bibliografia contenuta in FEDERICA PASQUARIELLO, *Le procedure di sovraindebitamento alla vigilia di una riforma*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 2018, III, p. 732 e ss., in particolare p. 750 e ss. Qui l’Autrice esprime perplessità sulla scelta del legislatore di non proporre una «qualifica stabile ed ontologica» del soggetto (Cfr. Id. Sub art. 12 bis, in *Commentario breve alla legge fallimentare*, a cura di A. Maffei Alberti, VI edizione, CEDAM, Padova, 2013, p. 2048, dove viene definita come «una nozione piena e generale di consumatore come persona fisica che non immette sul mercato beni o servizi bensì ne fruisce»), ma di avere spostato la classificazione su un giudizio prestato di volta in volta sulle finalità del singolo debito, caratterizzato da uno scopo di consumo. La scelta, infatti, non permette una sicura qualificazione, ammettendo alla categoria anche soggetti afferenti alla dimensione imprenditoriale, purché intesi nella loro azione di consumo riservato ai bisogni personali o familiari. L’intersezione tra i due insiemi, fatta propria anche dalla normativa europea e, in particolare tra le più recenti disposizioni, dal considerando 12° della Direttiva 2014/17/UE, avrebbe potuto essere risolta dalla previsione di un criterio di prevalenza (“predominanza” nella traduzione del considerando), il quale avrebbe potuto meglio sciogliere la questione dei debiti misti, dello spaccettamento dei debiti d’impresa, dell’attrazione alla procedura del non-consumatore (dello stesso avviso LUCIANO PANZANI, *La composizione delle crisi da sovraindebitamento dopo il d.l. 179/2012*, in *Il nuovo Diritto delle società*, 2012, p. 22) in assenza di strumenti di segregazione patrimoniale anche in vista di una valorizzazione dell’avverbio “esclusivamente”. Nella giurisprudenza di merito Trib. Bergamo 16 dicembre 2014, www.ilfallimentarista.it, stabilisce che imprenditore e libero professionista possono vedersi attribuita la qualità di consumatore se le obbligazioni che hanno

soggettiva è frutto delle critiche che hanno investito la procedura unica, prevista dalla prima stesura della norma¹¹⁷ affinché, come accennato, al consumatore fosse riservato uno strumento specifico di intervento, caratterizzato da logiche non aziendalistiche o imprenditoriali. Per la figura così individuata il legislatore ha previsto non tanto una specifica forma di indebitamento, né effetti liberatori o contenuti negoziali della proposta (uguali per tutti i debitori coinvolti) a sé, ma una modalità processuale esclusiva basata su un piano che prescinde dall’approvazione creditoria. In sostanza, mentre il consumatore ha libero accesso a tutte e tre le procedure, le

determinato il sovraindebitamento non afferiscano all’attività professionale o di impresa in alcun modo; Trib. Milano 16 maggio 2015, *Il Caso*, sez. giur. 13047. In legittimità Cass. 1° febbraio 2016, n. 1869, in *Il Fallimento e le altre procedure concorsuali*, 2016, p. 661 e ss. con commento di FEDERICA PASQUARIELLO, la quale afferma che «in tema di crisi da sovraindebitamento, la nozione di consumatore abilitato alla presentazione del piano di ristrutturazione ai sensi della l. n. 3 del 2012, non deve essere intesa con esclusivo riferimento ad una persona priva, dal lato attivo, di relazioni d’impresa o professionali, potendo il soggetto svolgere anche attività di professionista o imprenditore, in quanto l’art. 6, comma 2, lett. B)l. cit. esige solo una specifica qualità della sua insolvenza finale, dovendo dunque qualificare come consumatore il debitore persona fisica che abbia contratto obbligazioni per far fronte ad esigenze personali, familiari o attinenti alla più ampia estrinsecazione della propria personalità sociale».

¹¹⁷ Cfr. FABRIZIO DI MARZIO, *Sulla composizione negoziale della crisi da sovraindebitamento*, in *Il diritto fallimentare e delle società commerciali*, 2010, I, p. 662, laddove, però, l’esigenza di un impianto normativo binario si fondava sul rilievo statico della crisi del consumatore, che si risolverebbe in un disavanzo dei debiti sui beni posseduti e da una insolvenza commerciale connotata da una valenza prognostica, poi smentito dal legislatore. Cfr. FEDERICA PASQUARIELLO, *Sub art. 12 bis*, op. cit., p. 2048 sul rilievo che il legislatore abbia in effetti fornito una nozione unica di sovraindebitamento per tutte le figure coinvolte, valorizzandone la prospettiva diacronica e prognostica (valida anche per il consumatore) e frustrando la necessità di tenere distinti l’incapacità di pagare del debitore (*Zahlungsunfähigkeit*) dal sovraindebitamento di un patrimonio (*Überschuldung*).

restanti categorie di debitori civili sovraindebitati hanno accesso solo ad accordi e liquidazione (art. 6, co. 1).

Allo stesso articolo 6, comma 2, lett. a) è definito il requisito oggettivo di “sovraindebitamento” che si realizza nella situazione di perdurante squilibrio tra le obbligazioni assunte e il patrimonio prontamente liquidabile per farvi fronte, che determina una rilevante difficoltà di adempiere le proprie obbligazioni ovvero la definitiva incapacità di adempierle regolarmente. Il legislatore ha prospettato una valutazione in due tempi: una *prima fase* in cui rileva il saldo negativo attuale, una statica fotografia di poste contabili in un arco di tempo delimitato all’attualità dell’osservazione; in una seconda fase il parametro si fa dinamico ed anzi prospettico perché lo squilibrio deve potersi qualificare come perdurante¹¹⁸.

L’iniziativa della presentazione di un piano a contenuto dilatorio o remissorio spetta al consumatore sovraindebitato, unico soggetto legittimato circostanza, questa, che incrina il dogma della

¹¹⁸ A proposito di questa seconda indagine l’opinione di STEFANIA PACCHI, *I procedimenti concorsuali per la crisi da sovraindebitamento*, in *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, Vol. III, Padova, Wolters Kluwer CEDAM, 2014, p. 696 e ss. che interpreta il dato normativo come unitario e indifferentemente riferibile a ciascuno dei soggetti non fallibili, auspicando che la valutazione sia operata tenendo conto del differente *status* che caratterizza i debitori: entità del patrimonio ed eventuali entrate prospettiche nel caso del consumatore; analisi dello stato aziendale e del mercato di riferimento in caso degli altri debitori (ma, si avverte, ritenendo nel complesso la natura delle valutazioni eminentemente statica). Ancora la PACCHI ritiene che anche i due scenari si caratterizzino in funzione del soggetto che rappresentano, valutando la difficoltà rilevante più prossima alla dimensione consumeristica. Su tutti FRANCESCO MACARIO, *Finalità e definizioni, La “nuova” composizione della crisi da sovraindebitamento*, a cura di F. Di Marzio, F. Macario, G. Terranova, Giuffrè, Milano, 2013, p. 20, che rileva la probabile superfluità dello sforzo ermeneutico dal momento che il motore della procedura è l’iniziativa del debitore che si autoqualifica come sovraindebitato.

indisponibilità dell’insolvenza¹¹⁹. Il contenuto della proposta può tendere alla ristrutturazione del debito in qualsiasi forma (art. 8, co. 1) purché contenuta in un tempo ragionevole¹²⁰, sia attraverso la cessione di crediti futuri, sia attraverso conferimenti in garanzia da parte di terzi (art. 8 co. 2), contratti di affidamento fiduciario¹²¹ o moratorie per il pagamento dei debitori privilegiati (art. 8, co. 4), purché siano garantiti il pagamento integrale dei debiti impignorabili e dei tributi propri dell’Unione Europea, e purché sia prefigurata la cessione dell’intero patrimonio, dato il termine di confronto - sempre in sottofondo - della convenienza rispetto all’alternativa liquidatoria.

¹¹⁹ Lo nota LARA MODICA, *Il piano*, op. cit., p.622

¹²⁰ La ragionevole durata del piano di ristrutturazione sarà risolta, nel silenzio della normativa, dalla giurisprudenza di legittimità, in una fase molto successiva alla emanazione delle procedure di sovraindebitamento. In seguito a dispute dottrinali e posizioni differenti nella giurisprudenza di merito. Trib. Padova, 13 aprile 2018, ad esempio, ha ritenuto che la durata del piano del consumatore omologabile deve *“necessariamente collocarsi in un ragionevole arco temporale giacché solo in tal modo viene rispettato il principio della ragionevole durata del processo, oltre al fatto che solo così viene ridotto al minimo il sacrificio imposto ai creditori”*. La quasi contemporanea sentenza Trib. Como, 24 maggio 2018, ritiene sia necessario che *“la dilazione proposta risulti compatibile con il rapporto negoziale che si intende ristrutturare, quale nella specie un mutuo fondiario, la cui intrinseca ed ontologica caratteristica è proprio la lunga durata”*. Una interessante casistica di durate progressivamente crescenti è selezionata da NICOLA SOLDATI, *Tutela del Consumatore*, op. cit., p. 140, nt. 155, tra le sentenze disponibili su www.ilcaso.it, al culmine della quale si arriva all’omologazione di piano ragionevole della durata di 24 anni e mezzo in Trib. Verona 20 luglio 2016. La Cass. 28 ottobre 2019, n. 27544 mette il punto definitivo sulla questione statuendo che *“non può aprioristicamente escludersi che gli interessi del creditore risultino meglio tutelati con un piano del consumatore, che preveda una dilazione di significativa durata (anche superiore ai 5-7 anni), piuttosto che per mezzo della vendita forzata dei beni del patrimonio del debitore”*.

¹²¹ MAURIZIO LUPOI, *Il contratto di affidamento fiduciario*, in *Trusts e attività fiduciarie*, 2012, p. 587 ess.

Il consumatore è tenuto a presentare e deporre la proposta (art. 9, co. 1), che va presentata insieme con la relazione particolareggiata, predisposta sotto responsabilità professionale dell’Organismo di Composizione della Crisi (ente terzo, imparziale e indipendente, iscritto in apposito registro ministeriale, che deve garantire il possesso della richiesta qualificazione professionale e di particolari requisiti di onorabilità che, una volta ricevuto l’incarico, esprimerà, a seconda della sua articolazione interna, un professionista Gestore della crisi¹²²). La relazione deve contenere l’indicazione delle cause dell’indebitamento e della diligenza impiegata dal consumatore nell’assumere obbligazioni (art. 9, co. 3 *bis*, lett. a); una esposizione sulle ragioni di incapacità di adempiere le obbligazioni assunte (art. 9, co. 3 *bis*, lett. b); il resoconto sulla solvibilità degli ultimi cinque anni (art. 9, co. 3 *bis*, lett. c); l’esistenza di atti del debitore impugnati dai creditori (art. 9, co. 3 *bis*, lett. d) e un giudizio sulla completezza e attendibilità della documentazione depositata e sulla convenienza del piano rispetto all’alternativa liquidatoria (art. 9, co. 3 *bis*, lett. e). Depositata, sarà attentamente vagliata dal giudice per la verifica della sussistenza dei suoi requisiti nonché di quelli previsti agli articoli 7, 8 e 9¹²³, e in caso di riscontro positivo il giudice firmerà con decreto

¹²² Cfr. NICOLA SOLDATI, *Tutela del consumatore e procedure di sovraindebitamento*, Giappichelli, Torino, 2019, p. 234 e ss.

¹²³ Non è espressamente previsto dalla legge in commento un riscontro dell’OCC o del Giudice delegato circa la ricorrenza dei presupposti oggettivi e soggettivi (sovraindebitamento e qualità di creditore dello specifico debitore) definiti nel precedente art. 6, co. 2, lett. a) e b). Cfr. FRANCESCO MACARIO, *Finalità e definizioni*, *op.cit.*, p. 16 e s., sebbene in giurisprudenza si sia giudicata manifestamente inammissibile la proposta fondata sulla mera asserzione del debitore, in qualità di

l’ammissione alla procedura. L’accertamento quindi, al contrario di quanto avviene nella procedura di accordo, ha luogo prima della fissazione dell’udienza. L’allegazione della relazione particolareggiata e della documentazione prodotta dal debitore i sensi dell’art. 9 c. 2 ha lo scopo di mettere a disposizione del giudice elementi per la serie di accertamenti richiesti, sebbene il giudice e su sua autorizzazione anche l’OCC - possa attingere ai dati contenuti in diverse banche dati pubbliche (anagrafe tributaria, centrale rischi, archivio centrale informatizzato, etc.), ai sensi del co. 10 dell’art 15. La prima verifica potenzialmente ostativa dell’avvio del procedimento investe l’eventuale presenza di atti in frode. La dottrina dibatte su quali condotte specifiche siano riconducibili alla categoria, nel silenzio della norma¹²⁴, che non dà indicazioni neppure in merito all’arco temporale entro il quale detta valutazione sia consentita¹²⁵; su entrambe le vicende dovrebbe comunque incidere

autocertificazione, che l’OCC si sia limitato a recepire apoditticamente. Trib. Larino 24 maggio 2016, e similmente in Trib. Arezzo, 23 aprile 2013

¹²⁴ In LARA MODICA, *Il Piano*, op. cit., p. 630 e ss., in mancanza di indicazioni espresse dalla norma è possibile interpellare per analogia l’art. 173 l. f., che rimanda a occultamento o dissimulazione di parte dell’attivo, dolosa omissione di uno o più crediti, esposizione di passività inesistenti, e altre circostanze comunque già parzialmente sovrapponibili a quelle dell’art. 14. *bis* della l. 3/2012. L’idoneità delle condotte ostative, atipiche rispetto alle elencazioni tassative degli articoli interpellati per analogia, deve essere individuata in base all’attitudine a determinare danni al patrimonio o alla sua infedele rappresentazione. Ad esempio Trib. Reggio Emilia 24 giugno 2016, il.caso.it, sez. giur. 15499 e 11 marzo 2015, il.caso.it, sez. giur. 12285, individuano potenzialità di frode nella concessione di garanzia ipotecaria ad una sola tra le varie aziende di credito e al trust istituito subito dopo la situazione di squilibrio.

¹²⁵ Cinque anni, come previsto espressamente all’art. 14 *quinquies* per la liquidazione del patrimonio oppure, a prescindere da una precisa delimitazione

significativamente il giudizio di completezza e attendibilità della documentazione allegata dal consumatore, operato dall'OCC in virtù dei suoi doveri di “verifica della veridicità” (art. 15, co. 6)¹²⁶.

Il decreto di fissazione dell'udienza non sospende l'avvio di azioni esecutive di specifici procedimenti di esecuzione forzata, né l'efficacia di quelle già incardinate¹²⁷ (effetto che si produrrà solo a seguito di omologazione del piano), ma produce come unico effetto di congelamento automatico la sospensione del corso degli interessi

temporale, la valutazione a ritroso delle sole condotte orientate all'accesso alla procedura - in questo senso, a proposito delle condotte decettive per il convincimento del ceto creditorio nel concordato preventivo, cfr P. F. CENSONI, *La revoca*, p. 8; oppure di tutte le condotte, in senso assoluto - Cfr. F. PASQUARIELLO, *Sub. Art. 12*, op. cit., 2051; *contra* LARA MODICA, *Il piano*, op. cit., p. 630, che invocando la ratio di *second chance* della norma, in specie nel caso di debitore collaborativo, ritiene che la verifica debba limitarsi alle false rappresentazioni della situazione patrimoniale, inserite nel piano e nella documentazione allegata, che siano dirette ad assicurarsi l'accesso alla procedura, anche per evitare di includere nel giudizio condotte fraudolente che hanno un ruolo causale nell'insorgenza della crisi e che quindi andrebbero considerate nella successiva fase di omologazione, nell'esercizio del sindacato di meritevolezza.

¹²⁶ Si lamenta in dottrina la circostanza che l'attestazione di veridicità dei documenti sia sistematicamente collocata nelle disposizioni generali e non, significativamente date le ricadute, tra le verifiche richieste ai sensi dell'art. 9, co. 3 *bis*. FILIPPO LAMANNA, *Speciale Decreto sviluppo bis – Composizione delle crisi da sovraindebitamento: poteri e funzione del Tribunale*, in www.ilfallimentarista.it, 21 dicembre 2012, visitato da ultimo il 5 maggio 2021.

¹²⁷ In tema la proposta di LARA MODICA, *ivi*, p. 634, che sulla base della esemplificazione delle condotte nel frattempo esperibili, seppure nell'ambito di una canonica procedura esecutiva individuale, individuate da PAOLO PORRECA, *L'insolvenza civile*, in *Le riforme della legge fallimentare*, a cura di A. Didone, Torino, 2009, vol. II, p. 2118, rileva che i creditori meno compiacenti potrebbero essere stimolati ad attivarsi in vario modo dal disvelamento che consegue alla pubblicità della proposta riproponendo dinamiche da *potior in iure* e che sarebbe più efficiente, nell'interesse di tutti i soggetti coinvolti, un regime di controllo e/o inefficacia degli atti di disposizione del debitore, che ne impedisca l'alterazione del patrimonio -del quale non è spossessato. Dello stesso avviso F. PASQUARIELLO, *Le procedure* p. 767.

legali e convenzionali, a garanzia della maggior snellezza e semplificazione delle procedure del consumatore.

L’udienza di omologazione ha luogo in camera di consiglio. Qui la scelta semantica del lemma “piano” svela il suo ruolo¹²⁸ segnalando l’assenza di negozialità, la direzione unilaterale della proposta nella quale non ha cittadinanza l’approvazione della maggioranza. I creditori, infatti, sono chiamati a partecipare all’udienza – non così il consumatore istante – avendo solo la possibilità di contestare la convenienza del piano, raffrontando il risultato proposto per la ristrutturazione con quello verosimilmente atteso. Il giudice, in caso di contestazione di creditore dissenziente o pretermesso, o di qualunque altro interessato, valutata l’alternativa liquidatoria può decidere comunque per l’omologazione, in una sorta di *cram down* minore (art. 12 bis, co. 4). Questo aspetto, che ben oltre il ritorno alla gestione giudiziaria e paternalistica dell’insolvenza, si colloca in forte controtendenza rispetto alle recenti dinamiche di sviluppo del diritto concorsuale classico, si giustifica con la volontà di neutralizzare la sicura mancata adesione del ceto creditorio, che avrebbe una efficacia paralizzante sulla procedura¹²⁹. In questo modo, però, il

¹²⁸ F. DI MARZIO, www.ilfallimentarista.it, 21/12/2012, par. 7 e 8, evoca una provenienza aziendalistica del concetto che sarebbe stridente con la dimensione consumeristica.

¹²⁹ Così prefigurato, il piano del consumatore afferisce alla preesistente categoria dei concordati coattivi, avendo l’ampio sindacato del giudice, che può prescindere dall’opposizione dei creditori, una importante contiguità rispetto, ad esempio, al sindacato giudiziale tipico dell’amministrazione straordinaria ex d.lgs. 270/1999. Ne parla F. DI MARZIO, *Introduzione alle procedure concorsuali in rimedio del sovraindebitamento, La “nuova” composizione della crisi da sovraindebitamento*, a cura di F. Di Marzio, F. Macario, G. Terranova, Giuffrè, Milano, 2013, p. 13; ID, in

giudizio di convenienza è spogliato di ogni valutazione di merito e opportunità di taglio soggettivo, ed è invece operata sulla base del mero confronto verso l’alternativa liquidatoria

Se il sindacato di merito della convenienza ha luogo solo su attivazione dei creditori o interessati¹³⁰, lo scrutinio sulla fattibilità del piano deve invece svolgersi d’ufficio. La definizione dei suoi argomenti mutua ampiamente dai ragionamenti svolti nelle analoghe circostanze del concordato preventivo, con l’ovvia avvertenza che anche qui, come per la convenienza, saranno obliterate tutte le valutazioni soggettive ispirate a ragioni di equità od opportunità, per esempio rispetto ad un patrimonio incapiente che determini un livello minimo o nullo di soddisfazione nei chirografari¹³¹, perché frutto della estromessa prospettiva creditoria¹³². La valutazione dovrà

www.ilfallimentarista.it, 21/12/2012, par. 7 e 8 dove l’Autore erige un parallelo anche tra il piano e la liquidazione coatta amministrativa sulla base della comune «tutela dell’interesse pubblico a cui presiede la disciplina legale; e dunque nell’esigenza di evitare che la deliberazione negativa dei creditori vanifichi una proposta autorizzata dal potere amministrativo e perciò ritenuta conforme all’interesse pubblico». Dello stesso avviso ALESSANDRO FABBI, *Sovraindebitamento*, consumer bankruptcy, *discrezionalità del giudice civile*, in *Rivista dell’Esecuzione Forzata*, 2014, p. 507.

¹³⁰ Cfr. FILIPPO LAMANNA op.cit., in Il sindacato sulla convenienza.

¹³¹ Così in EMMA SABATELLI, *Prime osservazioni su una disciplina in itinere: la composizione delle crisi da sovraindebitamento del consumatore*, www.ilFallimentarista.it, 7/11/2012, par. 5.

¹³² Il *quantum* del patrimonio proposto nel piano da parte del consumatore è oggetto di opinioni divergenti in dottrina. *Ivi*, p. 8. Si afferma la possibilità che il debitore ne riservi una quota per il proprio *fresh start*. Secondo GIACOMO MARIA NONNO, in *Sovraindebitamento e usura*, a cura di Massimo Ferro, Milano, IPSOA, 2012, p. 99, potrebbe ad esempio essere preservata la casa di abitazione. *Contra* F. PASQUARIELLO, *Sub art. 12 bis-ter*, p. 2050, 4, a mente della quale l’alternativa liquidatoria sia un parametro ineludibile che costringe il giudice a garantire ai creditori l’offerta migliore che tenga conto dell’intero patrimonio.

basarsi sul merito, sull’idoneità del piano a ristrutturare il sovraindebitamento al meglio delle possibilità garantite dalle risorse attuali e di quelle che con ragionevoli certezza potranno realizzarsi in tempi ragionevoli¹³³ e non eccessivamente diluiti. A questo scrutinio si aggiungono: quello contiguo di idoneità a soddisfare integralmente crediti impignorabili, tributi costituenti risorse proprie dell’Unione Europea, l’Iva e le ritenute operate e non versate; e quello relativo alle contestazioni, tanto debitorie quanto creditorie sull’ammontare dei crediti, «apparentemente escluso il *thema decidendum* sull’*an*»¹³⁴. A questo stadio di sviluppo della disciplina del sovraindebitamento del consumatore¹³⁵, la natura delle verifiche giudiziali evidenzia la irricevibilità di una proposta di piano del consumatore che preveda esiti esclusivamente esdebitativi per radicale incapienza: almeno una minima quota patrimoniale deve sussistere, con l’esito paradossale che proprio il soggetto più fragile resti escluso dalla disciplina della sua tutela¹³⁶.

All’esito positivo di tutte le verifiche¹³⁷ svolte entro il semestre (termine ordinatorio) dalla presentazione della proposta, il piano è omologato con decreto¹³⁸ e dunque diviene obbligatorio per tutti i

¹³³ Cfr. Cass. Sez. I civ., 9 maggio 2013, n. 11014, in *Il Fallimento e le altre procedure concorsuali*, 2014, p. 232 sul concordato preventivo

¹³⁴ F. PASQUARIELLO, *sub art. 12 bis- ter*, op. cit., p. 2051, 2.

¹³⁵ Si rimanda *infra* alle modifiche apportate dal CCII.

¹³⁶ Si rimanda *infra*, al capitolo successivo

¹³⁷ A quelle appena delineate si aggiunge il sindacato di meritevolezza, sul quale *infra*.

¹³⁸ In caso contrario il giudice emette una ordinanza di diniego, che determina l’inefficacia dei provvedimenti di sospensione. Entrambi i provvedimenti sono sottoposti a reclamo presso il Tribunale in una composizione collegiale che esclude il giudice che ha emesso il provvedimento.

creditori anteriori alla pubblicazione del decreto, ma ha efficacia anche nei confronti di creditori successivi, impedendo esecuzioni individuali¹³⁹ o azioni cautelari che insistano sul patrimonio coinvolto nell’esecuzione del piano. L’esatto adempimento del piano e il verificarsi di tutte le circostanze previste all’art. 13 determina, finalmente, l’estensione dell’effetto esdebitatorio anche al consumatore.

4.2 La meritevolezza del consumatore sovraindebitato. L’ultimo scrutinio, che la stessa giurisprudenza definisce il *proprium* del giudizio di omologazione¹⁴⁰, si esercita sulla “meritevolezza”¹⁴¹. Del

¹³⁹ Restano, invece, impregiudicati i diritti creditori nei confronti dei fideiussori, degli obbligati in via di regresso e dei coobbligati. In dottrina si sono sollevate perplessità relative almeno alla ricorrente circostanza che questi soggetti appartengano allo stesso nucleo familiare del debitore. Cfr SABATELLI, Prime osservazioni, op. cit., par. 7; GALLETTI, *Insolvenza civile*, p. 391 e ss.

¹⁴⁰ Trib. Napoli, 12 ottobre 2016, In Giurisprudenza Italiana, VII, 2017, p. 1569 con nota di ROBERTO BOCCHINI, *La meritevolezza dell’accesso al credito nel sovraindebitamento del consumatore*, in *Giurisprudenza italiana*, VII, 2017.

¹⁴¹ La collocazione temporale della verifica di meritevolezza all’interno del procedimento non è pacifica, nelle divergenti interpretazioni di dottrina e giurisprudenza. La necessità che la verifica dell’OCC debba appuntarsi anche sull’indicazione delle cause dell’indebitamento, della diligenza impiegata nell’assumere le obbligazioni e sull’esposizione delle ragioni dell’incapacità del debitore ha portato qualche autore a ritenere che il sindacato della meritevolezza si eserciti in sede di controllo della relazione particolareggiata ai sensi dell’art. 10, o che l’evocazione della procedura anche nella successiva fase dell’omologazione sia indice di cattiva fattura della legge. Cfr LARA MODICA, *Il Piano*, p. 640 e ss.; STEFANIA PACCHI, *I procedimenti concorsuali per la crisi da sovraindebitamento*, in *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, III, Padova, Wolters Kluwer- CEDAM, 2014, p. 661 e ss. Per altro l’adozione del CCII, art. 70, comma 1, sembra avere avallato questa interpretazione. ID, *La ristrutturazione dei debiti del consumatore, La riforma del sovraindebitamento nel codice della crisi d’impresa e dell’insolvenza*, p. 124. Di diverso avviso la giurisprudenza. Cfr Trib. Napoli, 12 ottobre 2016.

resto, l’affermazione della centralità del canone trova un sicuro riscontro nella Relazione illustrativa al d.l. 179/2012¹⁴², dove la previsione di una procedura *sui generis*, tagliata sulle caratteristiche del consumatore è indirizzata al salvataggio del debitore che mostri una condotta abbastanza *meritevole* da giustificare il sacrificio sul lato creditorio. Ai sensi dell’art. 12 bis, co. 3, l. 3/2012, il giudice può omologare il piano quando “esclude che il consumatore ha assunto obbligazioni senza la ragionevole prospettiva di poterle adempiere”, ovvero quando escluda che il consumatore “ha colposamente determinato il sovraindebitamento, anche per mezzo di un ricorso al credito non proporzionato alle proprie capacità patrimoniali”. Accanto ad elementi che ricadono nella sfera della condotta del debitore ma il cui riscontro richiede un accertamento non discrezionale¹⁴³, dunque, il giudice deve sondare la dimensione comportamentale del debitore, attingendo alla relazione

¹⁴² La Relazione illustrativa al d.l. 179/2012, p. 40, «definisce la figura del consumatore come possibile beneficiario di un’apposita procedura di composizione della crisi da introdursi attraverso la proposta di un piano; tale procedura è, essenzialmente, contrassegnata dall’assenza di un procedimento volto ad acquisire l’adesione o il dissenso dei creditori rispetto al piano proposto ma si basa esclusivamente su di una valutazione giudiziale di fattibilità della proposta e di *meritevolezza* della condotta d’indebitamento adottata dal consumatore, ciò in forza della considerazione che non sia rintracciabile alcun interesse economico dei creditori ad operare il “salvataggio” del soggetto di consumo»

¹⁴³ Ci si riferisce a quelle condotte opportunistiche che il legislatore ha ritenuto di stigmatizzare, in formula negativa, in tutti i soggetti che hanno accesso alle procedure da sovraindebitamento ed alla conseguente esdebitazione: il non aver fatto ricorso ad altri procedimenti da sovraindebitamento; il non aver subito per cause non imputabili al soggetto uno dei provvedimenti di cui agli art.14 e 14 *bis*; il non aver fornito documentazione attendibile e accurata che consenta di ricostruire compiutamente la sua situazione economica e patrimoniale (art. 7, co. 2, lett. a - d) del sovraindebitato.

particolareggiata dell'OCC, per misurare il grado di diligenza impiegata nell'assunzione delle obbligazioni, le cause di indebitamento e le ragioni dell'incapacità di adempiere. Rispetto ai recenti *standards* del diritto concorsuale imposti dalla stagione di riforma 2005 – 2007, che sembravano aver dismesso l'argomento etico dalle valutazioni sul trattamento dell'imprenditore insolvente nell'accesso alle misure di negoziazione della crisi, nella disciplina di sovraindebitamento pensata per l'esordio di una nuova soggettività giuridica, una qualche forma di regressione alla dimensione morale è, *prima facie*, evidente. La dottrina, seguita da una certa giurisprudenza, ha adottato in merito atteggiamenti differenti, che possono essere classificati secondo il riscontro, nel piano del consumatore, di un coefficiente etico crescente.

La prima è una posizione di rottura rispetto al sistema concorsuale classico, che non a caso è quella minoritaria. Essa valorizza la collocazione sistematica della norma a scapito della selezione delle condotte su base etica¹⁴⁴. Il legislatore ha, infatti, inserito il

¹⁴⁴ Per tutti GIUSEPPE LIMITONE, *Il concetto di colpa nella legge n. 3/2012 sul sovraindebitamento del consumatore*, in *Crisi d'Impresa e Fallimento*, www.ilcaso.it, 7 marzo 2016. Qui, dopo avere brevemente ricordato le cause della trasformazione dell'indebitamento in un fenomeno di massa, l'Autore valorizza le esperienze economiche di maggior successo, quali l'americana (citando espressamente i *Chapters* 7 e 13) e la tedesca, che recuperano la produttività dei soggetti sovraindebitati con l'esdebitazione quando è chiaro che in nessun modo i debiti potranno essere esatti, perché tornino a produrre reddito sul piano macroeconomico. Il *fresh start*, la filosofia della *second chance* per come delineata anche nella Raccomandazione della Commissione UE 12 marzo 2014, costituirebbero la chiave interpretativa della l. 3/2012 che, a causa della eccessiva enfasi data alla colpa dell'indebitato, alla scarsa diligenza nell'assumere obbligazioni ed alla consapevolezza di stare indebitandosi oltre le proprie

procedimento all’interno di una normativa che intende contrastare i fenomeni dell’usura e dell’estorsione, dunque la *ratio legis* non può consistere nella volontà di esdebitare le sole condotte non colpevoli del debitore che contraendo diligentemente obbligazioni pecuniarie compatibili con la propria capacità di ottemperarle, si ritrova successivamente colpito da una situazione-evento sopravvenuta e imprevedibile, indipendente dalla sua signoria, che determina uno squilibrio tra le obbligazioni assunte e il patrimonio prontamente liquidabile per farvi fronte o la definitiva incapacità di adempierle. Interpretata in questo modo, la meritevolezza finirebbe per escludere la gran parte dei soggetti sovraindebitati dalla possibilità di ristrutturare il proprio debito e di vedersi esdebitati per il residuo senza subire l’interferenza contraria della classe creditoria. In altre parole, ammettendo il solo sovraindebitamento passivo, l’interprete tradisce l’intento del legislatore europeo e nazionale, che ha fatto propri i principi di *second chance* e *fresh start* tipici della cultura

possibilità, è di scarsa applicazione, limitata ai soli casi in cui su una situazione di indebitamento perfettamente sana si abbatta un fenomeno imprevedibile e involontario a creare la patologia, uno *shock* esogeno; ID, *Postilla sulla colpa nella legge n. 3/2012 sul sovraindebitamento del consumatore e la proposta della Commissione Rordorf*, in *Crisi d’Impresa e Fallimento*, www.ilcaso.it, 23 settembre 2016. Qui l’Autore registra l’*impasse* della norma, che prevede «come requisito d’accesso un parametro che di fatto impedisca l’accesso proprio a coloro che quella legge vorrebbe tutelare», p. 3; ID, *Meritevolezza, shock esogeno (eventi imprevedibili) e merito creditizio*, Nota a Trib. Livorno 6 novembre 2020, *Crisi d’Impresa e Fallimento*, www.ilcaso.it, 2 dicembre 2020. Qui l’Autore analizza la circostanza in cui, a fronte di un aumentato costo della vita, non controbilanciato da una contemporanea espansione del potere d’acquisto dei salari molti nuclei familiari si ritrovino in condizioni di povertà senza che alcuna condotta possa essere loro rimproverata. Per la giurisprudenza di merito è possibile consultare www.unijuris.it per Trib. Vicenza 24/09/2020, visitata l’ultima volta il 5 maggio 2021.

nordamericana e inglese, a mente dei quali il soggetto che non è in grado di restituire il prestito, né lo sarà mai, rimane un debitore improduttivo per sempre, non nelle condizioni di produrre nuova ricchezza o di farla emergere in un quadro di legalità, «un ramo secco della pianta economica»¹⁴⁵. Invece, se a prescindere da un grado minimo di colpevolezza¹⁴⁶ - intesa come rappresentazione della propria condizione di graduale sovraindebitamento, dalla quale ogni posizione debitoria è affetta, almeno in minima parte - si dà al debitore la possibilità di ripartire e partecipare attivamente alla vita economica e al benessere collettivo. Ostacolo alla produzione di questo effetto di ripartenza del debitore è la colpa come rappresentazione. L’argomento sistematico suggella la circolarità del ragionamento: il sovraindebitamento generato da usura o estorsione, che non dipende da *shock* esogeni o dalla negligenza del debitore, è un fenomeno avversato dal legislatore nell’ambito della medesima legge.

Diversa l’opinione di quanti, in giurisprudenza¹⁴⁷ e in dottrina, ritengono che la meritevolezza abbia una valenza premiale, secondo un meccanismo di ottenimento del beneficio in cambio di una

¹⁴⁵ FRANCESCO CARNELUTTI, *supra* nt. 93.

¹⁴⁶ Si segnala in via incidentale che questo sarà, tendenzialmente, l’orientamento sposato dal legislatore della riforma organica nell’adozione del Codice della Crisi d’Impresa e dell’insolvenza, sul quale *infra*, nel capitolo successivo.

¹⁴⁷ Senza alcuna pretesa di esaustività si segnalano: Trib. Pistoia, 27 dicembre 2013; Trib. Pistoia, 28 febbraio 2014, in *Foro it.*, 2015, I, p. 315; *ibidem* Trib. Catania, 17 giugno 2014; Trib. Verona, 9 maggio 2018; Trib. Padova, 13 aprile 2018; Rovigo, 13 dicembre 2016; Trib. Udine, 4 gennaio 2017; Trib. Pistoia, 8 gennaio 2014; Trib. Ascoli, 4 aprile 2014; Trib. Catania, 24 giugno 2014, www.unijuris.it, ultima visita 5 maggio 2021.

condotta esemplare. In questa prospettiva il sindacato sulla meritevolezza consiste in una valutazione del comportamento del debitore, a fronte del sacrificio in termini di rinuncia imposto ai creditori, tanto più alto non solo perché determina d’imperio la remissione del debito residuo, ma anche perché la decurtazione o il declassamento dei crediti vantati avviene senza che possano contribuire al processo decisionale, talvolta anche quando ne contestino la convenienza del risultato. È la dimensione del sacrificio imposto ai creditori a determinare l’altezza dell’asticella alla quale l’interprete fissa le aspettative sulla condotta debitoria, affinché questa sia legittimata ad attivare il meccanismo della ristrutturazione affievolendo la forza del vincolo obbligatorio e il principio della responsabilità patrimoniale. Ed è sempre il sacrificio imposto ai creditori ad esigere non solo l’analisi tecnico patrimoniale, ma anche la verifica della dimensione personale e soggettiva sui moventi della contrazione dei singoli debiti, sullo stile di vita, sugli scopi personali o familiari relativi alle abitudini di consumo¹⁴⁸, sulle ragioni di incapacità di adempiere. Secondo questo orientamento la colpa ha un ruolo speculare rispetto alla precedente interpretazione, perché la diligenza prestata nell’assumere obbligazioni è il parametro che può o meno discriminare l’accesso al beneficio. Ad essere ammesso alla procedura è infatti il solo sovraindebitamento passivo, determinato da cause esogene e imprevedibili nel momento genetico

¹⁴⁸ CARMELITA CAMARDI, *Il sovraindebitamento del consumatore e il diritto delle obbligazioni. Alcune riflessioni ai confini del sistema del diritto civile*, in *Sovraindebitamento e rapporto obbligatorio*, a cura di Giovanni D’Amico, Torino, Giappichelli, 2018, p. 171 e ss.

dell’assunzione del debito, che si verificano durante lo sviluppo funzionale del rapporto obbligatorio per cause non imputabili al consumatore. È il ritorno del debitore onesto e sfortunato, un ruolo che dopo le riforme del diritto concorsuale del 2005-2006 non può più spettare all’imprenditore. Mentre «chi fa impresa si espone a un rischio meritevole di protezione, il mero consumatore risente solo di proprie scelte di vita, che è sensato vagliare più severamente alla luce della meritevolezza del suo comportamento»¹⁴⁹. Ma anche questo orientamento affianca, a valutazioni condotte su un piano strettamente microeconomico fondato su singoli rapporti di debito credito, una più ampia prospettiva macroeconomica che ne giustifica gli assunti. Il restringimento dell’accesso ai benefici connessi alla procedura ha lo scopo di contenere strategie opportunistiche dei consumatori, quindi a livello aggregato scoraggiando la diffusione di incentivi distorti che possano esasperare la tendenza al sovraindebitamento. Nei sistemi di impronta marcatamente liberale l’inclinazione concorsuale *pro debtor* ha senso per una serie di ragioni che difficilmente potrebbero attagliarsi alle caratteristiche del nostro tessuto sociale ed economico¹⁵⁰. L’economia del consumo si basa sulla costruzione di bisogni artificiali che alimentano il circuito produttivo, ed è strumentale al sistema che il sovraindebitamento sia considerato un accidente fisiologico, come per l’imprenditore, e che il consumatore possa uscire da una

¹⁴⁹ F. PASQUARIELLO, *Le procedure di sovraindebitamento*, p. 751

¹⁵⁰ G. ROJAS ELGUETA, *L’esdebitazione del debitore civile: una rilettura del rapporto Civil Law – Common Law*, in *Banca Borsa e titoli di credito*, 2012, p. 310 e ss.

procedura di insolvenza esdebitato e pronto per tornare ad alimentare il circuito. L’esdebitazione è anzi considerata una sorta di ammortizzatore sociale in paesi privi di sistemi di *welfare*. Anche dal lato creditorio, del resto, una esdebitazione di facile accesso, priva di parametri troppo stringenti o valutazioni premiali di natura etica crea vantaggi sul piano macroeconomico. La garanzia di un facile e sbrigativo accesso al credito da parte degli intermediari, che abbatta i costi di efficienza e verifica del merito creditizio, e che retoricamente è stata presentata come un fenomeno di “democratizzazione del credito”, è in realtà in grado di oliare questi ingranaggi di produzione-consumo, ma anche di contenere e neutralizzare rischi di insolvenze di massa, attraverso strumenti assicurativi che finiscono per esternalizzare il rischio di insolvenza redistribuendolo sulla collettività¹⁵¹, e ottenendo, di fatto, una contraria e infausta democratizzazione *del debito*. Il quadro italiano si colloca ancora ad una distanza siderale da questo schema¹⁵², nonostante nel decennio che ha preceduto la Grande Crisi economica del 2008 il mercato del credito al consumo fosse in forte

¹⁵¹LARA MODICA, *Effetti esdebitativi (nella nuova disciplina del sovraindebitamento) e favor creditoris*, in *I Contratti*, IV, 2019, p. 475: «Il creditore del sovraindebitato è un creditore professionale, intermediario bancario o non bancario, e gli obblighi restitutori del sovraindebitato sorgono prevalentemente da operatori (prestiti personali, carte *revolving*, cessioni del quinto dello stipendio) che hanno costi up front molto alti, in grado di remunerare immediatamente e definitivamente il finanziatore; alle quali il più delle volte sono affiancate, sottoscritte dal cliente, polizze assicurative a protezione del credito; sono oggetto di cartolarizzazione e reimmesse immediatamente nel mercato finanziario»

¹⁵² Nella vastissima letteratura sul tema, per un affresco sul sistema bancario e finanziario italiano del ‘900 si rimanda a RENZO COSTI, *Il mercato mobiliare*, Torino, 1997.

espansione, si affacciassero al mercato una moltitudine di nuovi operatori più attenti al profitto che a regole di prudenza o di selezione del merito, si diffondessero prodotti finanziari di nuovo conio per il mercato locale, quali cessioni del quinto o carte di credito *revolving*¹⁵³. Malgrado questo fermento, sicuramente sopito dopo la crisi, un fattore di prudenza era costituito da un costo del credito al consumo tra i più alti in Europa¹⁵⁴ a causa di una artificiosa sovrapposizione di livelli multipli di intermediazione creditizia. A ciò va aggiunto un *trend* di accesso al credito al consumo da parte delle famiglie che, per ragioni di riduzione del potere d’acquisto e precarizzazione del mercato del lavoro, non ha ceduto alle lusinghe del consumismo, limitandosi al finanziamento di necessità o di c.d. cittadinanza, non finalizzato all’accrescimento dei consumi ma al mantenimento del tenore di vita precedente l’impoverimento¹⁵⁵. In un quadro così delineato, il mantenimento di una disciplina binaria per impresa e consumatori è ancora l’approccio più sensato oppure è, forse, una consapevole presa di distanze dal metodo ultraliberale. A ben vedere l’Europa ne ha adottato una declinazione molto diluita, elaborata negli anni ’90 nelle socialdemocrazie scandinave e mitigata da istanze solidaristiche, che prevede l’esdebitazione del sovraindebitamento solo al ricorrere, appunto, di cause esogene di

¹⁵³ GAETANO PRESTI, *Nuovi strumenti per il credito al consumo: le carte revolving*, in *Le Società*, 2007, p. 483 e ss.

¹⁵⁴ PELLECCIA, *Dall’insolvenza al Sovraindebitamento*, op. cit., p. 50

¹⁵⁵ MARILENE LORIZIO e ANNAMARIA STRAMAGLIA, *Il profilo della domanda di credito al consumo. Un caso studio*, in *Credito al consumo e sovraindebitamento del consumatore. Scenari economici e profili giuridici*, a cura di Michele Lobuono e Marilene Lorzio, Giappichelli, Torino, 2007, p. 130.

shock economico, sfuggenti alla signoria ed alla resistenza del consumatore, denominate di *social force majeure*¹⁵⁶. Naturalmente, attirato nell’orbita della tradizione giuridica nazionale, il modello scandinavo subisce una riappropriazione secondo un’interpretazione costituzionalmente orientata, in cui la meritevolezza si scinde in due dimensioni: una oggettiva, che si ravvisa nella sussistenza di documentazione attendibile allegata al ricordo a riprova di esigenze particolarmente meritevoli di accesso al credito, quali ragioni sociali, familiari, mediche; l’altra soggettiva che si sostanzia nella diligenza del debitore al momento dell’assunzione delle obbligazioni¹⁵⁷.

¹⁵⁶ THOMAS WHILLHELLMSON, *Wirtschaftliche Unmöglichkeit aus sozialen Gründen — eine neue Rechtsfigur in den Nordischen Staaten*, tradotto in *Social force majeure — A new concept in Nordic consumer law*, in *Journal of Consumer Policy*, 13, 1-14, 1990, *passim*; DIANA. CERINI, *Sovraindebitamento*, p. 187 e ss, p. 195 in particolare.

¹⁵⁷ Cfr. ROBERTO BOCCHINI, *La meritevolezza*, op. cit., 1571. In giurisprudenza, Trib. Napoli, 12 ottobre 2016; Trib. Napoli Nord, 18 maggio 2018; NICOLA SOLDATI, *Tutela del consumatore e procedure di sovraindebitamento*, Giappichelli, Torino, 2019, p. 137.

CAPITOLO IV.

DALLA MERITEVOLEZZA DEL CONSUMO ALLA MERITEVOLEZZA DEL CREDITO

Sommario: 1. Il processo di elaborazione del CCII e l'impatto della Direttiva 2019/1023 sul sovraindebitamento del consumatore. 2. La legge 18 dicembre 2020, n. 176 e l'anticipata vigenza di alcuni aspetti del CCII. 3. La nuova meritevolezza del consumatore e del debitore incapiente. 3.1 Due *case studies*. 3.2 La meritevolezza del debitore incapiente. - 4. L'atteggiamento del legislatore nei confronti della responsabilità del creditore prima del CCII. 4.1. Dalla meritevolezza del consumo alla meritevolezza del credito. Un ulteriore passo verso il *responsible lending*.

1. Il processo di elaborazione del CCII e l'impatto della Direttiva 2019/1023 sul sovraindebitamento del consumatore. La l. n. 3/2012 è nata per colmare lacune e sperequazioni ed è enfaticamente stata definita dalla stampa “legge salva-suicidi”. A qualche tempo dalla sua emanazione è stato però già evidente¹⁵⁸ che «nessun potere salvifico si è manifestato»¹⁵⁹. A causa di difetti di fattura, profili processuali problematici, costi molto elevati di accesso, decreti attuativi che hanno tardato la piena esecutività¹⁶⁰ delle procedure di nuovo conio,

¹⁵⁸ I dati dell'Osservatorio della Link Campus University evidenziano un trend in aumento dei suicidi per cause economiche nel periodo 2012-2017 particolarmente rivelatore di una diffusione del fenomeno presso le fasce più deboli, con macabre percentuali che indicano una incidenza presso disoccupati o lavoratori privi di occupazione stabile ormai pari a quella riscontrata presso gli imprenditori. <https://osservatoriosuicidi.unilink.it/sei-anni-2012-2017/> , ultima visita 5 maggio 2021.

¹⁵⁹ LARA MODICA, *Il Piano*, op. cit., p. 618.

¹⁶⁰ Il Decreto Ministeriale n. 202, istitutivo del registro degli Organismi di Composizione della Crisi è stato emanato il 24 settembre 2014; poco dopo sono

il ricorso ad esse è stato molto marginale. Ha inciso anche la scarsa conoscenza delle possibilità offerte dalla normativa presso la potenziale utenza, alla quale si è cercato di porre rimedio con l'inserimento nel precetto dell'avvertimento che il debitore può porre rimedio alla situazione di sovraindebitamento concludendo con i creditori un accordo di composizione della crisi o proponendo agli stessi un piano del consumatore¹⁶¹. L'inadeguatezza delle scelte di politica legislativa operate nel 2012 è stata ulteriormente evidenziata dall'incalzante e continuo processo di normazione eurounitaria, che ha agito sul duplice fronte della prevenzione del sovraindebitamento¹⁶² e della soluzione della crisi. La Commissione c.d. Rordorf, istituita nel gennaio 2015 per l'elaborazione di interventi di riforma, ricognizione e riordino della disciplina delle

seguiti i Regolamenti recanti i requisiti di iscrizione nel registro degli OCC, GU n. 21 del 27 gennaio 2015. Cfr. ALESSANDRO NIGRO, *Gli organismi di composizione delle crisi da sovraindebitamento*, in *Diritto della banca e del mercato finanziario*, 2015, I, p. 5; LUCIANO PANZANI, *Il ruolo del giudice e degli organismi di composizione della crisi nelle procedure*, in *Studi senesi*, 2013, p. 404.

¹⁶¹ Art. 480 c.p.c., co. 2, sull'inserimento del quale si è concentrata la frustrazione della dottrina dal momento che il mancato inserimento non sia assistito da sanzioni né afflitto da nullità, divenendo fondamentalmente oggetto di adesione solo spontanea. Si veda Trib. Roma 19 gennaio 2016, con commento di GIACINTO PARISI, *Nullità del precetto per mancanza dell'avvertimento relativo alla procedura da sovraindebitamento*, in *Il diritto fallimentare e delle società commerciali*, 2016, III-IV, p. 928 e ss., che ; ENZA PELLECCIA, *Brevi note sulla modifica dell'art. 480 c.p.c.: obbligo di inserire nel precetto l'informativa al debitore sulla possibilità di fare ricorso alle procedure di composizione delle crisi da sovraindebitamento*, in *Nuove Leggi Civili Commentate*, 2015, p. 961, suggerisce, in conseguenza dell'omesso avviso, l'opposizione all'esecuzione ex art. 615 c.p.c. quando il debitore possa dimostrare che se avvertito avrebbe potuto ricorrere alla l. 3/2012. Contra NICOLA SOLDATI, *Tutela del consumatore*, op. cit., p. 55 e ss.

¹⁶² *Infra* p. 90, nt. 155, sui provvedimenti di regolamentazione delle informazioni al debitore, regolamentazione degli intermediari, educazione finanziaria.

procedure concorsuali, si imbatte infatti nella appena emanata Raccomandazione 2014/135/UE della Commissione su un nuovo approccio al fallimento delle imprese e all'insolvenza, che chiama in causa anche i consumatori¹⁶³ nel fornire un quadro comune per le norme nazionali in materia di insolvenza e seconda opportunità dei debitori onesti; nel pieno dei lavori, poi, la Commissione Rordorf viene influenzata dal Regolamento 2015/848 del Parlamento europeo e del Consiglio, datata 20 maggio 2015, relativo all'efficacia delle procedure transfrontaliere di insolvenza, alla necessità di intervenire precocemente nelle crisi e di prevedere una seconda opportunità per i falliti onesti e per le imprese economicamente valide ma in difficoltà economica¹⁶⁴, nonché dai molteplici Pareri del Comitato

¹⁶³ La Raccomandazione 2014/135/UE della Commissione Europea, disponibile al link <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32014H0135&from=IT> al Considerando 15 stabilisce: *“Sebbene la presente raccomandazione non includa nel suo campo di applicazione il sovraindebitamento dei consumatori e il loro fallimento, gli Stati membri sono invitati a valutare la possibilità di applicarne i principi anche ai consumatori, giacché alcuni possono essere rilevanti anche per i consumatori.”*

¹⁶⁴ Ai sensi del Regolamento (UE) 2015/848 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 maggio 2015, relativo alle procedure di insolvenza, Considerando 10, è opportuno estendere l'ambito di applicazione del Regolamento stesso “alle procedure di remissione del debito o di adeguamento del debito con riguardo ai consumatori e ai lavoratori autonomi, ad esempio mediante riduzione dell'importo che deve essere versato dal debitore o proroga del termine concesso a quest'ultimo. Non comportando necessariamente la nomina di un amministratore delle procedure di insolvenza, è opportuno che tali procedure siano disciplinate dal presente regolamento se si svolgono sotto il controllo o la sorveglianza di un giudice. Con «controllo» si dovrebbe intendere, in questo contesto, anche le situazioni in cui il giudice interviene esclusivamente se adito su ricorso di un creditore o di altre parti interessate”.

Economico e Sociale Europeo¹⁶⁵, sebbene l'influenza più rilevante sia stata esercitata dalla Proposta di Direttiva 2016/0359¹⁶⁶, successivamente tradotta in una vera e propria Direttiva, la n. 2019/1023/UE. Nella Relazione di accompagnamento alla Proposta si auspica la creazione di un ambiente imprenditoriale sano, in grado di assorbire gli shock economici che, determinando livelli di disoccupazione e di prestiti deteriorati si ripercuotono su consumo e consumatori. A questo proposito, dopo avere rilevato e classificato i sistemi in vigore nei paesi membri, diventa evidente la necessità armonizzare le normative e i livelli di tutela molto eterogenei adottati spontaneamente negli Stati su impulso della precedente Raccomandazione¹⁶⁷, perché la frammentazione ottenuta è un ulteriore ostacolo alla attrazione di investimenti transfrontalieri e alla creazione di un mercato interno stabile e resistente ad eventi esogeni destabilizzanti. Perciò la Proposta stabilisce tre pilastri da sviluppare: i) quadri di ristrutturazione, anche preventiva; ii) misure di seconda

¹⁶⁵ Pareri: CESE 2014/C 311/06, un parere esplorativo in tema di protezione dei consumatori e gestione corretta dell'indebitamento eccessivo per prevenire l'esclusione sociale; parere di iniziativa CESE 2015/C012/01, sulla vulnerabilità dei consumatori rispetto alle pratiche commerciali nel mercato unico; parere esplorativo CESE 2016/C 133/03 sulla lotta alla povertà e sul ruolo della concessione irresponsabile di credito al consumo in tempi di crisi e di politiche di austerità sulla formazione del sovraindebitamento, consultabili su <https://eur-lex.europa.eu/homepage.html>, ultima visita 5 maggio 2021.

¹⁶⁶ FRANCESCO MAROTTA, *L'armonizzazione europea delle discipline nazionali in materia di insolvenza: la nuova Direttiva europea riguardante i quadri di ristrutturazione preventiva, la seconda opportunità e le misure volte ad aumentare l'efficacia delle procedure di ristrutturazione*, www.ilcaso.it, in *Crisi d'Impresa e Insolvenza*, 17 aprile 2019, ultima visita 5 maggio 2021

¹⁶⁷ Raccomandazione 2014/135/UE della Commissione emanata il 12 marzo 2014, disponibile sul sito <https://eur-lex.europa.eu/homepage.html>.

opportunità; iii) insolvenza o implementazione di preesistenti procedure di ristrutturazione, insolvenza e liberazione dai debiti. I medesimi principi devono poi essere estesi anche alle persone fisiche non imprenditori, quindi ai consumatori, sia perché contribuiscono a determinare la salute del mercato, sia perché il loro debito si colloca spesso in una zona di intersezione con il debito dell'imprenditore ma anche a causa del rilievo problematico che il sovraindebitamento riveste a livello economico e sociale.

Nel frattempo, a ottobre 2017 il Ministero italiano della Giustizia nomina per decreto una *Rordorf bis*, per elaborare schemi di decreti attuativi in tempi strettissimi, nell'imminenza dello scioglimento delle Camere nel Natale 2017. Effettivamente, il 19 ottobre 2017 la commissione licenzia la legge n. 155, di delega al Governo per la riforma delle discipline della crisi d'impresa e dell'insolvenza, per il riordino e la ricostruzione sistematica dell'intera materia concorsuale ma anche per la messa a punto di più efficaci misure sostitutive della disciplina del sovraindebitamento anche attraverso la recezione delle buone prassi nel frattempo elaborate dalla giurisprudenza sulla base delle lacune e delle problematiche insorgenti dalla l. n. 3/2012, all'insegna di quella maggiore incisività prevista per soggetti d'impresa e consumatori dalla Proposta di Direttiva. Il 12 gennaio 2019 vede la luce il Decreto legislativo n. 14, contenente il Codice della Crisi di Impresa e dell'insolvenza,

prevedendo una *vacatio legis* particolarmente lunga¹⁶⁸ data l'ampiezza ed i tempi di adattamento necessari alle modifiche apportate. Trova una definizione finale anche la Proposta, con la Direttiva 2019/1023 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 20 giugno 2019, che converte i tre pilastri in ristrutturazione, esdebitazione e seconda opportunità e che, per la prospettiva accolta in questa ricerca, ha un particolare spessore sulle linee tendenziali che deve assumere la disciplina del sovraindebitamento del consumatore, avuto particolare riguardo alla garanzia di un accesso quanto più uniforme possibile all'esdebitazione dopo un ragionevole periodo di tempo.

2. *La legge 18 dicembre 2020, n. 176 e l'anticipata vigenza di alcuni aspetti del CCII all'interno della l. 3/2012.* A pochi mesi dall'entrata in vigore del Codice della crisi d'Impresa e dell'Insolvenza l'emergenza sanitaria evidenzia l'impossibilità di dare concretezza all'adozione del nuovo sistema concorsuale¹⁶⁹, date le importanti conseguenze in termini di adattamento che esso comporta. Ma la paralisi economica che consegue alla crisi rende con altrettanta evidenza la necessità di adottare alcune misure di tutela dei soggetti più esposti. Per questa ragione, nella decretazione d'urgenza del governo Conte *bis* è inserita una norma che, recependo soluzioni elaborate dalle prassi

¹⁶⁸ L'entrata in vigore è stata inizialmente fissata per il 15 agosto 2020 ma com'è noto, l'emergenza sanitaria ha costretto a rimandare ulteriormente la vigenza. Particolarmente impegnative le misure di implementazione dell'allerta e degli adeguamenti endorganizzativi richiesti alle imprese per l'adattamento alle norme del CCII

¹⁶⁹ Cfr RENATO RORDORF, *Il Codice della Crisi e dell'Insolvenza in tempi di pandemia*, 8 aprile 2020, Giustizia Insieme, disponibile su www.giustiziainsieme.it

giudiziarie che nel tempo si sono consolidate intorno ad alcuni punti critici della legge n. 3/2012, anticipa l'adozione di alcuni strumenti e istituti introdotti nella struttura della legge n. 3/2012 per innesto.¹⁷⁰ Per valutare la portata dei benefici sulla posizione debitoria, espressione di un *favor* sempre più concreto del legislatore, sarà utile una loro brevissima rassegna, con l'avvertenza che lo spazio necessariamente limitato di questa ricerca permetterà un approfondimento delle sole istanze che comportano riflessi immediati e diretti sulla meritevolezza (nei successivi paragrafi), mentre concederà lo spazio di una mera e sommaria elencazione degli altri, priva di alcuna pretesa di esaustività.

Il primo intervento è sull'art. 2, co. 1, lett. e) del CCII/ art. 6, co. 2, lett. b) della l. 3/2012, dove si prefigura un più ampio concetto del consumatore persona fisica, inteso non solo come recupero, nella definizione, delle attività commerciali ed artigiane (espunte dalle scelte operate nel 2011-2012 nel momento in cui la legge sul sovraindebitamento mutuava selettivamente le definizioni contenute nel codice del commercio e nel TUB, ma ora riguadagnate in una operazione di riallineamento con le altre fonti) ma anche come

¹⁷⁰ L'anticipazione del CCII nella legge sul sovraindebitamento è determinata dal c.d. Decreto Ristori (d.l. 28 ottobre 2020, n. 137), convertito in legge con modificazioni dalla legge n. 176/2020. Argomentano la visione critica di questa scelta di innesto nel corpo di una normativa che procede mediante logiche differenti ANNA GHEDINI e MARIA LUCETTA RUSSOTTO, *La meritevolezza del debitore: ieri, oggi e domani*, in *Crisi d'Impresa e Insolvenza*, disponibile su www.ilcaso.it, 18 febbraio 2021, p. 9, con la circostanza esemplificativa che «alla liquidazione del patrimonio non consegue affatto l'esdebitazione di diritto ex art. 282 CCI, che invece conseguirà in futuro (forse) alla liquidazione controllata, ma per aversi esdebitazione occorrerà fare ricorso alla diversa e autonoma procedura di cui all'art. 14-terdecies»

caducazione dell'avverbio “esclusivamente” (che nella precedente formulazione aveva creato qualche ambiguità) e come recupero di un più generico concetto di azione – quel «agisce» - in luogo del più angusto avere «assunto obbligazioni». Nello stesso articolo, poi, il legislatore compie una scelta selettiva di difficile intellegibilità, quando ammette al novero dei consumatori “*il socio di una delle società appartenenti ad uno dei tipi regolati nei capi III, IV e VI del titolo V del libro quinto del codice civile, per i debiti estranei a quelli sociali*”¹⁷¹, riferendosi al socio illimitatamente responsabile di s.n.c., s.a.s e s.a.p.a., ma rinuncia a definire la posizione di altri soggetti - quali il fideiussore garante senza riflessi diretti, il professionista o l'imprenditore individuale per debiti di consumo o promiscui - che avrebbero potuto legittimamente aspirare all'inclusione nella corsia preferenziale che la ristrutturazione dei debiti/piano del consumatore rappresenta, tanto più che, negli anni, erano stati

¹⁷¹ FEDERICA PASQUARIELLO, *L'accesso del socio alle procedure di sovraindebitamento: una grave lacuna normativa*, in *Il Fallimento e le altre procedure concorsuali*, II/2017, p. 198 e ss., che commenta Trib. Milano, 18 agosto 2016, in cui sono analizzate le singole posizioni del socio di società di capitali, del socio di società di persone fallibile e del socio di società di persone non fallibile; ID. *Le procedure di sovraindebitamento*, op. cit., p. 749 e ss.; FRANCESCA BONACCORSI e LORENZO VITO DE SANTIS, *L'ambito soggettivo di applicazione delle nuove procedure di composizione della crisi da sovraindebitamento*, in *La riforma del sovraindebitamento nel Codice della Crisi e dell'Insolvenza*, a cura di Enza Pellecchia e Lara Modica, Pisa, Pacini giuridica, 2020, p.29 e ss; GIUSEPPE LIMITONE, *Accesso alla procedura di sovraindebitamento del socio illimitatamente responsabile di sas*, in www.ilfallimentarista.it; RAFFAELLA BROGI, *Codice della crisi d'impresa: requisiti oggettivi e soggettivi del sovraindebitamento*, in www.quotidianogiuridico.it.

oggetto di pronunce favorevoli anche della giurisprudenza di legittimità¹⁷².

Alle novità recepite dalla prassi giurisprudenziale si aggiunge l'art. 66 CCII/ 7-*bis* l. 3 del 2012 sulle procedure familiari, la cui adozione è stata imposta da ragioni di economia processuale intesa sia nel senso della linearità che del risparmio di costi e tempi delle procedure¹⁷³.

Quanto alle novità specifiche in tema di procedure del consumatore, è innanzitutto necessario rilevare che l'alternatività tra piano e accordo che era originariamente prevista nella l. 3/2012, nel CCII confluisce in un'unica procedura riservata al consumatore (la ristrutturazione dei debiti, artt. 67 e ss. del CCII), al quale infatti si preclude l'accesso al concordato minore¹⁷⁴. Ma l'adozione della procedura unica non entrerà in vigore che con il CCII. La novella della l. 3/2012, unica norma attualmente vigente, continua a

¹⁷² Su tutte Cass. 1febbraio 2016, n. 1869, commentata da ENZA PELLECCIA, *Chi è il consumatore sovraindebitato? Aperture e chiusure giurisprudenziali*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2016, p. 1228 e ss; commentata altresì da SIMONE ALECCI, *I rigidi confini della nozione di "consumatore" nella composizione della crisi da sovraindebitamento*, in *Diritto civile contemporaneo*, I, 2016, p. 1 e ss.; ancora da MASSIMO FERRO, *Accesso di professionisti e imprenditori al piano del consumatore, Il Fallimento e le altre procedure concorsuali*, 2016, p. 405 e ss. e *ivi*, nota di FEDERICA PASQUARIELLO, *La Cassazione delinea il profilo del consumatore sovraindebitato*, p. 665 e ss.; nota di Angela Capocetti, la nozione di "consumatore" nella disciplina della crisi da sovraindebitamento, in *Giurisprudenza italiana*, 2016, p. 817 e ss.

¹⁷³ FRANCESCA BONACCORSI e LORENZO VITO DE SANTIS, *L'ambito soggettivo*, op. cit. p. 47 *ess*, ai quali si rimanda anche per la ricca silloge di riferimenti alla giurisprudenza di merito.

¹⁷⁴ In senso critico LARA MODICA, *La ristrutturazione dei debiti del consumatore*, in *La riforma del sovraindebitamento nel Codice della Crisi e dell'Insolvenza*, a cura di Enza Pellecchia e Lara Modica, Pisa, Pacini giuridica, 2020, p. 109 e ss.; CARMELITA CAMARDI, *Il sovraindebitamento*, op. cit., p. 167 e ss.

disciplinare gli istituti piano del consumatore e gli accordi di composizione della crisi che sono per il consumatore contemporaneamente accessibili.

Un'altra novità di grande rilievo è consistita nell'allineamento, anche in ambito di piano del consumatore, alla vicenda che ha interessato l'art. 182 l.f. a proposito della sentenza della Corte di Giustizia europea *Degano Trasporti*¹⁷⁵. Ciò ha permesso di eliminare ogni ostacolo alla falcidiabilità dei tributi costituenti risorse proprie dell'UE, dell'IVA e delle ritenute operate e non versate¹⁷⁶. All'elenco dei debiti falcidiabili o comunque rinegoziabili, con il CCII e con la l. 3/2012, si aggiunge la cessione del quinto dello stipendio o della pensione¹⁷⁷.

A questi pochi spunti si aggiunge l'esdebitazione¹⁷⁸ che si fa sistema, che diventa una conseguenza indiretta oppure automatica dell'incapienza del patrimonio del debitore e che infatti può essere esperita solo due volte, salve le ulteriori specificazioni della quali si darà conto nella successiva trattazione.

¹⁷⁵ CGUE, Sez. II, 7 aprile 2016, n. C-546/14, in *Il Fallimento e le altre procedure concorsuali*, 2016, 1003 e ss., con nota di ENRICO STASI.

¹⁷⁶ LARA MODICA, *La ristrutturazione*, op. cit., p. 112. In giurisprudenza Cass. SS. UU., 27 dicembre 2016, n. 26988, in *Il Fallimento e le altre procedure concorsuali*, 2017, p. 265, con nota di MASSIMO FERRO.

¹⁷⁷ UGO MALVAGNA, *Nel focus del credito al consumo: gli oneri economici della «cessione del quinto»*, in *Rivista di diritto civile*, 2015, I, p. 1536; LARA MODICA, *ivi*, p. 116.

¹⁷⁸ CARMELITA CAMARDI, *Il sovraindebitamento*, op. cit., p. 188 e ss.; LARA MODICA, *Effetti esdebitativi*, op. cit., p. 471 e ss.; DANIELE VATTERMOLI, *L'esdebitazione*, p. 477 e ss.; Luciano Ghia, *L'Esdebitazione*, op. cit.; EMILIO NORELLI, *L'esdebitazione*, op. cit., 256 e ss.; GIULIANO SCARSELLI, *La esdebitazione*, op. cit., p. 31 e ss.; GIORGIO COSTANTINO, *La esdebitazione*, op. cit., p. 210.

Le novità di assoluto maggior rilievo, per l'impatto avuto sul tema di ricerca, hanno però investito i profili di meritevolezza, valutazione del merito creditizio e trattamento dell'incapiente richiedendo una trattazione dedicata che segue nei paragrafi successivi.

3. La nuova meritevolezza del consumatore e del debitore incapiente. La meritevolezza del consumatore, per come delineata nella trama originaria della l. 3/2012, aveva senza dubbio rappresentato l'elemento di più consistente ostacolo alla efficacia della riforma. Le esortazioni delle fonti europee alla costruzione di un presidio al sovraindebitamento, come pericoloso fenomeno sociale da contrastare per la tenuta dell'ordine pubblico economico, al potenziamento di una leva strategica per l'uscita dalla crisi mondiale dei mutui *subprime*, alla convinta adesione a principi di *fresh start* e *second chance*¹⁷⁹ si abbattevano tutte sullo scoglio che le condizioni soggettive prescritte avevano rappresentato. Ma spinte molto importanti derivavano anche dalla consapevolezza di non avere davvero sviluppato, nemmeno sul piano normativo interno, uno strumento in grado di contrastare il sovraindebitamento del consumatore, la sua vulnerabilità ed esposizione all'usura e all'estorsione o, comunque, la sua tendenza ad essere ricacciato in una zona grigia di illegalità dalle non sopite aspettative creditorie. La Rordorf *bis*, recependo segnalazioni emergenti dalla prevalente

¹⁷⁹ RENATO RORDORF, *La liquidazione nelle crisi da sovraindebitamento*, in Attività di liquidazione e tutela dei creditori, a cura di F. Parente e L. Ruggeri, Napoli, 2014, p. 156 ss.

giurisprudenza, aveva individuato nell'indistinta dimensione della colpa il punto dolente della precedente normativa¹⁸⁰, che l'aveva resa praticamente inapplicabile, ad eccezione di circostanze eccezionali le quali però non permettevano, per definizione, la soluzione di un problema sociale diffuso di interesse pubblico.

Prima di affrontare il problema nella sua concreta veste normativa, però, è il caso di fare un passo indietro e sgomberare il campo da un elemento di ambiguità: una definizione rigorosa di *meritevolezza* comprende l'insieme delle condotte, psichiche o materiali, e l'insieme dei requisiti, che il soggetto che ambisce ad un beneficio deve tenere o avere, di modo che l'interprete possa decidere del suo accesso al beneficio stesso. La dottrina e la giurisprudenza fanno spesso riferimento al canone di meritevolezza intendendo talvolta il criterio nella sua interezza, ovvero nella sua dimensione appunto materiale (l'aver prodotto una certa documentazione, l'essere stato condannato per talune fattispecie di reato) e psichica (l'adesione, la consapevolezza, la signoria di una condotta), talaltra riferendosi solo all'una o solo all'altra. Normalmente, quando si fa riferimento a problematiche relative alla determinazione della meritevolezza, lo si fa riferendosi a questo secondo aspetto (o almeno così è nell'ambito di questa ricerca), spesso anche ricorrendo a parametri metagiuridici ancora più ineffabili, come accade quando la meritevolezza è

¹⁸⁰ «Non è un mistero che il giudizio di meritevolezza imposto dall'art. 13 bis l. 3/2012 sia stato vissuto dai pratici soprattutto come un intralcio». Così LARA MODICA, *La ristrutturazione dei debiti del consumatore*, in *La riforma del sovraindebitamento nel Codice della Crisi e dell'Insolvenza*, a cura di Enza Pellecchia e Lara Modica, Pisa, Pacini giuridica, 2020, p. 123 e ss.

innervata di etica o di riferimenti alla morale, il cui luogo retorico tipico è il debitore onesto e sfortunato. Per meglio dire, il riferimento alla meritevolezza in senso soggettivo fa *sempre* riferimento alla dimensione etica, perché fa riferimento a condotte, moventi intenzioni, cause¹⁸¹, abitudini che ciascun interprete valuta secondo le proprie lenti soggettive. Quando si oggettivizza di solito prende il nome di requisito di idoneità, di ammissione.

Com'è noto, accanto ad una serie di parametri oggettivi¹⁸² per l'ammissione alla procedura e l'omologazione del piano proposto, distribuiti tra l'art. 7, co. 2 e l'art. 12 *bis*, la legge sul sovraindebitamento, nella sua versione precedente alla riforma del Decreto Ristori, prevedeva la verifica da parte del giudice di un requisito di meritevolezza che gli permetteva di escludere che il consumatore avesse *assunto obbligazioni senza la ragionevole prospettiva di poterle adempiere ovvero che avesse colposamente determinato il sovraindebitamento, anche per mezzo di un ricorso al credito non proporzionato alle proprie capacità*. La definizione era risultata difettosa per molteplici ragioni, la più stringente delle quali, presso gli interpreti, era sicuramente quella attinente al profilo della colpa generale. Solo al di sotto di questa soglia psicologica, infatti, poteva collocarsi la meritevolezza, ma la circostanza era talmente rara a verificarsi da non colpire nel segno e, oltretutto, conduceva esattamente verso gli incerti approdi del debitore onesto e sfortunato

¹⁸¹ Ma si veda l'opinione espressa da ANNA GHEDINI e MARIA LUCETTA RUSSOTTO, *La meritevolezza del debitore: ieri, oggi e domani*, in *Crisi d'Impresa e Insolvenza*, disponibile su www.ilcaso.it, 18 febbraio 2021, p. 9, ultima visita 5 maggio 2021.

colpito da *shock* esogeno. Il riferimento ad un canone interpretativo così ambiguo, sfuggente all'univoco apprezzamento, aveva riverberato le sue conseguenze sulla eterogeneità delle decisioni, che hanno infatti mostrato una forte polarizzazione nella giurisprudenza, con detrimento della petizione di tutela alla base dell'adozione dell'istituto.

Per sgomberare il campo dall'indeterminatezza il legislatore del 2020 ha ritenuto di eliminare il riferimento a *questa* meritevolezza. Il terzo comma dell'art. 12 bis è, oggi, di ben altro tenore. Esso fa riferimento ad un mero accertamento di ammissibilità e fattibilità del piano, all'esito del quale consegue l'omologazione da parte del giudice. A ben vedere, però, il giudizio sulla diligenza del consumatore si è solo spostato in sede di ammissione alla procedura di piano del consumatore, laddove all'art. 7, co. 2, lettera d), sono state aggiunte le lettere d) *bis*: “*ha già beneficiato dell'esdebitazione per due volte*” e d) *ter* “*limitatamente al piano del consumatore, ha determinato la situazione di sovraindebitamento con colpa grave, malafede o frode*” tra i requisiti negativi di accesso. A ciò si aggiunge, a vanificare parzialmente l'efficacia razionalizzante della novella, l'inciso della Relazione al CCII, che all'art. 69 prevede *l'aver assunto obbligazioni sproporzionate alla propria capacità di adempimento* come condotta esemplificativa di un sovraindebitamento causato da colpa grave, che trova riscontro, ai sensi dell'art. 9, co. 3 *bis*, lett. a) e b) in una sostanzialmente immutata relazione dell'OCC su cause dell'indebitamento, la diligenza impiegata, le ragioni dell'incapacità di adempiere. Questo ha indotto due ordini di reazioni.

In dottrina, nel non esiguo novero dei commentatori che si sono pronunciati, è possibile riscontrare una generale lettura nel senso della continuità¹⁸³, della indefettibilità di un vincolo psicologico¹⁸⁴ che deve continuare a controbilanciare la violazione di *par condicio* rispetto ai creditori di altri debitori civili¹⁸⁵; ma che deve anche alleviare il sacrificio imposto ai creditori stessi, tenuti al margine della ristrutturazione, scoraggiando contemporaneamente l'uso distorto e opportunistico di una procedura di forte orientamento debitorio¹⁸⁶.

In giurisprudenza, al contrario, nuove linee tendenziali stanno sviluppando con grande apertura gli *input* forniti dalla disciplina del sovraindebitamento, per come modificata dal Decreto Ristori e dal CCII. Molto rilevanti, a tal proposito, le indicazioni contenute nella

¹⁸³ In LARA MODICA, *Effetti esdebitativi*, op. cit., p. 473, il problema della meritevolezza, “complice un rodaggio giurisprudenziale troppo limitato” è nella “variabilità di giudizi che non ha giovato al già incerto fascino delle procedure (e che rischia di replicarsi in sede di verifica dell’assenza di mala fede)”. Precedentemente aveva espresso un parere diverso, in una fase in cui circolavano solo bozze di decreti attuativi della riforma. Cfr. *Il Piano*, op. cit., p. 623 e ss.

¹⁸⁴ ANNA GHEDINI e MARIA LUCETTA RUSSOTTO, *La meritevolezza*, op. cit., p. 13, in cui si puntualizza “Il sovraindebitamento che può essere risolto con il piano del consumatore era ed è quel sovraindebitamento che o è diventato tale dopo il sorgere del debito per fatti sopravvenuti e imprevedibili”.

¹⁸⁵ CARMELITA CAMARDI, *Il sovraindebitamento*, op. cit., p. 164 e ss, in particolare 167.

¹⁸⁶ FEDERICA PASQUARIELLO e MELANIA RANIELI, *L’omologazione del piano del consumatore*, in *Giurisprudenza Commerciale*, 2020, II, p. 257, “Quindi resta esente da censura, in generale, ogni sovraindebitamento meramente “passivo” dell’insolvente civile che espone un debito involontario o non imputabile ad un comportamento contrario alla diligenza, per lo più in considerazione di eventi sopravvenuti e imprevedibili”.

Relazione illustrativa al d.lgs. 14/2019¹⁸⁷, che rivelano come: i) il legislatore consideri il sovraindebitamento un fenomeno a formazione progressiva, non il risultato dello *shock* apportato da una causa esogena imprevedibile, nel quadro di un fisiologico indebitamento; ii) il legislatore intenda differenziare la situazione di quanti, privi di livelli culturali idonei, prestando una diligenza ordinaria, non abbiano contezza della progressione debitoria; iii) il legislatore vuole evitare requisiti troppo stringenti di accesso alla procedura per non restringere a tal punto la portata dell'istituto da frustrare le finalità di politica economica ad esso sottese e consistenti, non tanto in una forma di premialità soggettiva (da *meritare* con una condotta incensurabile) quanto in una nuova opportunità contro un debito altrimenti irredimibile, offerta anche al debitore in un certo grado colpevole. In questo quadro la selezione dei principi da anticipare all'interno della novella della legge 3/2012 assume un orientamento chiaro fino alla inequivocabilità, che infatti

¹⁸⁷ «Si è deciso di non esigere per l'ammissione alle procedure di sovraindebitamento requisiti soggettivi *troppo stringenti*, tenuto conto, da un lato, dell'eterogeneità qualitativa dei soggetti destinatari (spesso *privi* di *livelli culturali* idonei per rendersi conto del loro *progressivo sovraindebitamento*), dall'altro dell'oggettiva difficoltà di individuare rigorosi criteri di meritevolezza sicuramente verificabili in rapporto all'estrema varietà delle situazioni di vita che possono determinare situazioni individuali di grave indebitamento, senza rischiare di generare un contenzioso dalle proporzioni difficilmente prevedibili o senza, altrimenti, finire per *restringere a tal punto la portata dell'istituto* da frustrare sostanzialmente le finalità di politica economica ad esso sottese: consistenti, come già accennato, non tanto in una forma di premialità soggettiva quanto piuttosto nel consentire una nuova opportunità a soggetti schiacciati dal peso di un debito divenuto insopportabile». Dalla Relazione illustrativa D.lgs 14/2019, *La procedura di Sovraindebitamento*. Corsivi non originali nel testo.

un recente ma sufficientemente consolidato indirizzo giurisprudenziale va recependo¹⁸⁸.

3.1. *Due case studies.* La distanza tra il primo provvedimento mai emesso in tema di sovraindebitamento (per l'esattezza il secondo in sede di reclamo), e l'ultimo in ordine di tempo, è quanto mai illuminante circa il percorso progressivo di questi nove anni di buone prassi giurisprudenziali.

Nel primo¹⁸⁹ si ha un piano omologato in virtù di una serie di indici ritenuti idonei: le *cause* dell'indebitamento consistono in aiuti economici al figlio per la gestione di un'azienda florivivaistica (in difficoltà per l'incipiente invalidità del titolare e il conseguente venir meno del suo apporto al ménage familiare), spese mediche e acquisto di una utilitaria -tutte spese, si noti, non voluttuarie, a fronte di cause sopravvenute e imprevedibili; la *diligenza* nell'adempimento delle obbligazioni risulta dimostrata dalla mancanza di protesti o esecuzioni individuali e dalla circostanza che l'iniziale indebitamento risulti compatibile con le capacità reddituali (non colposo); il piano è giudicato *fattibile, sostenibile* per il debitore e preferibile all'alternativa liquidatoria, ovvero *conveniente*. Nonostante questa sequenza di elementi che integrano la fattispecie descritta dal

¹⁸⁸ Cfr. Trib. Santa Maria Capua Vetere, 2 dicembre 2020; Trib. Napoli 27 ottobre 2020; Trib. Avellino, 3 marzo 2021. Tutte disponibili su www.ilcaso.it.

¹⁸⁹ Trib. Pistoia decr. 28 febbraio 2014, in Il Foro italiano, 2015, I, p. 330, con nota di ANGELA MARIA PERRINO, *Sovraindebitamento e discharge: suggestioni, illusioni e pentimenti*. Sulla stessa fonte cfr nota di ENZA PELLECCIA, *Composizione*, op. cit., p. 2. Il decreto revoca Trib. Pistoia 27 dicembre 2012 che omologava il piano del consumatore presentato.

legislatore, però, il Tribunale accoglie il reclamo avverso il piano già omologato, rilevando un errato calcolo difficilmente contestabile, che fa venire meno la non colpevolezza del proponente: nell'ammontare del reddito disponibile, infatti, è stata erroneamente inserita la pensione di invalidità del figlio malato che, però, per espressa ammissione dei debitori, è totalmente assorbita dal mantenimento della di lui figlia. Questo diminuisce la soglia vitale, che raggiunge una quota troppo esigua per il sostentamento del nucleo, ma che soprattutto non è sufficiente per adempiere con diligenza le obbligazioni sottoscritte. Il debitore non poteva non sapere – si dice – che, contraendo un ulteriore finanziamento per far fronte al sostentamento familiare e per tentare di rientrare del debito, il suo livello di indebitamento si sarebbe aggravato, mentre nessun rilievo viene mosso al creditore, il quale non solo è, per legge, tenuto alla valutazione del merito creditizio, ma è un soggetto dotato delle competenze professionali specifiche e dell'accesso alle informazioni di banche dati dedicate. È di per sé evidente che avviare un debitore già sovraindebitato per cause sopravvenute e imprevedibili a liquidazione giudiziale o alla stipula di un accordo con i creditori non realizza esattamente la concessione di una seconda opportunità, soprattutto a fronte di una evidente correttezza della condotta, affetta, certo, da un errore di fatto ma non da opportunismo, temerarietà o prodigalità. La rilevanza sociale espressa da questo caso giudiziale è tale da rendere totalmente insoddisfacente la soluzione adottata dalla giurisprudenza di merito

dell'epoca (connotata, anche allora, da una grave depressione economica).

Di tutt'altro tenore l'omologa del piano del consumatore del più recente provvedimento¹⁹⁰, esemplare nell'allineamento ai principi di solidarietà sociale e agli interessi di politica economica previsti dalle norme. Qui le *cause* dell'indebitamento sono rintracciate nelle difficoltà economiche insorte a partire dalla morte del coniuge. Già in punto di valutazione della *diligenza* emerge l'adesione alla posizione più elastica ed estensiva assunta dalla giurisprudenza di merito, che afferma «una lettura dell'art. 12 bis, l. 3/2012 finalizzata a dare attuazione alla *ratio* sottesa alla legge sul sovraindebitamento, individuata nel fine di evitare l'esposizione a fenomeni di usura ed estorsione e di garantire il recupero di una serenità economica e di una vita dignitosa, facendo fronte ai debiti secondo le proprie possibilità, senza doversi muovere a tempo indefinito in ambito sommerso¹⁹¹». Si attribuisce, infatti, al debitore un profilo di *colpa lieve*, «per aver fatto ricorso al credito in misura non proporzionata alle proprie capacità patrimoniali e senza soppesare adeguatamente le gravose conseguenze di tale scelta» perché numerosi elementi militano a favore del riconoscimento e della valorizzazione del principio di *seconda chance*: l'assenza di spese voluttuarie, l'indebitamento per fronteggiare il soddisfacimento di incoercibili

¹⁹⁰ Trib. Napoli Nord, 6 febbraio 2021, disponibile su www.ilcaso.it, ultima visita 5 maggio 2021.

¹⁹¹ Trib. Santa Maria Capua Vetere, 2 dicembre 2020, disponibile su www.ilcaso.it, ultima visita 5 maggio 2021.

bisogni della vita, una condotta particolarmente meritoria e tesa all’abbattimento della propria esposizione debitoria che ha perfino previsto un trasloco in altra regione per usufruire di un’abitazione in comodato d’uso appartenente alla famiglia del defunto marito. E d’altro canto è stata possibile la stigmatizzazione della condotta creditoria di quella finanziaria che lamenta il ricorso sproporzionato al credito del debitore, ammettendo implicitamente la propria negligenza, essendo il soggetto istituzionalmente deputato alla valutazione del merito per obbligo di legge e per qualifica professionale.

Come si vede, l’anticipazione dei principi del CCII alla l. 3/2012 ha creato quei varchi, nelle maglie della normativa, attraverso i quali depotenziare la meritevolezza, che la giurisprudenza più recettiva ha immediatamente sfruttato. L’opposto orientamento continuerà ad essere adottato da quella parte della giurisprudenza che ritiene che “al fine di escludere la colposità nell’indebitamento è necessario verificare che il debitore abbia contratto obbligazioni astrattamente compatibili con le capacità reddituali e quindi, nella prospettiva di poterle adempiere”¹⁹². Ciò nonostante, è verosimile ritenere che la tendenza evolutiva troverà maggiori adesioni, nel prossimo futuro¹⁹³,

¹⁹² Trib Santa Maria Capua Vetere, 14 febbraio 2017.

¹⁹³ Durante la stesura di queste pagine un’ulteriore omologa ha contribuito nella direzione indicata, stabilendo che «per effetto della novella, che elide ogni riferimento alla "meritevolezza", il prisma delle condotte negligenti o contrarie a buona fede idonee ad escludere l'accesso del debitore sovraindebitato alla procedura di piano del consumatore è limitato a quelle sole che palesano, se non la dolosa preordinazione della situazione di incapienza patrimoniale, quantomeno una prudenza o cautela notevolmente inferiori alla media». Trib. Avellino, Decreto 3 marzo 2021.

anche attraverso un canale ulteriore di implementazione del *fresh start*: l'emergenza sanitaria, della quale non siamo ancora in grado di valutare l'autentico impatto, rappresenta il più classico degli eventi di forza maggiore sociale che realizza l'interruzione del nesso causale tra la condotta debitoria e il sovraindebitamento. L'enormità del danno economico prodotto dovrà necessariamente indurre all'abbandono di determinate cautele, che fino a questo momento giustificavano il mantenimento di un regime differenziato, e per certi versi più gravoso, in capo al debitore civile rispetto a quello di impresa. Ciò che non sarà raggiungibile attraverso la modulazione del profilo di diligenza, sarà possibile ottenere attraverso la teoria dello *shock* esogeno¹⁹⁴.

3.2. *La meritevolezza del debitore incapiente.* La necessità di garantire una soddisfazione almeno parziale dei creditori e di estinguere subito le prededuzioni, durante la vigenza della prima legge sul sovraindebitamento, aveva comportato il paradosso di relegare ai margini la più delicata delle posizioni, quella del debitore completamente sprovvisto di alcuna utilità, diretta o indiretta, nemmeno in prospettiva futura. Per questo tipo di debitore, in effetti, la totale assenza di patrimonio da liquidare e di utilità rende impossibile tanto un procedimento di liquidazione quanto una

¹⁹⁴ Un discorso in parte convergente, anche se condotto a livello di impresa, è in GIUSEPPE LIMITONE, *La forza maggiore nel giudizio sull'insolvenza*, 2 aprile 2020, www.ilcaso.it; STEFANIA PACCHI, L'impatto del virus Corona-19 sul diritto della crisi, in *Prisma Juridico*, 19, II, luglio-dicembre 2020, p. 319 e ss. www.revistaprisma.org.br

procedura di ristrutturazione del debito e il conseguente sbocco esdebitativo. A questo scopo la l. 176/2020 importa nella legge sul sovraindebitamento, all'art. 14 *quaterdecies*, la disciplina prevista dal CCII all'art. 283 per il debitore incapiente. La peculiarità della procedura consiste nell'immediato sbocco esdebitazionale ¹⁹⁵, all'esito della verifica dei requisiti richiesti. Per scoraggiare eventuali condotte opportunistiche, il *favor* manifestato dal legislatore deve però essere bilanciato dalla eccezionalità della procedura, esperibile solo un a volta nella vita del debitore, che può venire meno in caso di sopravvenienze che permettano il soddisfacimento dei creditori in misura non inferiore al 10% nei quattro anni successivi. La rinnovata capienza dovrà essere calcolata al netto dei bisogni di sostentamento del debitore e del suo nucleo familiare, in base all'ormai familiare parametro dell'indice di equivalenza ISEE, richiamato ogniquale volta sia avvertita l'esigenza di misurare in modo oggettivo e universale, i fabbisogni minimi di sussistenza di un nucleo familiare.

¹⁹⁵ Molto criticata in dottrina la forma peculiare di questa esdebitazione. Di istituto modale parla DANIELE VATTERMOLI, *L'esdebitazione*, op. cit., in cui "una esdebitazione, per di più, nella quale il *modus* – sempre per rimanere nel parallelo – può nel caso concreto assumere contorni tali da annullare completamente il beneficio iniziale per il debitore. Ciò che comporta un doppio effetto *boomerang*, ossia: per un verso, che per il soggetto sovraindebitato potrebbe essere più conveniente l'esdebitazione definibile comune, per altro verso e correlativamente, che la misura si traduce in un potente disincentivo per il debitore a produrre nuova ricchezza (almeno per i primi quattro anni), raggiungendo così un risultato esattamente antitetico a quello che unanimemente si ritiene essere l'obiettivo della *discharge*". Dello stesso avviso LARA MODICA, *Effetti esdebitativi*, op. cit., p. 472, che individua quattro diverse modalità di esdebitazione nel CCII: due che derivano, in qualità di conseguenze naturali, dalla evaporazione della percentuale non omologata nel piano di ristrutturazione del consumatore e nel concordato minore; una esdebitazione di diritto che deriva dalla liquidazione controllata; un'ultima, appunto, modale

Eventualmente ostativa dell'accesso alla procedura è la verifica di meritevolezza, nell'unica circostanza in cui il parametro resta espressamente richiamato nella trama testuale della norma. La circostanza indurrebbe a ritenere che il canone viva una particolare intensità, ma ad una attenta verifica non constano differenze sostanziali rispetto al tipo di valutazioni che il giudice deve operare altrove ¹⁹⁶, ad esempio a proposito di ammissibilità di piano del consumatore. Evidentemente l'interesse creditorio, qui particolarmente sacrificato, è sufficientemente garantito dall'unica possibilità di esperimento della procedura e dalla permanenza dei carichi debitori, per quanto solo potenziale, nel caso di ritorno in attivo.

4. *L'atteggiamento del legislatore nei confronti della responsabilità del creditore prima del CCII.* Se, nello sforzo di contenere il sovraindebitamento, il legislatore si è sempre premurato di approntare una disciplina capillare e penetrante sul versante debitorio, non altrettanto lineare ed efficace si è dimostrato l'intervento sul versante opposto, attestandosi genericamente su una strategia di blanda prevenzione del sovraindebitamento che assegna un ruolo di assoluta centralità all'informazione contrattuale ¹⁹⁷.

¹⁹⁶ Dello stesso avviso LARA MODICA, *Effetti esdebitativi*, ivi. *Contra* ANTONIETTA SGANGA, *L'esdebitazione del sovraindebitato. Profili generali*, in *La riforma del sovraindebitamento nel codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, a cura di E. Pellecchia e L. Modica, Pisa, Pacini Giuridica, 2020, p. 374 e ss., 380 in particolare.

¹⁹⁷ Unica linea di intervento, di eccezione a questo principio e nel senso di una protezione diretta del consumatore, inteso come contrante debole del rapporto

Un’osservazione non banale risiede, infatti, nella circostanza che la controparte del debitore, nello schema del sovraindebitamento da accesso sproporzionato al credito al consumo, sia quasi sempre un creditore professionale, un intermediario - finanziario o bancario - comunque appartenente ad una classe omogenea. In quanto tale è stato il costante destinatario di una disciplina, che però ha sempre teso a responsabilizzazione il debitore (*responsible borrowing*), basata sull’assunto - ampiamente smentito da diversi studi¹⁹⁸ - che un consumatore ragionevolmente avveduto al quale siano fornite in

obbligatorio, è consistita nell’adozione della Direttiva 2005/29/CE, adottata con d.lgs. n. 146/2007 per la repressione delle pratiche commerciali scorrette, che ha un’incidenza laterale sulla prevenzione dell’indebitamento essendo rivolta a disciplinare i rapporti contrattuali tra generiche imprese e consumatori. In ogni caso il sistema introduce cambiamenti nel codice di consumo stigmatizzando condotte contrarie alla diligenza professionale che siano idonee a falsare apprezzabilmente il comportamento economico del consumatore medio, attribuendo la competenza di irrogare sanzioni, provvedimenti cautelari e soprattutto rimedi inibitori all’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, ma con il mantenimento del doppio binario di tutela in sede civile per azioni di natura risarcitoria. Cfr. CARMELITA CAMARDI, *Pratiche commerciali scorrette e invalidità*, in *Obbligazioni e Contratti*, 2010, p. 409 e ss.; ELENA BARGELLI, *L’ambito di applicazione della direttiva 2005/29/CE: la nozione di «pratica commerciale»*, in *Le pratiche commerciali scorrette e codice del consumo. Il recepimento della direttiva 2005/29/CE nel diritto italiano (decreti legislativi 145 e 146 del 2 agosto 2007)*, a cura di Giovanni De Cristofaro, p. 75 e ss.

¹⁹⁸ Molti pareri scientifici affermano, al contrario, che il sovraccarico di informazione (*information overload*), rappresentando una seria distorsione cognitiva, comporti scelte meno efficienti costringendo la mente a selezionare informazioni con il rischio di filtrare quelle importanti (*dilution effect*). KEVIN LANE KELLER e RICHARD STAELIN, *Effects of quality and quantity of Information on Decision Effectiveness*, 14 *Journal of Consumer Research*, 1987, p. 200; MORRIS H. STOCKS e ADRIAN HARREL, *The Impact of an Increase in Accounting Information Level on the Judgment of Individuals and Groups*, in 20 *Accounting, Organizations and Society*, 1995, p. 685; RICHARD E. NISBETT, *The Dilution Effect: Nondiagnostic Information Weakens the Implications of Diagnostic Information*, 13 *Cognitive Psychology*, 1981, p. 248.

piena trasparenza tutte le informazioni finanziarie, in funzione di compensazione delle asimmetrie¹⁹⁹, sia in grado di compiere scelte oculate che non degenerino in sovraindebitamento²⁰⁰. Su questa strada, incalzato da un diritto europeo impegnato nella realizzazione di un mercato unico del credito al consumo, attraverso l'armonizzazione delle discipline nazionali²⁰¹, il legislatore nazionale si è progressivamente arroccato su posizioni sempre più formalistiche²⁰², concentrando la propria azione intorno alla previsione in chiave preventiva di elementi contrattuali, racchiusi in moduli la cui predisposizione rappresenta, per l'intermediario, il formale assolvimento dell'obbligo di informazione. Con la CCD, per altro, gli obblighi informativi sempre orientati al *responsible borrowing* sono aumentati, investendo anche la fase precontrattuale della pubblicità e quella dell'esecuzione del contratto, rimettendo

¹⁹⁹ GEORGE J. STIGLER, *Mercato, informazione, Regolamentazione*, Mulino, Bologna, 1994, p. 217; ID, *Asymmetric Information in Credit Markets and its Implication for Macroeconomics*, in *Oxford Economic Papers*, IV, 44, 1992, p. 694 e ss.

²⁰⁰ Di questo tenore i Considerando 19 e 24 della Direttiva 2008/48/CE.

²⁰¹ La sequenza di interventi coinvolti *ratione materiae* ha visto il susseguirsi di: *Libro Verde sulla tutela dei consumatori nell'Unione Europea*, COM (2001) 531 def*; della direttiva 87/101/CEE, subito integrata dalla 90/88/CEE, della Dir. 2004/39/CE (cosiddetta MiFID); della Direttiva 2008/48/CE, *Credit agreements for Consumers Directive* (CCD), che ha poi trovato recepimento nel d.lgs 141/2010 che modifica il TUB (d.lgs. 385/93). Tutti i provvedimenti normativi si sono sviluppati intorno al principio di autotutela responsabile del consumatore informato o, come è stato definito, del *caveat debtor*. La seconda tornata legislativa sembra avere innescato un lento processo di inversione di rotta, nel senso di una maggiore effettività, con la Mortgage Credit Directive (MCD) 17/2014/UE, in attuazione della quale è stato introdotto l'art 120 undecies TUB attraverso il d.lgs.72/2016.

²⁰² STEFANO PAGLIANTINI, *Il Neoformalismo contrattuale dopo i d.lgs. 141/2010, 79/2011 e la Direttiva 2011/83/Ue: una nozione (già) Vieille Renouvelée*, in *Persona e Mercato*, IV, 2011, p. 251 e ss.

però alla recezione degli stati nazionali la scelta e l'opportunità di prevedere conseguenze a fronte di inadempimento dell'obbligo²⁰³. Col diffondersi della consapevolezza dell'inefficacia di questo solo approccio informativo, cresce anche l'esigenza di responsabilizzare gli operatori del credito nei confronti di un uso temerario del finanziamento. In questo secondo senso il processo di integrazione europea ha imposto uno sviluppo molto graduale ma inesorabile sulla via della imposizione di una più oculata valutazione del merito creditizio. Così è stato adottato, in recepimento della DCC 2008/48/CE, l'articolo 124 *bis* all'interno del Testo Unico delle leggi in materia bancaria e creditizia (TUB), che impone la valutazione del merito creditizio sia prima della conclusione del contratto di credito che nel corso di eventuali modifiche contrattuali, attraverso l'assunzione di informazioni sbagliate²⁰⁴. Se in ambito di impresa questa previsione, già esistente, ha lo scopo di allocare correttamente le risorse finanziarie per lo sviluppo del sistema produttivo e il benessere collettivo che ne deriva, qui lo scopo è la formazione di un

²⁰³ A questo proposito il d.lgs. n. 141/2010 ha introdotto alcune novità di rilievo: una nullità di protezione che si attiva nel caso di clausole contrattuali che prevedano costi a carico del consumatore non inclusi o non correttamente inclusi nel tasso annuo effettivo globale (TAEG) ovvero nullità integrali nel caso sia previsto un supporto cartaceo o comunque durevole del contratto che non è predisposto (art. 125 *bis*, co. 1 TUB) o nel caso di assenza di informazioni essenziali (art. 127, co. 4 TUB). A queste si aggiunge l'onere, in capo al consumatore, dell'esercizio del recesso entro 14 giorni (art. 125 *ter* TUB).

²⁰⁴ Sulle banche dati per la valutazione del credito si veda, su tutti, ENZA PELLECCIA, *Dall'Insolvenza*, op. cit., p. 101 e ss.; sulle incertezze derivate dall'elevato sviluppo tecnologico nella gestione di dati e algoritmi decisionali si veda ANTONIO DAVOLA, *La valutazione del merito di credito del consumatore*, in *La riforma del sovraindebitamento nel codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, a cura di Enza Pellecchia e Lara Modica, Pacini giuridica, Pisa, 2020, p. 146 e ss.

giudizio sulla capacità restitutoria del consumatore²⁰⁵. Il problema con l'art. 124 *bis* è che nulla stabilisce sulla fase successiva alla valutazione, non prefigurando per l'intermediario alcun comportamento doveroso in caso di valutazione negativa del merito, né nel senso di diniego del finanziamento, né nel senso di un più blando dovere di consulenza e avviso sulla non sostenibilità dell'operazione finanziaria²⁰⁶. La dottrina si è allora adoperata per

²⁰⁵ *Contra* ALESSANDRO SIMIONATO, *Prime note in tema di valutazione del merito creditizio del consumatore nella direttiva 2008/48/CE*, in *La nuova disciplina europea del credito al consumo*, a cura di De Cristofaro, Giappichelli, 2009, pag. 183 e ss. L'Autore ritiene che la finalità della norma risieda nella tutela del mercato e non in quella del consumatore, perché entra in gioco solo nelle circostanze in cui l'intermediario non abbia un interesse diretto e proprio alla valutazione del merito creditizio, ovvero nei casi in cui l'adempimento è comunque garantito da altri strumenti, quali garanzie personali di terzi, cartolarizzazioni del rischio, crediti derivati, che se non apportano rischi al finanziatore determinano, invece, una diffusione nei mercati di prodotti deteriorati o rischiosi.

²⁰⁶ ENZA PELLECCIA, *Dall'insolvenza*, op. cit., p. 79, dopo avere escluso l'ipotesi che si attivi un obbligo di consulenza con conseguente divieto, per il professionista, di stipulare il contratto (come in ALESSANDRO NIGRO, *Linee di tendenza delle nuove discipline di trasparenza. Dalla trasparenza alla "consulenza" nell'erogazione del credito?* in Atti del Convegno "Nuove regole per le relazioni tra banche e clienti. Oltre la trasparenza?" (San Miniato, 22-23 ottobre 2010), A.A. V.V., Torino, 2010, p. 29), così come il dovere di informazione personalizzata finalizzata all'avviso, ma dopo avere parimenti escluso che alla valutazione del merito residui la mera verifica di adempimento dell'obbligo di fornire informazioni personalizzate - perché rimetterebbe esclusivamente in capo al debitore la scelta sulla stipulazione di un contratto, quasi come se spettasse in ultima istanza al consumatore piuttosto che al finanziatore la valutazione del proprio merito creditizio- propone il coordinamento dell'art. 124 *bis* con il n. 5 dell'art. 124, che rende doverosi "chiarimenti adeguati" e una informazione personalizzata che evidenzino la natura dannosa di una eventuale operazione di finanziamento rispetto alle possibilità del finanziato, e costituiscano una circostanza di concreta applicazione della regola della buona fede oggettiva, per mutuare dalla disciplina del finanziamento all'impresa l'istituto della *concessione abusiva del credito*. Si rimanda a quella sede per il nutrito corredo bibliografico, ma su tutti si segnala LARA MODICA, *Concessione abusiva di credito ai consumatori*, in *Contratto e Impresa*, 2012, p. 492 e ss.

sviluppare implicite strategie di tutela del consumatore, a fronte di un codice civile e di una giurisprudenza schierati sul versante della protezione del creditore²⁰⁷. La linea interpretativa più convincente²⁰⁸, accolta episodicamente anche dalla giurisprudenza di merito²⁰⁹ e di legittimità²¹⁰, è quella che fa leva sul principio generale di buona fede oggettiva precontrattuale, ai sensi degli artt. 1337 e 1338 c.c.: se una disposizione di legge «impone al soggetto che svolge professionalmente l'attività di finanziamento l'obbligo di effettuare *prima* del contratto - una valutazione del merito di credito del consumatore, è giustificato l'affidamento che il consumatore ripone nel fatto che il finanziamento eventualmente concesso sia sostenibile»²¹¹. Laddove ciò non accada si profila la fattispecie di responsabilità extracontrattuale che rende percorribile il rimedio risarcitorio.

²⁰⁷ Sul ricorso all'art. 1461 cod. civ che la giurisprudenza ha fatto in caso di successivo dissesto del debitore cfr Cass. 11 marzo 1981, n. 1389 e Cass. 24 febbraio 1999, n. 1574, in PELLECCIA, *Dall'insolvenza*, op. cit., p. 87, nt. 43.

²⁰⁸ Il riferimento è, ancora una volta, a ENZA PELLECCIA, *Composizione delle crisi da sovraindebitamento: il "Piano del consumatore" al vaglio della giurisprudenza*, nota a sentenze Trib. Pistoia 27 dicembre 2013 e 28 febbraio 2014, in *Diritto Civile Contemporaneo*, I, II, p. 1 e ss.; ID, *Dall'Insolvenza*, p. 87 e ss. e in particolare 91 e ss.; ID, *L'obbligo di verifica del merito creditizio dei consumatori: spunti di riflessione per un nuovo modo di guardare alla "contrattazione con l'insolvente"*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 2014, p. 1088 e ss.

²⁰⁹ Il Foro di Macerata si è rivelato nel tempo molto recettivo nei confronti dell'istanza: Pret. Macerata 7 giugno 1988, in *Giustizia Civile*, 1988, I, p. 452 e recentemente in Trib. Macerata, 24 maggio 2018.

²¹⁰ Cass. 29 marzo 1999, n. 2956, in *Giurisprudenza Italiana*, 1999, p. 1192 e ss.; Cass. Sez. un. 19 dicembre 2007, n. 26725, in *Giurisprudenza Italiana*, 2008, p. 353 e ss., con nota di GASTONE COTTINO, *La responsabilità degli intermediari finanziarie il verdetto delle Sezioni Unite: chiose, considerazioni, e un elogio ai giudici*.

²¹¹ ENZA PELLECCIA, *Dall'insolvenza*, op. cit. p. 93. Corsivo dell'Autrice.

Anche la seconda disposizione che si propone come eventuale presidio del merito creditizio è stata introdotta dal recepimento del diritto eurounitario. La *Mortgage Credit Directive* 17/2014/UE²¹², per il tramite del d.lgs. n. 72/2016, ha introdotto l'art. 120 undecies TUB, il quale prevede una “approfondita” valutazione del merito ogni volta che il contratto di credito sia assistito da ipoteca o altra garanzia immobiliare, richiedendo l'elaborazione di informazioni “necessarie, sufficienti, proporzionate e opportunamente verificate”. In questa circostanza, la possibilità di irrogare una sanzione è più concreta, essendo previsto, all'art. 144, c 1, lett. e) *bis* TUB che l'Autorità di Vigilanza possa comminare una sanzione amministrativa pecuniaria pari a 30.000 euro o al 10% del fatturato della banca o dell'intermediario. Anche l'ipotesi del rimedio risarcitorio di natura civilistica per *culpa in contrahendo* non sembra escluso²¹³. Da ultimo i Pareri del Comitato Economico e Sociale del 2015 e del 2016²¹⁴, che hanno sollecitato l'adozione negli Stati membri di misure di contrasto a pratiche commerciali scorrette, corretta valutazione del merito e concessione responsabile di credito.

²¹² Direttiva già nota per le indicazioni che esemplificano le condotte da emendare, quali politiche retributive interne agli enti erogatori del finanziamento che dipendano dal numero delle domande accolte, o valutazioni del merito che si basano solo sul valore esuberante dell'immobile posto a garanzia.

²¹³ Soprattutto alla luce di recente giurisprudenza della Corte di Giustizia Europea. Cfr. CGUE 27 marzo 2014, n. C-565/12, *Le Credit Lyonnais SA*, consultabile su www.curia.europa.eu, ultima visita 5 maggio 2021

²¹⁴ Pareri Cese 2015/C 012/01 § 3.13 e 2016/C 133/03, § 1.14.

4. 1. *Dalla meritevolezza del consumo alla meritevolezza del credito. Un ulteriore passo verso il responsible lending.* L'autentica novità del Codice della Crisi d'Impresa e dell'insolvenza, adottato con d.lgs. 12 gennaio 2019, n. 14, risiede nel secondo comma dell'art. 69 (oggi temporaneamente trasposto nei commi 3 *bis.* e 3 *bis.* 2. dell'articolo 9, nonché nell' art. 14 *quaterdecies*, co. 6, l. 3/2012 per come modificata dalla l. 176/2020), a mente del quale il creditore, che ha colpevolmente determinato la situazione di indebitamento o il suo aggravamento o che ha violato i principi di cui all'articolo 124-bis del d.lgs. 385/1993 (TUB), non può presentare opposizione o reclamo in sede di omologa, anche se dissenziente, né far valere cause di inammissibilità che non derivino da comportamenti dolosi del debitore.

Prima di valutare il ruolo della norma nel sistema di attribuzione delle responsabilità del sovraindebitamento è necessario segnalare due elementi, più propriamente legati alla dimensione tecnica del precetto. In primo luogo, il ventaglio delle condotte a fronte delle quali, da parte del giudice, può essere irrogata la *sanzione* è più ampio nell'articolo 69 (oggi trasposto nell'art. 12 *bis*, co. 3 *bis* della legge 3/2012 per come modificata dal d.l. 28 ottobre 2020, n. 137, convertito con modificazioni dalla l. 18 dicembre 2020, n. 176) di quanto non debba l'OCC relazionare ai sensi dell'art. 68²¹⁵. La condotta dei creditori che abbiano eventualmente determinato con colpa la

²¹⁵ A titolo meramente esemplificativo di una condotta negligente ulteriore rispetto alla valutazione del merito creditizio: Trib. Ascoli Piceno 4 aprile 2014 disponibile in www.ilcaso.it, ultima visita 5 maggio 2021.

situazione di indebitamento o il suo aggravamento nel consumatore, sarà verosimilmente valutata in autonomia dal giudice, dunque spetterà al debitore fornire elementi adatti a riscontrare condotte negligenti, che esulino dall'errata valutazione del merito creditizio, con l'ulteriore problema di formare il convincimento del giudice in merito all'incidenza causale delle stesse sull'indebitamento o sul suo aggravamento.

In secondo luogo, il legislatore si è premunito di fornire all'OCC un parametro di giudizio oggettivo, quasi una unità di misura, rispetto alla verifica di valutazione del merito, agganciando l'operazione a un dato privo di connotazione equitativa, che è l'assegno sociale moltiplicato per un parametro corrispondente al numero dei componenti il nucleo familiare della scala di equivalenza dell'isee di cui al DPCM n. 159 del 5 dicembre 2013, individuato come soglia minima di sussistenza in grado di tener conto anche del carico familiare nella valutazione della sostenibilità dell'operazione di finanziamento, che il creditore deve aver rispettato, se diligente. La *vacatio legis* particolarmente lunga del CCII, per altro, non ha impedito alla più sensibile giurisprudenza di merito di adottare le nuove linee di *policy* in fatto di responsabilità del creditore anche prima dell'emanazione della l. 176/2020²¹⁶.

Va poi ulteriormente segnalato, venendo finalmente alla dimensione della sanzione per negligente valutazione del merito, che la portata

²¹⁶ Cfr. Trib. Vicenza, 24 settembre 2020; Trib. Napoli, 21 ottobre 2020; Trib. Napoli Nord, 21 dicembre 2018. Dopo la l. 176/2020 si veda la fondamentale Trib. Napoli Nord 6 febbraio 2020. Tutte le sentenze sono consultabili su www.ilcaso.it, ultima visita 5 maggio 2021.

innovativa in termini di efficacia deve essere ridimensionata ad una soglia poco più che simbolica. Si tratta di una sanzione di portata meramente endoprocedimentale dalla dubbia efficacia deterrente²¹⁷. La vera centralità e portata innovativa della previsione sta in ciò che i blandi tentativi di introduzione di strumenti di *responsible lending* già passati in rassegna, come si è sempre detto²¹⁸, al di là di qualche fuga in avanti della giurisprudenza²¹⁹, mostravano un'efficacia preventiva solo sull'indebitamento di tipo attivo, perché proprio il prodursi di uno *shock* esogeno avrebbe interrotto il nesso di causalità tra la condotta negligente dell'intermediario e il sovraindebitamento stesso. Il rilievo che assume la valutazione del merito creditizio all'interno di una procedura da sovraindebitamento passivo crea, per la prima volta, un precedente di rottura rispetto al tradizionale schieramento *ex parte creditoris* all'interno di un procedimento per

²¹⁷ LARA MODICA, *Effetti esdebitativi*, op. cit., p. 476, ha prontamente notato che la eventuale perdita patita non dovrebbe comunque superare il differenziale tra l'ammontare proposto con il piano omologato dal giudice e l'alternativa liquidatoria, il quale difficilmente potrebbe essere valutato in una somma consistente, data la valutazione di convenienza dalla quale il giudice è comunque vincolato ai sensi dell'art. 70 CCII. A ciò si aggiunga che altri creditori potrebbero comunque presentare opposizione, reclamo o far valere cause di inammissibilità ulteriori rispetto alle condotte dolose del consumatore. L'efficacia non è certo pari a quella prevista ai sensi dell'art. 2467 c.c., che fa "scendere un gradino" al finanziatore (socio nella fattispecie) che abbia concorso al *default* del debitore, attraverso la postergazione nel rimborso del finanziamento stesso, in LORENZO STANGHELLINI, *Il credito "irresponsabile" alle imprese e ai privati: profili generali e tecniche di tutela*, in *Le Società*, 2007, p. 400.

²¹⁸ ENZA PELLECCIA, *Dall'Insolvenza*, p 90 e ss.

²¹⁹ LARA MODICA, *Tutela del sovraindebitamento incolpevole (L. 3/2012) o sanzione per omessa verifica del merito creditizio (art. 124 TUB)? Il "piano del consumatore" in funzione punitiva*, in *Diritto Civile Contemporaneo*, Anno I, numero II, luglio/settembre 2014;

indebitamento passivo. Se, prima della Riforma Rordorff, il verificarsi dell'evento esterno (licenziamento, separazione, malattia del debitore) era di per sé in grado di chiamare indenne il creditore da qualunque verifica del grado di diligenza prestato nell'operazione di finanziamento, sebbene già in costanza della legge 3/2012 alcune condotte²²⁰ potevano dirsi implicate nella sequenza causale, con il secondo comma dell'art 69 deve risultare asseverato anche il grado di diligenza prestato²²¹. Se a questa conseguenza si aggiunge una particolare attenzione alla collocazione del precetto nell'articolo che definisce il nuovo concetto di meritevolezza, ormai non più distinta sul piano del soggetto sul quale si appunta, risulterà evidente come si siano poste le basi per un nuovo concetto di *creditore onesto ma sfortunato* che, nonostante abbia agito facendo ricorso a tutta la

²²⁰ Si pensi non solo al caso estremo della concessione di finanziamento al consumatore già fortemente indebitato, ma anche alla classica circostanza di *shock* esogeno, che è in grado di travolgere non qualsiasi condizione debitoria ma solo quelle che si muovono già su un crinale di particolare fragilità, in quelle circostanze in cui il consumatore è esposto e solo, privo di una rete sociale, familiare, finanche istituzionale di sostegno. Enza Pillecchia, nel commento ad uno dei primissimi decreti di omologa emessi dall'emanazione della l. 3/2012 precedente formulazione, poi impugnato in sede di reclamo, faceva leva sulla circostanza che la valutazione del merito creditizio sia operazione che si svolge in fase precontrattuale e in quanto tale governata dalla regola generale della buona fede prima ancora che da normative di settore, in ENZA PILLECCHIA, *Composizione*, op. cit. p. 6.

²²¹ Stante l'iniziativa e il conseguente onere della prova in capo al debitore, al finanziatore sarà dato modo di contestare la rappresentazione della propria prestazione come negligente? Ed eventualmente nella sede indicata dal comma 7 dell'art. 70 o in quale altra? Oppure la paralisi della sua posizione investirà anche la possibilità di presentare una prova contraria? Potrebbero avere un ruolo le considerazioni critiche a Cass. Civ., sez. I, 10 aprile 2019, n. 10095, svolte da FEDERICA PASQUARIELLO e MELANIA RANIELI, *L'omologazione del piano del consumatore*, in *Giurisprudenza Commerciale*, 2020, II, p. 243 e ss.

propria diligenza professionale sia incappato in un rapporto obbligatorio, deteriorato dall'imprevedibile insorgere di una causa esterna. È corretto ammettere questo soggetto alla opposizione o al reclamo dell'omologazione e ammetterlo a far valere cause di inammissibilità non derivanti da comportamenti dolosi del debitore perché si tratta di benefici che ha *meritato* con la propria diligenza, benefici che assecondano i nuovi *standards* premiali del diritto concorsuale contemporaneo. L'aver colpevolmente determinato (per quanto con differente sfumatura della colpa) una opposta circostanza valutata con disfavore dall'ordinamento, da parte tanto del consumatore che del creditore, costituisce una condizione soggettiva ostativa in entrambi i soggetti di accesso ad un beneficio. Entrambi devono porre in essere una condotta meritoria per ottenere la misura premiale. La simmetria con la quale due fattispecie così speculari sono trattate non può sfuggire. La circostanza non rappresenta altro che l'ennesimo stadio di mutazione dello stesso principio, versatile al punto da saper traslare da un soggetto all'altro del versante obbligatorio, dall'imprenditore all'impresa, dal debitore al creditore.

PARTE II

UNA GENESI ALTERNATIVA DELLA MERITEVOLEZZA NEI SISTEMI DI COMMON LAW

CAPITOLO V

GENESI DI UN DIVERSO CONCETTO DI BENEFICIO E DI MERITO

SOMMARIO: 1. Un nuovo concetto di beneficio e di meritevolezza.

2. La prima norma concorsuale che concede un beneficio al debitore meritevole. 2.1. L'eredità negletta del diritto italiano nello sviluppo della *discharge*. 3. Conseguenze moderne e contemporanee di quelle origini (segue). - 4. L'autonomo sviluppo di un archetipo nel Nord America postcoloniale.

1. *Un nuovo concetto di beneficio e meritevolezza.* L'impronta data dall'esperienza italiana tardomedievale al diritto fallimentare è tanto marcata che, pur con inserzioni e stravolgimenti dovuti all'incontro con temperie politiche e culture giuridiche differenti, resta visibile anche dopo l'esperienza napoleonica e liberale, mantenendosi comunque nel solco di una liquidazione perseguita attraverso metodi disgregativi e sanzionatori d'imperio. Esiste un'unica autentica alternativa a questo schema, che pur originata da una matrice comune non a caso si sviluppa fuori dall'ambito continentale, la quale sul principio del XVIII secolo ha finito per dare avvio a una declinazione tanto peculiare del modello da costituire un archetipo a sé, che oggi, per un inverso flusso di influenza, è inseguito e apprezzato dai paesi di tradizione romanistica, ed è appunto il sistema di *common law*. Questo nuovo approccio farà affidamento più sulla collaborazione del debitore fallito che sulla sua punizione, sia per impedire che smetta di produrre ricchezza o si sottragga al gioco del consumo perché costretto dalla emarginazione del mercato, sia per incentivarlo a svelare consistenza e collocamento della massa attiva. Tuttavia, nonostante si fondi su una più ampia concessione di

beneficio, dal momento che il debitore collaborativo ha la possibilità di una completa remissione al termine della procedura, il concetto di meritevolezza resta inizialmente caratterizzato dal perseguimento dell'interesse creditorio, che si manifesta anche in questo contesto con la retorica del *honest but unfortunate debtor*. Trasportata nel contesto statunitense questa eredità, attraverso passaggi che saranno presto evidenziati, si avvia l'elaborazione di un percorso del tutto originale. Il sistema concorsuale comincia a virare verso un orientamento votato agli interessi debitori quando questi diventano strumentali al corretto funzionamento di una società dei consumi, e la meritevolezza diventa un ostacolo da neutralizzare.

Seguirà un breve tratteggio di questi caratteri di novità introdotti dai paesi di *common law*, a partire dal contesto britannico che riveste un'importanza centrale nel sistema delle fonti concorsuali, essendo la sede di primigenia elaborazione (benché non di maturo sviluppo) di questa alternativa.

2. *La prima norma concorsuale che concede un beneficio al debitore meritevole.* A dispetto di quanto si sarebbe comunemente portati a pensare, riguardo al diritto inglese come sede elettiva del *common law* e, in quanto tale, sistematicamente espressivo di un diritto *sui generis*, il diritto fallimentare delle origini è animato da uno spirito tutt'altro che antagonista rispetto alla tradizione giuridica di stampo romanistico. Fino al XVIII secolo l'insolvenza presso contee e baronie inglesi è amministrata alla maniera del diritto statuario dei

comuni italiani²²², con lo stesso piglio sanzionatorio e penalistico di liquidazione dei beni del fallito²²³ adottato nel resto dell'Europa

²²² La dottrina inglese e nordamericana è pressoché unanimemente concorde nel rintracciare l'origine del diritto fallimentare anglosassone nella legislazione statutaria delle città italiane di età intermedia. Cfr. F. C. T. TUDSBURY, *Law merchant and the common law*, in 34 *Law Quarterly review*, Oxford, 1918, p. 392; L. E. LEVINTHAL, *The early history of english bankruptcy*, in 67 *University of Pennsylvania Law Review*, 1918-19, Philadelphia 1918, p. 242; A. M. QUITTNER, *Overview: history of the bankruptcy Code and prior bankruptcy laws*, in AA. VV., *Basics of Bankruptcy and reorganization*, New York, 1991, p. 9 ss. Ad essa fa eco la dottrina italiana, in particolare con G. ROSSI, *Il fallimento nel diritto americano*, Padova, 1956, p. 12 e ss.

²²³ Non c'è accordo in dottrina sull'individuazione della prima fonte inglese di diritto fallimentare: l'opinione dominante, per la quale si rinvia alla ricca bibliografia indicata da A. CASTAGNOLA, *La liberazione del debitore (discharge) nel diritto fallimentare statunitense*, Milano, 1993, p. 1, nt. 1, ne rintraccia l'origine in "*An act against such persons as do make bankrupt*", 34 & 35 *Henry VIII, chapter 4* del 1542, perché contenente il nucleo essenziale di una misura fallimentare corrispondente allo spossessamento del debitore, alla liquidazione del suo patrimonio e alla distribuzione dei proventi presso i creditori; ma non sono mancate opinioni contrarie, che ne retrodatano l'origine alla 25 *Edward III, ch. 23* (1350) che puniva i mercanti lombardi usi alla frode commerciale, o ne posticipano la fondazione al 1705 con il 4 *Anne Statute* stesso. È certo, invece che, almeno fino ai primi anni del XVIII secolo, la natura della legislazione fallimentare inglese avesse un tratto marcatamente penalistico e sanzionatorio, prevedendo esilio, gogna o mutilazioni sull'insolvente (lo Statuto 21 Jac. I del 1623, *ch. 19*, prevede ad esempio il taglio dell'orecchio inchiodato alla gogna) e perfino la pena capitale, in taluni casi. Cfr. C. J. TABB, *The Historical Evolution of the Bankruptcy Discharge*, in *American Bankruptcy Law Journal* 65, NCBJ, 1991, p. 331, nt. 40 e 41. Lungi da una concorde opinione dottrinale sul momento fondativo l'influenza italiana risulta, in ogni caso, di per sé evidente. Cfr. A. LATTES, *Il diritto commerciale nella legislazione statutaria delle città italiane*, Milano, 1884, p. 318 e ss. e A. ROCCO, *Il fallimento*, Torino, 1917, p. 213. Dalla sfera sanzionatoria va tenuto distinto il fenomeno dell'imprigionamento per debiti, proprio del *common law* già prima dell'adozione del modello italiano (ma comunque esistente e praticato anche negli usi coevi d'oltremania) e destinato non a punire l'insolvenza ma a forzare il pagamento del debito. Con una serie di previsioni statutarie si consolida, nell'arco del XIII sec. e via via più risolutamente negli usi di *common law*, la potestà del creditore, in specie mercante, di detenere presso di sé il debitore insolvente fino al saldo o all'accordo con il creditore stesso. Ma parallelamente, anche sul versante debitorio fanno la loro comparsa una serie di astuzie che diminuiscono l'efficacia coercitiva del mezzo

continentale. È verosimile che ciò sia accaduto perché i due mondi esprimessero le medesime esigenze di tutela e quel modello liquidatorio fosse particolarmente congeniale agli interessi dell'economia creditizia ²²⁴, basata su un flusso di capitali a finanziamento delle imprese mercantili che poteva essere alimentato solo dalla fiducia degli investitori nel sistema di recupero del capitale o da una feroce reazione giuridica laddove questa aspettativa fosse

detentivo. Si diffonde tra i debitori l'uso del rifugio nel luogo di culto, della fuga al di fuori della giurisdizione o dell'asserragliamento in casa sul presupposto che "a mans's house is his castle". Cfr. I. TREIMAN, *Escaping the Creditors in the Middle Ages*, in 43 *Law Quarterly Review*, Oxford, 1927, p. 230. A proposito della fuga, in particolare, si veda l'opinione di Sir E. COKE, che in *Institutes of the laws of England*, Londra, 1644 (rist. 1979), p. 277, ipotizza l'origine esogena del costume quando ritiene che l'adozione della prima legge inglese sul fallimento abbia avuto luogo proprio allo scopo di contrastare la prassi della fuga, invalsa a partire dall'usanza lombarda di mercanti indebitati che guadagnano il largo: "the first statute [25 Edward III del 1350 (ch. 23)] was indeed made against strangers, viz. against Lombards, who after they had made obligations to their creditors, suddenly escaped out of the realm without any agreement made with their creditors"; la medesima opinione è confermata da L. E. LEVINTHAL, *The early history*, p. 9 e ss. Una opinione simile esprime J. COHEN, *The history of imprisonment for debt and its relation to the development of discharge in bankruptcy*, in *The Law School Report*, Vol. XXIX, 1983, p. 6 e ss., il quale più specificamente colloca la detenzione e l'imprigionamento successivo al giudizio di colpevolezza tra il *Marlbridge Statute* (1267) ed il *Merchant Statute* (1285) in Inghilterra, ovvero le ritiene prassi cronologicamente precedenti l'adozione delle misure fallimentari punitive descritte alla nota precedente. In sostanza fu la detenzione, o meglio l'abilità dei debitori di eluderla, a creare le premesse per l'adozione di una *bankruptcy law*; anche J. H. LANGBEIN, *The Historical Origins of the Sanction of Imprisonment for Serious Crime*, in *Journal Of Legal Studies*, V, Yale, 1976, p. 38, si inserisce nell'analisi del fenomeno distinguendo la funzione coercitiva del carcere per debiti, volta a sollecitarne l'estinzione, da quella propriamente sanzionatoria (punitiva) o cautelare (preventiva).

Si darà ampio spazio alla opinione della dottrina italiana e continentale sul ruolo della fuga e dell'imprigionamento nella costruzione delle procedure medievali e rinascimentali [qui](#)

²²⁴ Sia consentito rimandare a N. IEZZI, *Quanto del mercato può dirci il suo fallimento*, op. cit., pp. 190 e ss. e alla bibliografia ivi contenuta.

frustrata. L'effetto voluto dalla sanzione, però, non era solo quello deterrente, di convincere *ex ante* quanti si indebitavano ad astenersi da comportamenti fraudolenti in chiave preventiva ma, anche *ex post*, quello di convincere quanti erano ormai coinvolti nel fallimento a collaborare alla procedura, con la minaccia di feroci ripercussioni su di sé e sul proprio nucleo familiare. Anche dal punto di vista procedurale il metodo italiano prevedeva una serie di intuizioni che furono a lungo considerate sufficientemente innovative per il sistema inglese. Tra tutte, in particolare, l'adozione di modalità *concorsuali* sconosciute alla tradizione britannica avvezza alle sole esecuzioni *individuali*²²⁵ e il conseguente abbandono del principio *prior in tempore, potior in iure* in favore della *par condicio creditorum*.

²²⁵ In G. ROSSI, *Il fallimento*, p. 10 e 11, il fenomeno trova una verosimile giustificazione nella centralità della esecuzione individuale nella giurisdizione delle *King's Courts*. Il sistema esecutivo di *common law* è infatti basato sul *writ*, uno strumento giudiziale di varia forma e contenuto, il cui stratificarsi nel tempo si consolida in un insieme tralatizio, che consiste in una ingiunzione emessa dalla cancelleria reale verso il funzionario regio territorialmente competente (lo *shire reeve*, col tempo *sheriff*, nel caso di una istanza evocata da una corte di contea, il *lord* nel caso di una corte baronale), affinché faccia comparire in giudizio il soggetto nei cui confronti è esercitata una pretesa. Col tempo il *writ* si raffina in strumenti più specifici, al punto da permettere al singolo creditore di ottenere l'imprigionamento del debitore fino alla soddisfazione del credito (in specie con il *writ of capias ad satisfaciendum*). Tale modalità esecutiva, pressoché la sola esperibile fino all'adozione del modello fallimentare italiano, era non soltanto attivabile dall'iniziativa del singolo creditore, ma anche preclusiva del ricorso ad altre esecuzioni quando si risolveva nell'imprigionamento del debitore. Cfr. W. S. HOLDSWORTH, *A History of English Law*, Londra, 1927, VIII, p. 230, e C. DEL MARMOL, *La faillite dans le droit anglo-saxon*, Parigi, 1936, p. 8. Per questo duplice motivo si trattava di una modalità fortemente connotata da una dimensione individuale, che garantiva la migliore soddisfazione del solo creditore che si fosse attivato per primo, e che si mostrava sempre meno rispondente alle esigenze dell'economia mercantile. Sulla storia dei procedimenti esecutivi di *common law* si rimanda ad A.

Ma la parentesi di allineamento non è destinata a durare: nei primi anni del Settecento, con il consolidarsi di nuove rotte che alimentano un sistema mercantile in forte espansione, fa la sua comparsa una soluzione giuridica radicalmente inedita che si manifesta, altro fatto insolito, per il tramite di una legge²²⁶. Nel 1705,

CAVANNA, *Storia del diritto moderno in Europa*, I, 1982, Giuffrè, p. 501, e. e alle valutazioni svolte nella precedente nota 9. Quanto a ulteriori invenzioni italiane, a titolo di mera esemplificazione, si prendono a prestito le parole le parole del Prof. LEVINTHAL, *The Early History*, p. 242, «Several important features were introduced by the Italians, among the most important being the principle that the mere stopping of payment constitutes an act of bankruptcy. The doctrine that suspension of payment by the debtor renders him subject to bankruptcy process was adopted in all of the Italian cities and has become prevalent in many modern European systems. Another important innovation of the Italian system is the principle that the proximus decoctioni is equivalent to the decoctus. The bankruptcy was dated back for a certain length of time, and all acts done by the debtor while on the verge of insolvency were rendered void or voidable. Our own four months' period prior to bankruptcy is a direct descendant of this Italian principle».

²²⁶ La tradizione liberale inglese ha storicamente concepito un sistema delle fonti basato sulla subordinazione dello Stato al diritto (*rule of law*), rintracciandone l'origine non tanto nella sovranità del Parlamento, quanto nell'autonomia e autorità del giudice. Come è noto, infatti, il diritto anglosassone si fonda prevalentemente sul sistema dei precedenti di natura giurisprudenziale, mentre la *lex scripta* risulta un fenomeno del tutto marginale. Pur costituendo un elemento di alterità, la *statute law* è ricondotta ad unità di sistema attraverso una reciproca modalità di scambio e integrazione con il diritto giurisprudenziale, costituendo da un lato (nella celebre definizione di W. M. GELDART, *Elements of English Law*, Oxford, 1943, p. 11, l'insieme di *addenda and errata of the book of the common law*); dall'altro un *corpus* che deve essere assimilato ai principi di *common law* mediante l'interpretazione dei giudici alla luce dei precedenti e della *equity*. Ma se in un quadro di normale dialettica tra fonti vige questo equilibrato sistema di bilanciamento, va detto che in ambito fallimentare il fenomeno statutario riveste un ruolo di singolare rilievo: alcune tra le innovazioni più profonde sono state introdotte per il tramite di leggi scritte in Inghilterra. È il caso della *34 & 35 Henry VIII, chapter 4*, la prima compiuta norma fallimentare di natura sanzionatoria che recepisce, come si diceva (si veda la nota 9), il diritto statutario italiano, o della *4 Anne*, che introduce la *discharge* per il mercante debitore, ma altre ne seguiranno. Si tratta, in entrambi i casi, di provvedimenti generati da contingenze di rottura sul

infatti, sotto il regno di Anna Stuart, il Parlamento emana il *4 Anne Statute* che prevede, al *chapter 17*, sez. 19 della norma, un inedito meccanismo esdebitativo (*discharge*) concesso discrezionalmente da parte di specifici funzionari (*bankruptcy commissioners*), all'esito di un giudizio di conformità della condotta debitoria alle dettagliate prescrizioni normative (*certificate of conformity*), emesso dagli stessi commissari al cospetto del Lord Cancelliere. In sintesi, il debitore onesto che si riveli *compliant* rispetto ai precetti dettagliati dalla legge e che abbandoni alla soddisfazione dei creditori l'intero patrimonio residuo (non i suoi futuri guadagni), lungi dal vantare un diritto azionabile automaticamente, *può* guadagnare la liberazione dai debiti per i quali lo stesso patrimonio si riveli incapiente e la conseguente possibilità di dare vita ad una nuova avventura economica (*fresh start*²²⁷). La circostanza attestata dalle fonti di una riluttante,

piano politico, che non avrebbero potuto attendere i tempi lunghi della stratificazione e del consolidamento di un precedente giudiziario ma che hanno avuto bisogno di imporsi attraverso un provvedimento estemporaneo e inedito come uno statuto. La 34 & 35 rappresentò, infatti, il cuneo per imporre, attraverso l'adozione di procedure e dottrine statutarie del Rinascimento continentale, quel diritto romano che avrebbe potuto assecondare la politica assolutistica dei *Tudor* nell'affermazione della supremazia di un *princeps legibus solutus* (cfr. HOLDSWORTH, *History*, V, capp. III – IV, C. P. SHERMAN, *Roman Law in the modern world*, New Haven Law Book, 1922, p. 362 e ss. e P. KOSCHAKER, *Europa und das römischen Recht*, München–Berlin, 1958, nella traduzione di A. BISCARDI, p. 370 e ss.). Nel caso della *4 Anne*, quasi specularmente, non fu il sovrano a intercettare l'esigenza di cambiamento ma un Parlamento, in cerca di affermazione del proprio primato sulla Corona, che essendo quasi integralmente composto di mercanti constatò la necessità di un più clemente trattamento del mercante insolvente. Cfr. *infra* paragrafo successivo sugli scenari che fanno da sfondo a questa opzione.

²²⁷ Corre l'obbligo di specificare che la formula "*fresh start*" con la quale si fa pressoché universale riferimento alla più tipica conseguenza dell'esdebitazione appartiene, ad un periodo successivo alla emanazione della legge. Fu usata, infatti,

episodica concessione della misura²²⁸, nelle sue prime applicazioni, non ne sminuisce l'importanza: essa costituisce la manifestazione di un'attitudine radicalmente nuova, che privilegia la strategia dell'incentivo rispetto a quella del deterrente. L'invenzione della *discharge* rappresenta senz'altro un punto di rottura rispetto ai metodi continentali coevi di approccio all'insolvenza, in specie mercantile, dominati da una volontà inflessibile, a tratti brutale, di garantire l'obbligatorietà del debito²²⁹. Essa rappresenta l'insorgere di un'etica nuova, in virtù della quale l'umana pietà impone un trattamento differenziato all'insolvente onesto e sfortunato²³⁰ e, dall'altro, la ragione matura la consapevolezza del rischio intrinseco alla concessione di credito e dell'interesse, tanto debitorio quanto creditorio²³¹, che lo giustifica. In questa fase storica, infatti, l'afflato liberale e altruistico, che pure è presente ed autentico, non

per la prima volta da Lord MACNAGHTEN, nella sentenza *Hardy vs. Fothergill*, 13 App. Cas. 351, 367 del 1888, come si legge in ROSSI, *Il fallimento*, p. 144, nt. 140.

²²⁸ C. J. TABB, *The Historical Evolution*, p. 334, 339.

²²⁹ Nella legislazione degli Statuti italiani l'accertamento della consistenza patrimoniale del fallito, nello stesso periodo storico, avveniva attraverso la tortura del reo e dei suoi familiari e collaboratori. Si legga, a tal proposito, l'imprescindibile lezione di A. LATTES, *Il diritto commerciale nella legislazione statutaria delle città italiane*, Milano, 1884, p. 311.

²³⁰ Nella 4 *Anne*, ch. 17, sezz. 7 e 8, ad esempio, al fallito veniva riconosciuta la possibilità di trattenere una parte del patrimonio attivo (determinata in base alla quota percepita dai creditori o alla discrezione dei *commissioners*) o dei beni personali, che era espressamente riservata al sostentamento (*allowance*) proprio e della propria famiglia. Il rimedio fu mantenuto anche nella legislazione americana. Cfr. C. J. TABB, *The Historical Evolution*, *idem*.

²³¹ L. E. LEVINTHAL, *The early history*, p. 19

rappresenta l'unica ispirazione: ²³² è più civile, ma anche meno costoso e più efficiente ottenere la collaborazione del fallito perché sveli consistenza e collocazione di eventuale patrimonio residuo (*disclosure*), rispetto all'alternativa cruenta e potenzialmente infruttuosa della persecuzione del debitore in fuga o ridotto in ceppi²³³. Per ciò, e per altri inequivocabili indici²³⁴, sebbene la misura

²³² In questo senso è unanime il giudizio degli autori che hanno elaborato la ricerca più autorevole e completa sul tema. È così per ROSSI, *Il fallimento*, p. 16, e per CASTAGNOLA, *La liberazione*, 68 e 69.

²³³ Secondo più di un Autore, fu proprio la necessità di combattere la piaga della fuga dei debitori all'estero che indusse a escogitare una soluzione esdebitativa. Cfr. T. A. SULLIVAN, E. WARREN, J. L. WESTBROOK, *Limiting access to bankruptcy discharge: an analysis of the creditor's data*, in *Wisconsin Law Review*, 1983, p. 1091. Se ne faceva cenno nella nota 9.

²³⁴ La *4 Anne* rappresenta una pietra miliare nella storia del diritto concorsuale: con essa, per la prima volta in un precetto positivo, un legislatore mostra una importante apertura al debitore; ma la norma non costituisce un capovolgimento radicale del sistema, limitandosi a introdurre una nuova modalità operativa per la protezione di un bene giuridico antico, lo stesso di sempre. Ciò che deve essere garantito è ancora la fiducia degli investitori nel buon funzionamento del sistema economico perché non si interrompa il flusso di credito che finanzia le imprese mercantili, dunque il legislatore non può fare a meno di continuare a schierarsi dalla parte del creditore. Militano, in primo luogo, in favore di questa lettura gli emendamenti alla *4 Anne* posti nel 1706 dalla legge successiva (*5 Anne, chapter 22*, sez. II che, solo un anno dopo la prima emanazione dello Statuto, condizionavano il rilascio del *certificate of conformity* al consenso discrezionale di una folta maggioranza di creditori (rappresentante almeno i quattro quinti dei crediti ammessi), al contrario della procedura originaria che emarginava completamente il loro intervento. In secondo luogo anche la circostanza che le peggiori sanzioni tornavano ad essere comminate non appena, alla mano tesa, il debitore non corrispondeva la più piena collaborazione (C. J. TABB, *The Historical Evolution*, a p. 337, avverte che della pena capitale si sia fatto un uso infrequente, senza per questo sminuire la portata deterrente del precetto e il grado di inflessibilità di cui un sistema, che aveva appena mostrato il suo lato più indulgente, sapeva nuovamente farsi promotore) sembra rivelare un *favor debitoris* non generalizzato o non del tutto disinteressato. Soprattutto è indicativo di un *favor* non incondizionato né universalmente riconosciuto il fatto che alla *discharge* stuarda

persegua la riabilitazione del debitore, in realtà tende a realizzare il vantaggio dei creditori²³⁵.

2.1. *L'eredità negletta del diritto italiano nello sviluppo della discharge.* È un luogo comune la ricostruzione della *4 Anne* quale evento estemporaneo, che si staglia nel panorama concorsuale del diritto inglese come una improvvisa folgorazione, che non riconosce precedenti ma che curva la parabola del diritto fallimentare imprimendogli una direzione, da quel momento in avanti, del tutto diversa. Lungi dal voler ridimensionare il primato inglese, sancito dalla promulgazione stessa della legge che non riconosce precedenti positivi all'interno di un ordinamento giuridico, è evidente che, al di là di un certo gusto dell'epoca per l'espedito retorico della mela newtoniana, il fenomeno sia stato lungamente preparato da un clima economico, politico e giuridico favorevole all'adozione della norma. È noto che il paese debba, da sempre, la propria potenza navale alla

abbia accesso il solo mercante, laddove prima della *4 Anne* il bersaglio della risposta sanzionatoria è stato un generico *debtor*, senza ulteriori caratterizzazioni in senso commerciale o civile. Ed è, specularmente, non meno indicativo il dato che la legittimazione all'avvio del fallimento fosse intestata ai soli creditori, perciò il debitore non aveva alcuna possibilità di provocare il proprio fallimento e con esso la propria esdebitazione (per lungo tempo la *discharge* si configura come una difesa in via d'eccezione da parte del convenuto debitore insolvente). Cfr. CASTAGNOLA, *La liberazione*, pp. 16 (nt. 59) e 62.

²³⁵ Cfr ancora C. J. TABB, *The Historical Evolution*, op. cit., p. 330, nt. 29, dove l'Autore avverte che l'egemonia degli interessi creditori nella procedura durerà fino al 1841, quando negli Stati Uniti sarà introdotta la possibilità per il debitore di esperire l'azione concorsuale su base volontaria. Secondo TABB l'orientamento verso il lato creditorio è talmente marcato nella *4 Anne*, nel senso di una tale attenzione alle condotte fraudolente, da rendere l'introduzione della *discharge* un fatto del tutto accidentale, *ivi*, p. 329, nt. 21.

conformazione insulare che rende la navigazione e le pratiche marinare indispensabili per qualunque relazione di scambio con l'esterno. Ma da una modalità prevalentemente vettoriale e intermediaria di esercizio della mercatura -che prevede il trasporto di merce acquisita da contrattazione incruenta presso un mercato, dove è tipica o abbondante, verso una piazza di scambio dove è invece rara e preziosa- tutto sommato di modesto rilievo, l'Inghilterra a cavallo tra i secoli XVII e XVIII sviluppa un metodo mercantile predatorio: ha appena dismesso la propria attitudine corsara²³⁶, ma continua a sfruttare le proprie colonie nelle Indie Orientali e Occidentali e domina la tratta degli schiavi, importando una tale quantità di ricchezza materiale da determinare una fase inflattiva della moneta²³⁷ in patria. Vive, inoltre, proprio in questa stagione lo sviluppo delle grandi *trading Companies*, la nascita dei

²³⁶ I Corsari elisabettiani che hanno popolato letteratura e leggende erano, a tutti gli effetti, un Corpo scelto della marina militare reale, i *Sea Dogs*, che in forza di una *lettera di corsa* aveva l'incarico di depredare i galeoni spagnoli e portoghesi carichi di argento che dalle colonie tornavano alla madrepatria o di attaccare gli insediamenti coloniali stessi. La loro attività, lungi dall'essere fuorilegge, era estrinsecazione della strategia militare dello stato britannico, ma si collocava contemporaneamente in una zona di ambigua continuità con l'attività mercantile di ricettazione o di tratta degli schiavi. Il Corpo sarà formalmente sciolto dopo la pace con il regno spagnolo, nel 1604. D. CORDINGLY, *Storia della pirateria*, Mondadori, Milano, 2003.

²³⁷ "Dal canto suo, nel 1601, diceva GERARD MALYNES (1586-1641), mercante inglese esperto in questioni commerciali: l'aumento generale dei prezzi è dovuto ai "mari d'argento" provenienti delle Indie; "essi hanno rimpicciolito la misura", il che a sua volta ha fatto crescere le cifre per ristabilire l'equilibrio", F. BRAUDEL, *Civiltà e imperi del Mediterraneo nell'età di Filippo II*, Vol. I, Einaudi, Torino, 2018, p. 559

Lloyd's di Londra²³⁸, la prima elaborazione di nuovi strumenti finanziari²³⁹ e assicurativi sullo sfondo di una rivoluzione industriale incipiente. L'epoca di prosperità è però fortemente controbilanciata da almeno due fattori: una fase pressoché ininterrotta di conflitti²⁴⁰ che, svolgendosi prevalentemente in mare, disturbano i traffici e drenano mezzi, uomini e risorse economiche e, d'altro canto, una immagine del mercante ancora influenzata da un'aura di immoralità, che circonda chi traffica in sostanze immateriali o beni voluttuari, invece di arricchirsi in meno ambigue attività fondiarie, in un mondo in cui la legge concorsuale riflette questo pregiudizio²⁴¹ e la

²³⁸ Non stupisce, per il discorso che si va conducendo, che la prima sede storica dell'*Edward Lloyd Coffee House* fosse in *Lombard Street*, la strada che sin dal Medioevo segnalava in ogni città di traffici commerciali la presenza di un banco credito a pegno, e che a Londra, in particolare, divenne sede di tutte le operazioni finanziarie ed è, ancora oggi, nel cuore della *City*.

²³⁹ «Nel 1699 Lord Holt (che resse l'incarico di *Lord Chief Justice*, una figura magistratuale apicale nel sistema giurisdizionale, dal al, ndr.) enuncia in Inghilterra la regola che avrebbe costituito la base della moderna teoria del titolo di credito: "*a bona fide transferee for value can acquire a good title from a mere finder*"», in F. GALGANO, *Lex mercatoria*, Bologna, Il Mulino, 2001, p. 57, inciso mio.

²⁴⁰ Sul fronte internazionale l'Inghilterra fu coinvolta ininterrottamente dal 1667 al 1713 in quattro conflitti (Guerra di Devoluzione, franco-olandese, della Lega d'Augusta e della Successione spagnola) mentre era contemporaneamente coinvolta in striscianti contrasti sui fronti interni scozzese e irlandese. Cfr. P. SIMONCELLI A. AUBERT, *Storia Moderna. Dalla formazione degli Stati nazionali alle egemonie internazionali*, Cacucci, Bari, 2001, p.

²⁴¹ Cfr. R. WEISBERG, *Commercial Morality, the Merchant Character, and the History of the Voidable Preference*, in *Stanford Law Review*, Vol. 39, I, XI, 1986, p. 13 e ss. «*The imagery of the merchant derives from English culture's perception of, or troubled attempt to comprehend, the new phenomenon of capitalist credit. [...] The ugly images of credit and merchant emerge in the literature first, because the profession of commercial exchange is an uncomfortable new phenomenon that English writers cannot accommodate to their comfortable norms of a religiously hierarchical, land-based society. And the ugly images appear more particularly in the literature of bankruptcy, since bankruptcy is the crime or condition of*

reputazione determina ancora l'accesso al credito ²⁴². L'attività mercantile ha bisogno di una nuova narrazione.

A fornirla sarà un movimento, intellettuale prima, di politica economica poi, che nel XVII secolo prenderà il nome di *Mercantilismo*, e che sposterà l'attenzione sul ruolo collettivo, politico e strategico del commercio nella costruzione della ricchezza degli stati nazionali e nel mantenimento di un saldo positivo della bilancia commerciale. Nel tentativo di superare l'immagine del *merchant villain* ²⁴³, GERARD MALYNES, illustre mercantilista inglese, con il pretesto di dare alle stampe un prontuario per la nautica e il commercio mercantile che poi avrà enorme successo e diffusione, propone l'alternativa del rispettabile gentiluomo di ventura,

commercial insolvency that illuminates the new phenomenon most sharply» e ancora «Commercial capital struck the English mind as discomfortingly moored from the solid reality of land, even though it was often the magical medium for liquidating the value of land. The bulk of the real wealth of England may still have been in land, but merchant capital became the crucial solvent of landed wealth »

²⁴² *Ibidem*, «Credit can be a noble bond or solvent trust among merchants and indeed among nations, and a means to leverage great wealth out of limited natural resources. Yet credit instruments are also a false wealth, an illusion, a design of smoke and mirrors manipulated by merchants to devour the property of others».

²⁴³ *Ivi*, p. 23, «The other [the merchant as a villain] is the self-exiling, absconding Lombard who runs up debt without regard to the survival of his creditors, secrets his estate, and hides from the law and his creditors in his comfortable house, or abroad, or even in a prison he has turned into a sybaritic retreat». L'Autore si serve anche di un passo di T. DEKKER, *The Seven Deadly Sinnes Of London*, 16, Londra, 1606, alla nota 68, riportando alcune suggestive immagini dalla potente carica descrittiva: «"politic bankrupt" is "a voluntary villain, a devouring locust, a destroying caterpillar, a golden thief." Furtive insolvents are "anthropophagi-men-eaters." Bankrupts are English Wolves ... the Rats that eate up the provision of the people: these are the Grasshoppers of Egypt, that spoyle the Come-fields of the Husbandman and the rich mans Vineyards: they will have poore Naboths piece of ground from him, though hey eate a piece of his heart for it. » (virgolettato nella nota).

sottoposto ad ogni genere di alea e difficoltà²⁴⁴, il cui spirito di intrapresa andrebbe invece ammirato dalle persone e sostenuto dal Principe, al quale la sua opera si rivolge costantemente. Nella sua cauta critica allo *Statute of Bankrupts*, mai formalmente attaccato con l'argomento dell'eccesso vessatorio ma del quale l'Autore evidenzia una certa permeabilità alla elusione²⁴⁵, MALYNES propone approcci alternativi, quindi implicitamente più acconci al fallimento, dando enfatico risalto alla tripartizione del nostro BENVENUTO STRACCA, citato quale alfiere del diritto civile:

«The Civilians are copious in the description of this argument and have attributed unto this kind of people the name of Decoctor, which is derived from the word Decoquo, as it were to consume the substance of things by decrease and evaporation of boyling over the fire, otherwise called disturbers and consumers of other mens goods in the course of traffick. Nevertheless, they do observe great distinctions between these persons, as in the treatise De Decoctoribus, made by Benvenute Straccha, appears. And the definition of Bankrupts is three manner of ways distinguished.

²⁴⁴ GERARD MALYNES, *Consuetudo, Vel Lex Mercatoria or the Ancient Law Merchant. Divided into Three Parts, according to the Essentiall Parts of Trafficke*, Londra, 1686, p. 156, ove si legge «For it hapneth many times, that Merchants having taken up mony at intereft to augment their trade, and thereby doing good to their Prince and Countrey, fhall receive fome unexpected loffes by wars on land, or Embargo's or refraints of Princes upon thefeas, of their (hips and goods, or by having fold their goods and merchandifes at home at long days of payment, or otherwife upon other occafions, having their beft means in remote pla- ces, whereby the faid Merchants cannot fuddenly make payment of fuch Monyes as they have taken up at intereft, which in that interim may be due, and fo they are driven at a ftay, although they have very good eftates».

²⁴⁵ «[it]was done to a very good intent, if it were executed accordingly, with due consideration of the quality of persons, and their behaviour. But fome can prevent the means of suing for the same, and so break the strength of it»», G. MALYNES, *Lex Mercatoria*, op. cit., p. 157.

First, when a man becometh insolvent, by losing his goods and other mens by fortune, mischance, and casualty: which man is not taken to be infamous by the Law, endeavouring to make satisfaction as he can.

Secondly, when a man by wasting, spoiling, and vitiously given, consumes his own and other mens goods, and he by the Law is infamous.

Thirdly, when a man is decayed partly by wasting and spoiling of his own and other mens goods, and partly by misfortune and accident; and this man is taken to be infamous if he be vitious»²⁴⁶.

L'espediente è quello di aggiungere, alla proposta tassonomia, un quarto tipo:

«Hereunto I may add the fourth and most vile person, who enriching himself with other mens goods, breaketh without just cause, and only of purpose to deceive men»²⁴⁷.

Secondo lo schema -già consolidato²⁴⁸- di caricare di ulteriore stigma e reazione sanzionatoria²⁴⁹ la nicchia deteriore, per alleggerire le posizioni precedenti, Malynes suggerisce l'abbandono di una politica indiscriminatamente repressiva e infamante. Non stupisca il fatto che la voce di Stracca parli per tutti i civilisti continentali nell'Inghilterra del '600. Da un lato il suo *De Mercatura seu Mercatore Tractatus*, oggetto di molte ristampe²⁵⁰, è una voce colta ed autorevole in tema

²⁴⁶ *Ivi*, p. 158.

²⁴⁷ *Ibidem*.

²⁴⁸ Lo stesso era avvenuto con Galeazzo Sforza nel 1423. *Supra*, capitolo II.

²⁴⁹ *Cfr* MALYNES, *Consuetudo*, pp. 157 e ss. e specialmente a p. 159, dove l'Autore invoca la pena capitale o la punizione russa per la peggior specie di bancarottieri.

²⁵⁰ La prima edizione, che ha luogo a Venezia nel 1553, vede due immediate ristampe nel 1556 e nel 1575. Contemporaneamente il successo non comune dell'opera è evidenziato dalla diffusione di numerose ristampe presso le capitali

di diritto commerciale in Europa²⁵¹, dall'altro è il prodotto dello stesso sforzo di emancipazione

europee della cultura mercantile: Lione (1556, 1558, 1591), Colonia (1575, 1576, 1585, 1622) e Amsterdam, dove l'interesse, seppur tardivo, si protrae fino a lambire il XVIII secolo (1593, 1608, 1621, 1658, 1664, 1669). Cfr. V. PIERGIOVANNI, in *Il Tractatus "De Nautis, Navibus et Navigatione" di Benvenuto Stracca*, in Atti del Convegno "*Benvenuto Stracca. Ex antiquitate renascor*", Ancona, 22 febbraio 2013, Editrice Gabbiano, Ancona, 2013, p. 58 3ss.

²⁵¹ Cfr. V. PIERGIOVANNI, *Il diritto dei mercanti e la dottrina giuridica in età moderna. Considerazioni comparative tra Benvenuto Stracca e Gerard Malynes*, in *Relations between the ius commune and English Law*, R. H. HELMHOLZ e V. PIERGIOVANNI (a cura di), Soveria Mannelli, 2009, afferma a p. 1316 che «Insieme alle navi e alle merci viaggia anche il diritto», in un saggio che vuole indagare la continuità scientifica, a dispetto dell'estrazione, del ruolo sociale, dell'ambiente politico di provenienza tra i due Autori. L'autorevolezza dello Stracca raggiunge importanti consacrazioni per i numerosi riferimenti ai suoi pareri dottrinali contenuti nelle *decisiones* della Rota genovese (Cfr. A. Lattes, *Lo Stracca giureconsulto*, in *Rivista di Diritto Commerciale*, VII, 1909, I, p. 647), edite nel 1582, ma anche per l'inserimento dell'intero *De Mercatura* -per quanto smembrato in più trattati- nel tomo VI del *Tractatus Universi Iuris* di FRANCESCO ZILETTI, il *sancta sanctorum* del diritto rinascimentale edito nel 1584 in una enciclopedia edizione veneziana sotto l'egida di Papa Gregorio XIII (del quale lo Stracca era stato allievo all'Università di Bologna durante la sua formazione *utrumque ius*), e sul quale più specificamente cfr. GIAN SAVINO PENE VIDARI, *Aspetti iniziali ed editoriali della trattatistica mercantile e assicurativa*, in *Le matrici del diritto commerciale tra storia e tendenze evolutive*, a cura di S. ROSSI E C. STORTI, *Atti del convegno*, Como, 18 e 19 ottobre 2007, Varese, 2009, pp. 125 e ss.. L'autorità dello Stracca è ribadita anche dalla considerazione che ne ha il MARQUARDO (JOHANN MARQUART), autore del primo trattato di diritto commerciale di rango europeo, il *Tractatus Politico-Iuridicus de Iure Mercatorum et Commerciorum singulari* edito a Francoforte nel 1662, il quale spesso cita il suo illustre predecessore e in particolare tributa a Stracca il merito di quella tripartizione del debitore Lib. IV, Cap. VIII, c. 11. A testimonianza della circolazione dello Stracca nell'Inghilterra del '600, seppure nel diverso ruolo di esperto di questioni marittime, e significativamente veneziane in specie, sta la citazione dell'erudito giurista JOHN SELDON, parlamentare di lungo corso, che nel 1635 pubblicò il *Mare Clausum, seu Dominio Maris libri duo*, (la citazione si riferisce alla ristampa in inglese, a cura di M. NEDHAM e pubblicata nel 1652, William Du -Gard, Londra, p. 102).

Per la verità, l'influenza dello Stracca e di un altro sparuto gruppo di civilisti italiani si estende fino al diritto statunitense nella sua *formative era*. Dal fondamentale saggio di un'allieva di Gorla, la Professoressa PAOLA CARLINI, *A proposito dell'uso del*

diritto continentale europeo (o civil law) durante la Formative era del diritto statunitense, in *Il Foro Italiano*, Vol. 103, Parte V, Monografie e varietà, 1980, pp. 67 e ss., sappiamo che un giurista della caratura di JOSEPH STORY, ad esempio, per 34 anni giudice della Suprema Corte degli Stati Uniti e Professore di diritto ad Harvard per 16, in *A course of legal study respectfully addressed to the students of law in the U.S.*, in *6 North American Review*, p. 46, afferma che «È al genio, alla liberalità, alla cultura di Lord Mansfield ed alla sua profonda conoscenza dei giuristi continentali, di Cleirac, di Rocco, di Stracca, di Santerna e Loccenio e Casaregis e Valin, ed al suo ardente attaccamento alle dottrine della civil law, che siamo principalmente indebitati per quel sistema così bello e razionale che ora adorna tale branca della common law». Lo stesso si occupò di dare impulso alle acquisizioni della biblioteca originaria dell'Ateneo, anche attingendo dalla propria dal 1834, anno dal quale anche l'opera di Stracca, divisa in Trattati, figura in catalogo. Nel 1812 decise, nella Corte federale del 1° Circuito (Massachusetts, New Hampshire, Rhode Island e Maine) il caso *Van Reimsdyk vs Kane* attingendo nientemeno che a principi contrattuali enunciati da Stracca e ripresi dalla Rota di Genova prima, e dal Casaregis poi (in 1 Gallison Reports 371, 28 Federal Cases 1062, n. 16871, CCD Rhode Island, 1812). Anche SAMUEL LIVERMORE, avvocato e trattatista, fu un importante contribuente della Harvard's Library e conoscitore di Stracca, citato con il Casaregis e col Rocco in un trattato sulla Agency (SAMUEL LIVERMORE, *A treatise on the law of principal and agent and of sales by auctions*, Baltimora, 1818). Così JAMES KENT, Primo Professore di diritto della Columbia University e più alta carica della Corte di New York, che redasse poderosi *Commentaries on American law*, New York, 1826 -attingendo, neanche a dirlo, da Stracca, Casaregis e Rocco- tanto autorevoli da generare un fenomeno di recezione di ritorno del *civil law* in Inghilterra. E ancora CALEB CUSHING, deputato, giudice della Corte Suprema del *Massachusetts*, procuratore generale degli Stati Uniti e diplomatico, nel tradurre un Trattato marittimo di ROBERT JOSEPH POTHIER, ne glossava principi e regole rivelando la fonte degli stessi in Stracca, Casaregis e altri. Esterno alla rassegna della Carlini, ma ugualmente significativo di quanto lo studio di questo Autore e di altre, successive generazioni di civilisti italiani abbia rappresentato un elemento distintivo anche nella formazione accademica e nelle carriere giudiziarie di giuristi più comuni nel quadro del nascente diritto statunitense sta anche il passo di WILLIAM FRICK, Primo giudice della Suprema Corte di Baltimora, Maestro della Loggia massonica Cassia, che in *Laws of the Sea: with Reference to Maritime Commerce During Peace and War*, in *The North-American Review and Miscellaneous Journal*, Settembre 1818, Vol. 7, No. 21, p. 334 e ss., afferma: «Stracca and Santerna, the first an Italian, and the last a Portuguese jurist, adorned the latter part of the sixteenth century [...]. Both of these writers draw their doctrines from the usages of merchants, from general reasoning, and above all, from the law of contracts in the Roman code, wherever it is applicable. Considering the age in which they wrote, they

dall'aura di sospetto e giudizio per la figura mercantile²⁵². Stracca, con le sue dotte citazioni dai classici giustiniani²⁵³ evoca quella

are very respectable authorities; and Valin has pronounced the eulogy of Stracca, when he declares him an author truly estimable ("auteur vraiment estimable") ».

²⁵² L'origine del pregiudizio risiede nella primigenia immagine del mercante che, ben lungi dal fulgore, dal potere e dal lusso che sfoggerà in epoca tarda e nel Rinascimento, assume nell'immaginario collettivo medievale l'aspetto di un viandante "dai piedi polverosi". A proposito FRANCESCO MIGLIORINO, voce "*Diritto mercantile*", in *enciclopedia Treccani on line*, https://www.treccani.it/enciclopedia/diritto-mercantile_%28Il-Contributo-italiano-alla-storia-del-Pensiero:-Diritto%29/ afferma: "Nel processo d'integrazione sociale dei *mercatores*, gli ambienti ecclesiastici svolgono un ruolo decisivo. Il commercio itinerante suscita nella Chiesa giudizi contraddittori, evocando anche lo spettro della devianza, che accompagna ogni forma di vagabondaggio. La condanna (o almeno la diffidenza) si alterna alla commiserazione per tutti i soggetti deboli e bisognosi di protezione. Con pari ambiguità, presto il concetto di mercatura s'incrocia con quello di *paupertas*. Come i viandanti e i pellegrini, i mercanti possono fare ormai affidamento sulle franchigie e sui privilegi della giurisdizione ecclesiastica." Stracca, però, si trova ad affrontare la tematica in una fase molto successiva, in cui la pratica mercantile si è strettamente intrecciata con il credito, divenendo un'attività di schietta marca lucrativa. Nella sua doppia veste di *doctor utrumque ius* e di patrizio di una città sottoposta all'autorità papale, Stracca è particolarmente avvinto dai pregiudizi canonici verso l'attività usuraria e mercantile. Proprio per questo la soluzione che adotta è brillante, originale e gli varrà a lungo il successo internazionale dimostrato: la definizione di mercante si serve di fonti canoniche, del *Decretum Gratiani* in particolare. In questo modo neutralizza gli elementi negativi dai quali deriva la diffidenza della Chiesa e delle persone comuni, facendo riferimento a un guadagno lecito e ragionevole. Il mercante usuraio è condannato senza esitazione dallo Stracca, e non potrebbe essere altrimenti, ma l'intraprendenza e il rischio al quale il mercante onesto è sottoposto devono essere retribuiti in rapporto a quanto necessario al mercante ed alla sua famiglia, evitando di assecondare una eccessiva sete di guadagno. L'analisi e i passi latini sono contenuti in GIAN SAVINO PENE VIDARI, *Benvenuto Stracca, il diritto dei mercanti e il diritto comune*, in *Atti del Convegno "Benvenuto Stracca. Ex antiquitate renascor"*, Ancona, 22 febbraio 2013, Editrice Gabbiano, Ancona, 2013, p. 75 e ss., in particolare 79, 81, 82.

²⁵³ La citazione a fondamento della sua tripartizione, elemento centrale per la sua costruzione della meritevolezza, è fondata sulle Filippiche di Cicerone. Cfr. *supra*, nt. 62

razionalità alla quale l'empirismo illuminista inglese anela per la costruzione di una ragione universale²⁵⁴.

Dopo Malynes spetterà a DANIEL DEFOE il ruolo di apologeta della figura mercantile²⁵⁵. Egli non cita direttamente Stracca, anche perché non deriva da una formazione giuridica né, per così dire, marinaresca, ma ne ha assorbito l'intuizione. Defoe è più dogmatico nel proporre una propria nomenclatura: il debitore è *honest* -e allora è il “nobile ed eroico dignitario dedito al commercio internazionale, perennemente vulnerabile ai capricci del credito sfuggente, della propria reputazione, della sorte”²⁵⁶-, oppure è il suo contrario *knave*

il debitore disonesto oppure ozioso o prodigo quando non lucidamente dedito a imbrogliare o danneggiare i suoi creditori, i quali sono a loro volta classificati-. Nei confronti del primo egli lamenta l'accanimento, la sterile persecuzione, nei confronti del

²⁵⁴ Cfr. F. MIGLIORINO, voce “Diritto mercantile”, op. cit.: «Nella sfera giuridica, il fenomeno più significativo non sono tanto gli interventi del potere pubblico, quanto la dialettica sempre più stringente tra il diritto mercantile e il diritto comune. Nei manuali di mercatura, destinati agli operatori internazionali, ricorrono riferimenti alle leggi di Giustiniano o alle dottrine dei giuristi in materia di contratti e di usura, mentre sono ignorati i diritti particolari e locali. [...]. La *lex sempiterna et immutabilis* di Cicerone compare tra le citazioni predilette dei *common lawyers*, maneggiata per affidare a un favoloso *ius gentium* gli usi del commercio internazionale».

²⁵⁵ In R. WEISBERG, *Commercial Morality*, op. cit., p. 28, Defoe fa eco a Malynes nel tracciare un quadro complesso della figura morale del mercante nell'immaginario culturale. Anche in W. D. GRAMPP, *The Liberal Elements in English Mercantilism*, in *The Quarterly Journal of Economics*, Vol. LXVI, Novembre 1952, IV, p. 477 si sottolinea la continuità scientifica tra i due Autori, sebbene a proposito della contigua tematica dell'inflazione.

²⁵⁶ *ivi*, 13, traduzione mia.

secondo la persistente vulnerabilità dello Statuto a frodi o elusioni²⁵⁷ ormai tralatizie, che l'Autore conosce per averle sperimentate su di sé. Perorando la causa del mercante onesto ma sfortunato scrive romanzi, *pamphlet* ed elzeviri sul tema fallimentare²⁵⁸, arrivando ad elaborare una autentica proposta di riforma che, tra le altre

²⁵⁷ «Questa legge, soprattutto nei modi nei quali è ora frequentemente applicata, è tutta tesa alla distruzione del debitore e, malgrado questo, molto poco a vantaggio del creditore. [...] Il problema è come fare una legge adatta a tutti quei tipi: nel primo caso si deve concedere la grazia della pietà e della compassione allo sfortunato, della comprensione per la disgrazia e la povertà, dal cui rischio nessun essere umano è mai esente. Nel secondo si deve applicare il giusto freno e rigore perché la malvagità e la furfanteria non siano incoraggiate dalla legge.», DANIEL DEFOE, *Of Bankrupts*, in *Essay upon Project*. Le osservazioni in questo paragrafo sono però tratte o ispirate prevalentemente dalla traduzione italiana, a cura di TOMÀS MALDONADO, *Electa*, Milano, 1983, p. 77 e ss., in particolare p. 80.

²⁵⁸ L'attività mercantile di Daniel Defoe, fallito e riformatore del fallimento, è un aspetto poco noto della sua parabola umana. L'Autore deve, invece, la propria fama alla prevalente e celebre attività letteraria - nel 1719 ha pubblicato quello che è considerato una pietra miliare dei romanzi d'avventura moderni, il *Robinson Crusoe* (*The Life and Strange Surprising Adventures of Robinson Crusoe*) - nella quale pure è possibile trovare traccia delle sue disavventure economiche. In *Fortune e sfortune della famosa Moll Flanders*, ad esempio, l'Autore fornisce una descrizione preziosa, per gli storici del diritto, circa il trattamento carcerario dei criminali e le miserabili condizioni di vita nella *Liberty of the Mint*, un'area di Londra a giurisdizione speciale per via della originaria appartenenza episcopale, nella quale, per ciò, trovavano rifugio debitori irredimibili in fuga dalla carcerazione o dalle rappresaglie dei creditori, noti come "gentiluomini della domenica" perché solo nei festivi la loro persecuzione era per legge sospesa. Era possibile vederli vagare indossando i pochi abiti presentabili rimasti per camuffare lo stato di assoluta rovina, ma morivano spesso di stenti a causa della costrizione in un'area fluviale e malsana della città, popolata di baracche, e della assoluta impossibilità di riabilitarsi economicamente. Defoe, pur essendo stato un *sunday gentleman*, riesce a riscattarsi attraverso la sua penna (cfr. MICHAEL SHINAGEL, *Daniel Defoe and Middle-Class Gentility*, Harvard University Press, Cambridge, 1968, p. 43 e ss.). Tra le sue produzioni letterarie, però, quella più influente nel dibattito pubblico e politico ai fini dell'introduzione di una *full and free discharge*, che non ottenne mai nei termini di massima liberalità richiesti, fu la produzione giornalistica della *Review of the State of the English Nation*. Cfr. M. QUILTER, *Daniel Defoe: Bankrupt and Bankruptcy Reformer*, in *The Journal of Legal History*, 25, 1, 2006, p. 64

invenzioni, anticipa di 150 anni l'esdebitazione volontaria, e che è sottoposta al dibattito pubblico e ad un Parlamento per buona parte composto di dignitari e comuni, più o meno apertamente dediti alla mercatura²⁵⁹, proprio a ridosso degli anni di promulgazione della legge. MICHAEL QUILTER opina che questi stimoli abbiano avuto un ruolo *vitale*²⁶⁰ nel convincimento del legislatore e che un caso di frode particolarmente grave e l'eco che ebbe nel 1704 abbia fatto il resto²⁶¹.

Il quadro inglese è chiaramente delineato. Questioni culturali, economiche, politiche, congiurarono perché quella mela cadesse a *Woolsthorpe* e non ad Ancona o Venezia, dove idee di promozione dello spirito di intraprendenza mercantile, di realizzazione della massa attiva per il tramite della collaborazione del debitore, per quanto ammantate di una retorica di benevolenza cristiana o solidaristica, erano state concepite, o teorizzate o inserite in un contesto sistematico e organico per la prima volta. In Italia, però, non sarebbero state sorrette e veicolate da un ente politico unitario che perseguisse l'affermazione nazionale né da un fortunato affaccio

²⁵⁹ Una prospettiva accurata delle attività mercantili e finanziarie svolte dai *Commons* nella finestra temporale interessata dall'adozione della riforma -dal 1690 al 1715- può essere rinvenuta nell'appendice presente al seguente link: <https://www.historyofparliamentonline.org/volume/1690-1715/survey/appendix-xvi-merchants-and-financiers>

²⁶⁰ M. QUILTER, *Daniel Defoe, op. cit.*, p. 62.

²⁶¹ Cfr. M. QUILTER, *Bankruptcy and Order*, in *Monash University Law Review*, 39, 1, 2013P. 202 e ss., il quale infatti afferma che l'adozione della 4 Anne, a partire dalla rubrica della legge, fu un gesto di reazione e volontà di contenimento delle frodi. Sul caso della nota frode di Thomas Pitkin si veda EMILY KADENS, *The Pitkin Affair: A Study of Fraud in Early English Bankruptcy*, in *American Bankruptcy Law Journal*, 2010, 84, , pp. 483 e 487.

sulle nuove rotte commerciali, ma da un sistema vessatorio dei dissesti commerciali dovuto, come si è visto, ad una minore disponibilità di ricchezza circolante e ad una maggiore dipendenza dal credito, sullo sfondo di un Mediterraneo declinante. Ma la circostanza di sicuro rilievo, che risulta ingiustamente negletta nelle considerazioni degli studiosi, è l'indiscussa matrice comune dei principi giuridici, a «dimostrazione che il diritto inglese, pur avendo le sue peculiarità, presentava, *e presenta*, molte somiglianze rispetto al diritto continentale, e in particolare a quello italiano, dei secoli XVI - XVIII»²⁶².

3. *Conseguenze moderne e contemporanee di quelle origini (segue).*
L'esdebitazione dei non commercianti, all'origine del moderno sovraindebitamento del *consumatore*, e più in generale una incisiva metamorfosi degli interessi perseguiti con la procedura, si avranno in un momento successivo e in un contesto giuridico contiguo ma differente. La legge inglese potrà soltanto recepire questa suggestione dall'esperienza nordamericana, rallentata da un tortuoso processo di estensione al debitore civile dei privilegi connessi al fallimento di quello commerciale²⁶³. Raggiunto questo traguardo,

²⁶² GINO GORLA, *Un centro di studi storico-comparativi sul "Diritto Comune Europeo" presso l'Istituto di Diritto Comparato dell'Università di Roma*, in *Il Foro Italiano*, Vol. 101, parte V, 1978, p. 313, corsivo in originale.

²⁶³ È utile specificare a questo proposito che mentre la legge del 1543, recependo il diritto statutario italiano, sottoponeva a fallimento ogni genere di *bankrupt*, la 4 Anne poneva una distinzione limitando il proprio vaglio al solo insolvente commerciale. Una equiparazione del trattamento dell'insolvenza di *traders* e non *traders* si avrà nuovamente solo con lo Statuto vittoriano del 1861.

nell'Inghilterra del XX secolo il trattamento di un debitore unico, ormai indistinto sul piano funzionale e soggettivo²⁶⁴ comporterà l'applicazione indiscriminata di inabilità e restrizioni connesse alla procedura fallimentare, espressione del cosiddetto “*one size fits all*” approach²⁶⁵ ma, a partire dall'*Insolvency Act* del 1986, poi emendato dall'*Enterprise Act* del 2002, l'interesse si appunterà di nuovo sulla meritevolezza di un debitore unico. Quei criteri etici di valutazione della condotta che furono alla base della invenzione della *discharge* torneranno a porre una distinzione tra *l'honest-unlucky* e il *culpable debtor*, che avrà rilievo soprattutto sul piano delle conseguenze

²⁶⁴ Il riferimento all'unicità del debitore operato in questa sede, è opportuno precisare, ha valore solo in riferimento alla sua esdebitabilità nel senso che l'insolvente -si tratti di un debitore commerciale o civile, di un consumatore sovraindebitato, di una impresa o di una società- beneficerà comunque della *discharge*, all'esito di una specifica procedura. Sul piano della disciplina generica del *genus* “insolvenza”, invece, le procedure concorsuali restano differenziate su base soggettiva nelle *species* di “*bankruptcy proceedings*”, tipiche delle persone fisiche e delle società di persone sovraindebitate e di “*insolvency proceedings*”, riservate alle società di capitali e agli altri enti giuridici (queste ultime profondamente incise dal recente intervento delle *Insolvency Rules 2016* in Inghilterra e Galles e ancor più dal recentissimo *C.I.G.A. 2020*, il *Corporate Insolvency and Governance Act* promulgato a fine giugno 2020 per favorire la sopravvivenza delle imprese alla crisi innescata dalla pandemia di SARS-Covid 19). Cfr. A. KEAY e P. WALTON, *Insolvency Law: Corporate and Personal*, Jordan Publishing Limited, IV ed., 2003, *passim*; I. MECATTI, *L'insolvenza del debitore civile nel Regno Unito*, in *Analisi giuridica dell'economia*, 2004, II, pp. 347 e ss.

²⁶⁵ J. DUNS, R. MASON, *Debt Agreements Down Under*, in *Consumer Credit, Debt and Bankruptcy. Comparative and International Perspectives*, a cura di J. NIEMI, I. RAMSAY e W. C. WHITFORD, Hart Publishing, Oxford and Portland, 2009, p. 355, 356; DIANA. CERINI, *Sovraindebitamento*, p. 263 e ss. Fino all'*Enterprise Act* del 2002 lo schema legale aveva mantenuto una forte impronta punitiva: al fallimento seguivano interdizioni alle cariche elettive d'impresa e, già a partire da soglie di indebitamento modesto, condizioni di più oneroso o impossibile accesso al credito applicati indiscriminatamente, senza alcuna valutazione delle cause di indebitamento o dell'atteggiamento soggettivo del *bankrupt*.

dell'insolvenza ²⁶⁶ . Dall'esito della valutazione della condotta debitoria discenderà, per il debitore civile-consumatore insolvente

²⁶⁶ L'attuale assetto normativo inglese è il risultato di una lenta stratificazione che era stata, nelle sue linee tendenziali, auspicata e promossa già dal *Cork Committee*, il Rapporto della *Insolvency Law Review Commission* presieduta da Sir. Kenneth Cork nel 1982. Si tratta di un documento importante che ha, tra gli altri, il merito di riportare al centro del dibattito scientifico-giudiziale la dimensione morale, intesa sia come deontologia dell'azione dell'operatore sia come parametro di valutazione della sua condotta per una reazione sanzionatoria adattata alle fattispecie (Cfr. AA.VV., *Insolvency Law and Practice: Report of the Review Committee*, H. M. S. O., 1982, §191). La sua traduzione in diritto cogente non è stata immediata. Il primo atto normativo che segue cronologicamente il *Report* (l'*Insolvency Act* del 1986), infatti, non adotta la raccomandazione della modulazione della sanzione in base alla condotta del debitore, pur riducendo il periodo di osservazione che precede l'esdebitazione (da cinque a tre anni, per tutti). Sarà l'*Enterprise Act* del 2002 a recepirne tardivamente le raccomandazioni, prevedendo percorsi differenziati per diverse gradazioni di condotta: esdebitazione automatica entro l'anno dalla data di apertura della procedura fallimentare per il solo debitore incolpevole mentre, all'esterno di questo perimetro entro il quale può collocarsi solo un soggetto colpito da eventi imprevedibili e involontari (un *honest but unfortunate debtor*), stanno la sfera della *misconduct* che degrada dal dolo specifico alla colpa (*fraudulent to culpable debtor*) e nessun vantaggioso automatismo (l'esdebitazione consegue comunque al termine della procedura, ma i tempi non sono altrettanto brevi né standardizzati). Ai *dishonest*s si applicano, inoltre, misure restrittive decise in via equitativa dal giudice del procedimento, che vede anche la rappresentazione dell'interesse pubblico attraverso il coinvolgimento del *Secretary of State*. Contenuto e durata di questi *Bankruptcy Restrictions Orders* dipendono, ancora una volta, dalla condotta del debitore, essendo comminati a fronte di condotte emendabili, quali consapevoli aggravamenti dell'esposizione debitoria, preferenze accordate a singoli creditori, mancata cooperazione alla procedura, ricorso irresponsabile al credito *etc.* Alle misure volte al reinserimento del soggetto nella vita economica e alla regolazione degli effetti personali e patrimoniali, legate al profilo di colpevolezza del debitore, si affianca un sistema complessivo disegnato anche da successivi *Acts*, che è composto da una serie di procedure alternative, non necessariamente esclusive del debitore civile, che sono esperibili in *modalità para o extra giudiziale*, come gli accordi volontari individuali (gli *Individual Voluntary Arrangements*, I.V.A., che, già previsti dall'IA del 1986, che sono stati potenziati con la novella del 2002 con l'introduzione di una modalità più spedita, che prende infatti il nome di *Fast Track* V.A possono essere accostati ai nostri concordati preventivo e fallimentare pur in costanza di macroscopiche differenze quanto, ad esempio, agli

che ha subito un procedimento di *bankruptcy*, la possibilità di automatica esdebitazione entro un anno dalla chiusura della procedura²⁶⁷. Accolta dalla Corte la *bankruptcy petition* del debitore, infatti, il patrimonio sarà trasferito ad un ufficiale, il *trustee*, per la liquidazione. E, con la dichiarazione di fallimento, oltre alla remissione automatica o giudiziale dei debiti residui, il debitore beneficerà anche della sospensione delle azioni esecutive.

effetti sul patrimonio del debitore e all'intervento di amministratori fiduciari nella procedura), i *Country Court Administration Orders* (con i quali, a determinate condizioni, si inibisce l'esperimento di azioni esecutive una volta approvato il piano di esdebitazione attraverso un provvedimento amministrativo), i sempre meno frequenti *Deeds of Arrangement* (si tratta di transazioni, poi trascritte in appositi *registers*, con le quali il debitore trasferisce la proprietà dei beni alienabili ad un amministratore fiduciario, il *trustee*, perché provveda alla liquidazione. L'atto trae esecutorietà dalla sua stessa natura contrattuale, rendendo superflua la supervisione giurisdizionale) e soprattutto i *Debit Relief Orders* (introdotti a partire dal *TCE Act* del 2007 come alternativa non giudiziale e *low cost* rispetto alla procedura fallimentare propria permettono a soggetti particolarmente fragili e meritevoli -*deserving Poors*-, a costi davvero contenuti, la protezione del debitore dall'avvio di azioni esecutive operata dal commissario giudiziale, l'*Official Receiver*, e la esdebitazione automatica decorso il termine concesso per pagare parte delle obbligazioni, normalmente non superiore ad un anno). Cfr. I. RAMSAY, *Personal Insolvency in the 21st century. A Comparative Analysis of the US and Europe*, Hart Publishing, Oxford, 2017, p. 68 e ss.; P. PACILEO, *Il sovraindebitamento del debitore civile. Analisi comparata dei principali modelli europei*, Giappichelli, Torino, 2018, pp. 63 e ss., 148 ss.

²⁶⁷ Si diceva che l'effetto esdebitativo, tenuto conto delle peculiarità delle singole procedure, compete a tutti i soggetti giuridici (nota 23) e consegue a tutte le procedure (nota 25) nel sistema concorsuale britannico. Ma è particolarmente rivelatore dell'atteggiamento del legislatore quello che deriva da una *bankruptcy* del consumatore nella quale, ad essere remunerato con il più efficace automatismo, è un debitore incolpevole e sfortunato. L'intento di stemperare lo *stigma in failure* del debitore *innocent* (che si traduce nel netto accorciamento del periodo di moratoria da tre ad un anno) si riflette, d'altro canto, nell'inasprimento delle conseguenze concorsuali per il debitore *culpable* (da tre a cinque anni, mentre è ormai abrogata la previgente possibilità di moratoria quindicennale). Cfr. PACILEO, *Il sovraindebitamento*, p. 189.

Questi tratti della procedura contemporanea, che rendono il modello fallimentare inglese il più benevolo verso il debitore, nel panorama europeo, sono gli stessi che si offrono al legislatore italiano intento nella progettazione di un proprio modello di trattamento dell'insolvenza del consumatore, ma non rappresentano lo sviluppo più audace del paradigma capitalistico liberale. La carica innovativa della legislazione anglosassone si arresta su questa, pur rimarchevole, soglia della prima invenzione, senza trascendere nell'esplicita propensione per gli interessi debitori che è stata, invece, sviluppata nel tempo dal diritto americano. Una più disinvolta attitudine al credito da parte dei consumatori, un debole sistema di *welfare*²⁶⁸, l'assenza della mediazione esercitata dalla normativa europea sul credito al consumo hanno realizzato, solo oltreoceano, le condizioni economico-sociali adatte a propiziare un passaggio di testimone²⁶⁹ legislativo per il pieno sviluppo di un *favor debitoris* ancora gravido di potenzialità inesprese.

4. *L'autonomo sviluppo di un archetipo nel Nord America postcoloniale.* In uno dei più importanti saggi sul tema del diritto fallimentare

²⁶⁸ I. RAMSAY, *Bankruptcy in Transition: the case of England and Wales*, in *Consumer Bankruptcy in Global Perspective*, a cura di J. NIEMI, I. RAMSAY E W. C. WHITFORD, Hart Publishing, Oxford and Portland, 2003, p. 205 e ss.

²⁶⁹ Le Colonie statunitensi non mostrano una compiuta emancipazione dai precetti fallimentari della madrepatria inglese prima della seconda metà dell'Ottocento. Solo a partire da questo periodo, infatti, il diritto americano avvierà una declinazione originale dei principi e delle procedure recepite, fino alla elaborazione di strumenti propri che, pur restando incardinati nel solco della *common law*, saranno asserviti a esigenze economiche e contingenze diverse, connotate da una più spregiudicata tendenza a favorire il lato debitorio.

americano, GUIDO ROSSI²⁷⁰ rinviene il carattere fondamentale della *discharge*, o il suo tratto di maggiore originalità dal punto di vista della tecnica legislativa, in un meccanismo peculiare che non prevede, come nel diritto continentale lo spossessamento del patrimonio del fallito ma la sua espropriazione e il contestuale trasferimento del suo patrimonio all'organo fallimentare. Questo è negli Stati Uniti, a seguito del *Bankruptcy Act* del 1898, il *trustee*; ma già per la legge inglese del 1570 era un organo equivalente, il *commissioner*, che a sua volta inoltrava i beni all'*assignee* perché li vendesse e distribuisse tra i creditori²⁷¹). La legge del 1978, in realtà, già non trasferisce più il titolo di proprietà al *trustee*, ma si limita a stabilire che venga istituito un patrimonio separato, composto dai beni del fallito, attribuendone al *trustee* la rappresentanza anche in giudizio. In questo modo il fallito è liberato non solo dal suo debito, ma anche da ogni responsabilità che ne possa derivare, giacché la separazione effettiva del suo patrimonio rende un inutile accanimento giuridico e morale il tener legato il fallito a ciò che non è più suo. Come è stato osservato dalla dottrina successiva²⁷², però, la separazione della proprietà e il suo trasferimento al *trustee* non sono di per sé sufficienti a sostenere la liberazione del fallito dalle obbligazioni prefallimentari; meglio ancora, queste non sono il punto della questione, bensì solo il modo con cui il sistema persegue lo scopo ovvio del fallimento, che è quello di soddisfare i creditori

²⁷⁰ G. ROSSI, *Il fallimento*, op. cit., p. 100

²⁷¹ A. CASTAGNOLA, *La liberazione*, p. 56.

²⁷² In particolare, cfr. Castagnola, *La liberazione*, 58 e ss.

per mezzo dei beni del debitore. Che l'istituzione di un patrimonio indipendente sia principalmente un mezzo per tutelare il debitore lo testimonia anche il fatto che eventuali beni rimasti al *trustee* dopo la chiusura del fallimento non restano al patrimonio cosiddetto separato ma tornano al fallito, il che dimostra che tale separazione intoccabile e insuperabile per il creditore ha dei limiti e non è irreversibile. Da questo e dall'impianto generale della *discharge* si può desumere che questa sia una tutela resa non solo ai creditori, ma forse in misura maggiore e più specifica al debitore.

L'inclinazione ad una disciplina concorsuale orientata agli interessi debitori era, del resto, già desumibile da altri fattori se si considera globalmente la cultura di diritto comune. È pur vero, ad esempio, che quella prima liberazione dei debitori che ha avuto luogo sotto il regno di Anna Stuart, più che ad alleggerire la loro posizione, puntava senza dubbio a una più efficace tutela dei creditori, ma va anche rimarcata la prima netta distinzione tra falliti disonesti o soltanto sfortunati, sorretta senz'altro anche da una vera *pietas* o commiserazione per chi, senza propria colpa, avesse subito l'accanirsi della sorte. Questa sorta di empatia trae origine, anche questo va ricordato, dal fatto che una classe dirigente ampiamente mercantile, com'era appunto quella inglese, potesse rivedere nei mercanti sfortunati i propri stessi rischi e dunque una tutela di sé o della propria classe, nonché forse degli interessi della nazione; non

a caso le valutazioni di merito, e di conseguenza le esdebitazioni, erano riservate ai commercianti ed escludevano i debitori civili²⁷³.

Ma se questa è una fase storica già trattata per ciò che concerne la Gran Bretagna, si può identificare nel 1841 l'inizio di una via schiettamente americana alla *discharge*, in cui i semi del ribaltamento piantati un secolo e mezzo prima da fioriscono finalmente in quella che è stata definita “*the first pro-debtor bankruptcy law*”²⁷⁴: per la prima volta viene concesso anche ai debitori non commercianti la facoltà di richiedere il proprio fallimento, senza tuttavia riconoscere ai loro creditori un uguale potere, il che di fatto equivale a garantire che i primi potessero fallire solo di propria volontà, e dunque evidentemente allo scopo di ottenere la *discharge*. Tale dinamica prova che già all'epoca la funzione della *discharge* fosse prevalentemente liberare il debitore.

Ancora più chiaro e forse definitivo è il passo che la legislazione fallimentare statunitense compie nel 1867, quando cessa la necessità di ottenere per la *discharge* anche il consenso dei creditori²⁷⁵, a riprova che non soltanto l'interesse del debitore fosse divenuto ormai preminente su quello del creditore, ma che quello coincidesse in una certa misura con l'interesse pubblico, e che dunque la legge badasse a privilegiarlo.

²⁷³ *Ivi*, pp. 63-64. Più precisamente, i debitori non commercianti non potevano fallire, e di conseguenza non potevano essere liberati dei propri debiti. Un'ulteriore prova del peso politico e *lato sensu* strategico di cui godevano i commercianti rispetto ad altre classi e categorie sociali.

²⁷⁴ C. J. TABB, *The scope of the fresh start in bankruptcy: collateral conversions and the dischargeability debate*, in 59 *George Washington L. Rev.* [1990], p. 63.

²⁷⁵ A. CASTAGNOLA, *La liberazione*, op. cit., p. 67.

Le ragioni che determinano questa inclinazione risiedono nel fatto che la *discharge*, in particolare quella statunitense che evolve durante l'Ottocento e si perfeziona nell'arco del Novecento, è il frutto di un'economia "improntata al consumo, piuttosto che al risparmio, derivata dalla rivoluzione industriale²⁷⁶". La rivoluzione industriale, causando la produzione di massa, ha reso necessario il consumo di massa, il che a sua volta ha richiesto che il numero degli acquirenti possibili si moltiplicasse a dismisura, determinando la trasformazione del credito da credito alla produzione a credito al consumo²⁷⁷. In questa organizzazione socio-economica i fallimenti divengono non un fatto sporadico ma perfino endemico, di fatto un costo inevitabile del sistema creditizio. Il fatto che di norma i creditori del fallito siano enti o figure professionali rende possibile se non usuale il trasferimento automatico delle perdite causate dal fallimento sui debitori solvibili o sulla collettività mediante l'aumento dei tassi di interesse o la deduzione dalle imposte delle perdite legate ai fallimenti²⁷⁸. I costi economici o sociali del fallimento sono, nella visione statunitense, meno gravi di una riduzione dei consumi ed è quindi importante incoraggiarne la ripresa anche in caso di fallimento. Se dunque uno degli scopi della *discharge* tra i più presenti al legislatore italiano che l'ha adottata, è quello di far emergere il passivo, di spingere il debitore a cooperare

²⁷⁶ DAPHNE LETIZIA E FRANCESCO VASSALLI, L'esdebitazione, in AA. VV., *Gli effetti del fallimento*. Volume III, diretto da F. Vassalli, F. P. Luiso e E. Gabrielli Torino 2014, p. 798.

²⁷⁷ A. CASTAGNOLA, *La liberazione*, op. cit. p. 70.

²⁷⁸ LETIZIA E VASSALLI, L'esdebitazione, op. cit., p. 798.

al proficuo svolgimento delle operazioni fallimentari e, in generale, di non procrastinare inutilmente il fallimento, per la cultura americana è, invece, altrettanto importante se non fondamentale persuadere il fallito a riprendere l'attività e convincere chi sia titubante che i rischi dell'impresa sono tutto sommato ridotti o comunque accettabili²⁷⁹.

D'altra parte è innegabile che un fattore etico esista ancora, al di là di tutte le diffuse convenienze: se per i debitori commerciali è opinione comune che il rischio di un esito negativo dell'impresa sia un incidente che può accadere senza colpa ed è dunque da tenere in conto, per i non commercianti è possibile che chi li ha incoraggiati concedendo forme apparentemente vantaggiose di credito, trovi una responsabilità nel suo fallimento, e dunque condivida il rischio del credito al consumo²⁸⁰, concepito come una sorta di assicurazione sociale contro, in un paese privo di una rete pubblica di *welfare*.

La legislazione americana, oltretutto, è “imposta e provocata dalle crisi economiche²⁸¹”, concepita dunque nei vari momenti di difficoltà come ancora di salvataggio per i consumatori e gli imprenditori imprigionati in una congiuntura negativa. Per questa ragione la *discharge* è, infatti, un processo in costante divenire, che tende ad allargarsi e ad acquisire forza nel tempo. Nel 1898, ad esempio, la *discharge* era un mero meccanismo processuale, una *affirmative defense* da eccepire solo nel corso di un procedimento fallimentare

²⁷⁹ *Ivi*, p. 799.

²⁸⁰ A. CASTAGNOLA, *La liberazione*, op. cit., pp. 72-73.

²⁸¹ G. ROSSI, *Il fallimento*, op. cit., p. 144.

che, per altro, poteva essere neutralizzato da una *reaffirmations of debt*, ovvero una promessa di pagamento di debiti falcidiati o falcidiabili dalla *discharge*, nonostante tali impegni fossero comunemente estorti con metodi energici e ricattatori. La legge del 1898 prevedeva, inoltre, uno sdoppiamento della giurisdizione in virtù del quale, se spettava ai tribunali fallimentari federali concedere o meno la *discharge*, a quelli statali (non fallimentari) toccava definire quali debiti fossero colpiti dalla *discharge* e quali no. E i tribunali statali, oltre alla ridotta competenza tecnica, avevano anche una certa tendenza a rifiutare la politica federale di sollievo per i falliti e a privilegiare invece gli interessi dei creditori²⁸². Né mancavano casi limite, di stati che qualificavano come fattispecie di reato alcuni inadempimenti di particolari obbligazioni, altrove esdebitabili, cosicché il creditore poteva spostare la denuncia sul piano penale rendendo di fatto inefficace la *discharge*.

Furono solo le riforme del 1970 ad avviare un percorso di trasformazione dell'eccezione giudiziale in un diritto sostanziale utile a paralizzare sentenze ottenute contro il fallito, dapprima attraverso la creazione di un provvedimento ingiuntivo²⁸³ emesso dal tribunale federale che vieta al creditore di continuare o proseguire un giudizio su debiti *dischargeable*. Poi, a partire dal 1978, sono nulle tutte le sentenze che rilevino la responsabilità patrimoniale del fallito in

²⁸² A. CASTAGNOLA, *La liberazione del debitore*, op. cit. pp. 75-83.

²⁸³ Sulla *discharge* come *injunction* cfr. DOUG RENDLEMAN, *The Bankruptcy Discharge: Toward a Fresher Start*, 58, *North Carolina Law Review*, 1980, p. 732, disponibile alla lettura al link <https://scholarlycommons.law.wlu.edu/wlufac/365/> visitato da ultimo il 5 maggio 2021

merito a debiti falcidiati dalla discharge e contestualmente si vieta ai creditori di iniziare o proseguire azioni in merito²⁸⁴, verso una piena realizzazione dell'*automatic stay* e nell'intento di protezione del fallito dal *credit harassment*, molestie e persecuzioni perpetrate dal creditore. Nonostante l'intenzione del legislatore sembri avviata verso una vera e propria estinzione del debito²⁸⁵, le riforme garantiscono una efficacia soggettivamente limitata all'istituto, prevedendo la sopravvivenza della garanzia patrimoniale prestata dai coobbligati e dai garanti del fallito²⁸⁶.

²⁸⁴ A. CASTAGNOLA, *La liberazione*, pp. 219 ss. e in particolare 256, nt. 115.

²⁸⁵ CASTAGNOLA, *ivi*, p. 94, riporta alcuni stralci dei lavori parlamentari del *Bankruptcy Reform Act* del 1978, noto come il provvedimento normativo apicale della parabola *debtor oriented*.

²⁸⁶ *Ivi*, p. 100

PARTE TERZA.

UN APPROCCIO COMPARATO E MULTIDISCIPLINARE AL
FENOMENO

CAPITOLO VI
IL RUOLO DELLA MERITEVOLEZZA NEL SISTEMA STATUNITENSE:
ANTITESI TRA *DEBT RELIEF* E *STRAIGHT LIQUIDATION*

SOMMARIO: 1. Una etica diversa nel modello americano di *Consumer Bankruptcy*. 2. *Eligibility* nel *Bankruptcy Code*: dall'ammissione del debitore onesto ma sfortunato all'ammissione del debitore sovraindebitato 3. La declinazione europea del sovraindebitamento nel senso di una nuova etica sociale.

1. *Una etica diversa nel modello americano di Consumer Bankruptcy*. Si è già dato ampio risalto alla circostanza che proprio nelle modalità specifiche della *bankruptcy* inglese sia nata la peculiarità del procedimento esdebitativo della *discharge*²⁸⁷, così come saranno di seguito illustrati i passaggi attraverso i quali l'elaborazione del modello proseguirà negli Stati Uniti. Una volta maturato uno schema originale di *bankruptcy*, però, un tratto sarà immediatamente evidente: la dichiarazione di fallimento determina non solo uno spossessamento (come nei paesi di tradizione civilistica), ma una vera espropriazione del fallito. Dietro questo sottile passaggio si cela un effetto importante. La separazione tra le sorti del patrimonio fallimentare (*l'estate* nel quale confluisce ogni genere di *interest in property*²⁸⁸ che è affidato al *trustee*) e la persona del debitore stesso²⁸⁹,

²⁸⁷ Parte II, Cap. V

²⁸⁸ Il catalogo può comprendere *claims, rights, shares, titles*, o altro genere di diritto soggettivo. In proposito si veda F. DE FRANCHIS, voce "*Interest*" del *Law Dictionary*, Milano, 1984.

²⁸⁹ G. Rossi, *Il fallimento nel diritto americano*, Padova, 1956, p. 100 e ss., in particolare 105. La pregevole teoria è poi ripresa e largamente sviluppata dall'acuta ricostruzione di A. CASTAGNOLA, *La liberazione del debitore (Discharge) nel diritto fallimentare statunitense*, Milano, 1993, p. 56 e ss., a mente della quale non si

determina l'inutilità di continuare a ritenere responsabile dell'andamento della liquidazione il debitore insolvente, il quale è libero di intraprendere nuove iniziative economiche, sgravato da ogni responsabilità, per quanto alleggerito di ogni avere. Questo meccanismo, che è un caposaldo della cultura economica di area anglosassone, ha contribuito -insieme ad altri fattori- all'imporsi di un'etica differente da quella di derivazione romanistica, in virtù della quale l'indebitamento è connaturato alle operazioni economiche, così come lo è la possibilità di fallimento, e questa consapevolezza è diffusa a tutti i livelli anche presso i creditori²⁹⁰. Non c'è bisogno di chiamare in causa sfortuna o onestà²⁹¹, perché gradualmente si stempera l'antigiuridicità del fenomeno fallimentare, che cessa di destare allarme sociale e di esigere misure di ordine pubblico per il suo contenimento. La ragione economica di fondo risiede nel fatto che il modello anglo-americano, come più volte affermato, si sia sviluppato in una fase in cui la ricchezza non dipende più esclusivamente dall'erogazione del credito²⁹², dunque non c'è bisogno di vessare il debitore inadempiente perché la sua plateale punizione rassicuri i finanziatori.

D'altro canto, questa operazione di alleggerimento del peso etico delle posizioni individuali determina conseguenze vantaggiose anche

tratterebbe di un vero e proprio patrimonio destinato, perché lo scioglimento del legame con il debitore non è sempre irreversibile

²⁹⁰ L. E. LEVINTHAL, *The Early History of english bankruptcy*, p. 19

²⁹¹ M. RADIN, *Discharge in Bankruptcy*, in *New York University Law Quarterly Review* IX, 9, 1931, p. 46

²⁹² Si vedano, a tal proposito, le stesse riflessioni svolte a proposito di, nel cap., p. 14

sul piano della pubblica economia. Quando a indebitarsi sono gli imprenditori la più disinvolta propensione al rischio che la possibilità di esdebitarsi in caso di fallimento porta con sé, determina in una scala globale più crescita, innovazione, competitività. Ma, come insegna la croce marshalliana l'equilibrio del modello macroeconomico classico dei mercati non comprende la sola componente dell'offerta. È necessario garantire una proporzionale stabilità nella crescita della domanda di beni di consumo perché le forze si bilancino e si alimentino reciprocamente, dunque anche il ruolo degli *wage earners* diventa un *asset* strategico²⁹³. La nuova impronta consumistica, che prende avvio nel dopoguerra ma si implementa a partire dagli anni '70 del secolo scorso negli Stati Uniti, prevede il sistematico incentivo all'indebitamento, che passa anche attraverso una "alleanza mediatica tra produttori di beni e servizi voluttuari e *irresponsible lenders*"²⁹⁴, ai quali si aggiungono gradualmente le possibilità offerte dal nuovo strumento delle carte di credito²⁹⁵, in specie *revolving* che, dematerializzando la ricchezza, contribuiscono ad annebbiare la percezione di spesa e patrimonio residuo del consumatore, dal momento che le transazioni sono sempre meno rappresentate da

²⁹³ C. CROUCH, *Privatised Keynesianism: An Unacknowledged Policy Regime*, in *The British Journal of Politics and International Relations*, 11/2009: "The Keynesian model had met an economic demand from capitalists themselves for stable mass consumption as well as workers' demands for stable lives", p. 389.

²⁹⁴ D. CERINI, *Sovraindebitamento e Consumer Bankruptcy: tra punizione e perdono*, Milano, 2012, p. 10 e ss.

²⁹⁵ O. BAR-GILL, *Seduction by plastic*, in *Northwestern University Law Review*, 98 (2004), p. 1373 e ss.

denaro contante che passa di mano in mano. Queste pratiche aggressive producono un tipo di sovraindebitamento definito “attivo”²⁹⁶, che consiste in una assunzione sproporzionata di debito per attitudini compulsive al consumo, per l’ostentazione di uno *status* indotto da fenomeni sociali e mediatici o per altre non ineludibili cause, comunque derivate da “cattivo controllo nella gestione dei redditi, imprevidenza o sovrastima delle proprie risorse”²⁹⁷. Il fenomeno che ha sovrapposto l’attitudine consumistica, intesa in questa notazione deteriore di superfluità, e il sovraindebitamento attivo, è stato definito “democratizzazione del credito”²⁹⁸ quando ha investito anche le fasce sociali meno assistite da garanzie patrimoniali, a partire dagli anni Novanta. Il tentativo di descriverlo come un fenomeno a valenza popolare e positiva²⁹⁹, che pure ha retto l’esplosione di più bolle speculative nel tempo, è stato poi tragicamente smentito dalla colossale crisi dei mutui *subprime* che, ancora prima della pandemia, si è riverberata sui mercati internazionali con le gravissime ripercussioni che tutti hanno sperimentato.

²⁹⁶ Tra i tanti si vedano D. CERINI, *Sovraindebitamento e Consumer Bankruptcy*, p. 10; E. PELLECCIA, *Dall’insolvenza al Sovraindebitamento. Interesse del debitore alla liberazione e ristrutturazione dei debiti*, Torino, 2012, p. 16 e ss.

²⁹⁷ *Ibidem*.

²⁹⁸ I. LIVSHITS, J. C. MAC GEE, M. TERTILT, *The Democratization of Credit and the Rise in Consumer Bankruptcies*, in *The Review of Economic Studies*, Volume 83, Issue 4, Oxford University Press, Oxford, 2016, p. 167e e ss.

²⁹⁹ Tra i molti, particolarmente rivelatore BAR-GILL, *The Law, Economics and Psychology of subprime Mortgage Contracts*, in *Cornell Law Review*, 2009, 94, p. 1073 e ss.

2. Eligibility nel Bankruptcy Code: dall'ammissione del debitore onesto ma sfortunato all'ammissione del debitore sovraindebitato. Il modello indicato dal *Bankruptcy Code* è pienamente coerente rispetto al substrato socioeconomico appena delineato. Il *Chapter 7*, per la verità non esclusivo del consumatore ma accessibile anche all'impresa, tratteggia una procedura in virtù della quale, come si accennava, il patrimonio è trasferito al fiduciario incaricato della vendita dei beni sottratti alla esecuzione individuale, con automatica e immediata esdebitazione dei debiti non pagati³⁰⁰. Le caratteristiche del modello offerto dal *Chapter 7*, denominato di *straight liquidation*, sono una limitata responsabilità del debitore, la possibilità di un suo pronto reinserimento nel circuito produttivo/consumeristico come nuovo inizio (un *fresh start*³⁰¹, appunto) e la condivisione del rischio

³⁰⁰ Mentre la legge fallimentare è federale ed ha un ambito di efficacia universale nel territorio statunitense, un qualche intoppo alla procedura sorge dal fatto che l'insieme dei beni non esdebitabili sia definito in modo differenziato da Stato a Stato. Il regime di *non-dischargeability clauses* converge sicuramente intorno ad un nucleo essenziale, che è considerato non esdebitabile anche presso i paesi europei, Italia compresa, composto dalle classiche ipotesi di debiti derivanti dal risarcimento danni per responsabilità civile o debiti alimentari. Su altri invece, come ad esempio gli *Students Loans*, il dibattito è molto aperto. Si vedano le indicazioni bibliografiche contenute in PELLECCIA, op. ult. cit.

³⁰¹ C. G. HALLINAN, *The "Fresh Start" Policy in Consumer Bankruptcy: An Historical Inventory and An Interpretive Theory*, in *University of Richmond Law review*, Vol. 21, Issue 1, art. 4, 1986, p. 65 e ss. L'espressione "*fresh start*", un riferimento ormai proverbiale per indicare le conseguenze rivitalizzanti della discharge americana, ha origine in una celebre sentenza della Corte Suprema degli Stati Uniti del 1915, *Williams v. United States Fidelity & Guaranty Company* 236 U.S. 549 (1915) disponibile nel massimario della Corte all'indirizzo <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/236/549/> la quale testualmente recita "*It is the purpose of the Bankruptcy Act to convert the assets of the bankrupt into cash for distribution among creditors and then relieve the honest debtor from the weight of oppressive indebtedness and permit him to start afresh free from obligations and responsibilities consequent upon business misfortunes.*"

con i creditori³⁰². L'effetto esdebitativo si produce tendenzialmente su base automatica, senza alcun margine discrezionale di sindacato giudiziale o amministrativo. L'unico filtro agisce in fase di accesso alla procedura. Le caratteristiche alle quali *l'eligibility* fa riferimento, però, non presentano alcun richiamo alla meritevolezza. Rispetto alla discharge delle origini è infatti sparito ogni riferimento alla retorica del debitore onesto ma sfortunato³⁰³ che ha invece caratterizzato i

³⁰² Dal punto di vista debitorio questo meccanismo è considerato funzionale alla assenza di un sistema di welfare che compensi i costi dei servizi essenziali che contribuiscono a indebitare i consumatori: la *discharge* agirebbe allora da surrogato, in funzione di una *social insurance*. Dal punto di vista creditorio la prospettiva non è meno vantaggiosa: è vero che i costi dell'esdebitazione si abbattano inizialmente sul singolo creditore, ma allargando la prospettiva a livello macroeconomico si ha la misura di quanto non siano gli istituti di credito i destinatari finali del rischio di insolvenza, avendo la possibilità di rivalersi sulla generalità dei debitori solventi mediante un generale innalzamento dei costi del credito, attraverso la maggiorazione dei tassi di interesse. A questo proposito si veda D. A. SKEEL JR., *Debt's dominion – A History of Bankruptcy Law In America*, Princeton e Oxford, 2001, p. 100; T. A. SULLIVAN, E. WARREN e J. L. WESTBROOK, *The fragile middleclass - Americans in debt*, New Haven e Londra, 2000, p. 257; A. ADLER, B. E. POLAK e B. SCHWARTZ, *Regulating consumer bankruptcy: a theoretical inquiry*, in *The journal of legal studies*, 2000, 29, p. 592 e ss.; LORENZO STANGHELLINI, *L'insolvenza del debitore civile dalla prigione alla liberazione*, in *Analisi Giuridica dell'Economia*, a cura di G. Presti, L. Stanghellini, F. Vella, Bologna, 2004, p. 444

³⁰³ All'indagine di questo aspetto sarà dedicata una ampia digressione nella parte II. Una idea immediata della centralità della dimensione etica nella originaria valutazione dell'accesso alla procedura può essere resa dalle parole di un Autore quasi contemporaneo alla prima legge sulla discharge, che infatti spende il proprio intervento in favore dei soli *men in trades*, W. BLACKSTONE, che in *Commentaries on the Laws of England*, vol II, 1765 - 1769, Oxford, 473, scrive "A bankrupt was before defined "a trader who secretes himself, or does certain other acts, tending to defraud his creditors". He was formerly considered merely in the light of criminal or offender; [...] Trade cannot be carried on without mutual credit on both sides: the contracting of debts is therefore here not only justifiable but necessary. And if by accidental calamities, as by loss of a ship in a tempest, the failure of brother traders, or by the nonpayment of persons out of trade, a merchant or trader becomes incapable of discharging his own debts, it is his misfortune and not his fault".

suoi esordi, e anche laddove sia ancora presente un qualche riferimento all'onestà, esso finisce per non avere alcuna conseguenza effettiva, risultando una semplice clausola di stile³⁰⁴. Le condizioni di accesso alla procedura di *straight liquidation* si risolvono in un superamento del *means test*³⁰⁵, nel sovraindebitamento e in una serie di altre ipotesi procedurali³⁰⁶. Sebbene non vi sia più traccia di condizionalità o di altro genere di limiti soggettivi di respiro etico a condizionare l'efficacia della procedura, una operazione di svalutazione della dimensione morale non è necessariamente neutra dal punto di vista ideologico³⁰⁷.

Un'ultima convinta difesa dell'idea di "*relieve the honest debtor from [...] business misfortune*", citando la nota sentenza (nt. 36) per quanto oramai universalmente riferita anche ai debitori civili, si avrà fino agli anni Cinquanta del Novecento. A tal proposito cfr. S. A. RIESENFELD, *The Evolution of Modern Bankruptcy Laws – A Comparison of the Recent Bankruptcy Acts of Italy and The United States*, in *Minnesota Law Review*, 31, 1947, p. 406. Nel diritto contemporaneo si veda SKEEL, op. ult. cit., p. 90

³⁰⁴ Il portale istituzionale della Corte Federale, all'indirizzo <https://www.uscourts.gov/services-forms/bankruptcy/bankruptcybasics/chapter-7-bankruptcy-basics> fa un blando richiamo all'onestà, che consiste per lo più in un rimando a formule giudiziarie divenute tralatizie ("*One of the primary purposes of bankruptcy is to discharge certain debts to give an honest individual debtor a fresh start*"), per le quali si veda nota 36. Per il resto, con semplici forme divulgative, prescrive una serie di condizioni ostative al ricorso alla procedura, nessuna delle quali facente richiamo al valutazioni di merito.

³⁰⁵ Vedi *sub* p. cap.

³⁰⁶ Non può presentare istanza di esdebitazione ai sensi del Capitolo 7 o di qualsiasi altro capitolo chi, durante i 180 giorni prima di una precedente istanza di fallimento abbia intenzionalmente mancato la comparizione dinanzi al tribunale o sia venuto meno all'esecuzione di ordini del Tribunale, o il debitore che abbia volontariamente respinto la precedente istanza creditoria presso il Tribunale Fallimentare per il recupero della proprietà sulla quale detengono privilegi.

³⁰⁷ Gli interessi sottesi al processo di oggettivizzazione e automazione della *discharge* saranno oggetto di specifica trattazione nel prossimo capitolo.

3. *La declinazione europea del sovraindebitamento nel senso di una nuova etica sociale.* L'idea di benessere e promozione economica veicolati dalla crescita esponenziale di credito e consumo lambisce anche il Vecchio Continente, favorita da una costante attitudine tendenziale alla armonizzazione delle normative degli Stati nazionali, a partire dai primi anni '90, in sostanziale coincidenza con il collasso del blocco sovietico e la fine della guerra fredda. La fiducia nelle potenzialità di progresso riposta dall'Europa nelle politiche neoliberiste dovrà prima fare i conti con il granitico principio della responsabilità patrimoniale universale, che innerva la tradizione giuridica di tutti i Paesi europei di *civil law*, e poi con gli esiti disastrosi della *Great Recession* del 2008. Da queste collisioni nasce un modello di maggiore prudenza e di forte impronta sociale che costituisce la cifra di stile delle normative europee sul sovraindebitamento³⁰⁸, per il resto molto eterogenee³⁰⁹. Alcuni tratti

³⁰⁸ Perfino il modello anglosassone risente di questa *forma mentis*, nonostante l'Inghilterra possa considerarsi a buon diritto un satellite tradizionalmente inserito nell'orbita finanziaria ed economica degli Stati Uniti. Come sarà più avanti dimostrato, infatti, il sistema di *discharge* inglese conosce la possibilità, ampiamente rimessa alle facoltà discrezionali dei giudici, di modulare le procedure sulla base della condotta del debitore. A tal proposito l'efficace immagine di SKEEL, *Vern Countryman and the Path of Progressive (and Populist) Bankruptcy Scholarship*, in *Harvard Law Review*, 2000, 113, p. 1110, che dipinge il Sistema statunitense come una procedura di esdebitazione dall'esito immediato (thumbs up – thumbs down discharge) al contrario della inglese che provvede l'organo giudicante di una discrezionalità molto più ampia con i *bankruptcy restriction orders*.

³⁰⁹ Il noto tentativo classificatorio dei modelli di trattamento dell'*Household Overindebtedness* in Europa, proposto da UDO REIFNER in un saggio ormai piuttosto risalente pur nella conservazione di una sua valenza metodologica, prevede tre criteri di classificazione: 1) la rispondenza ad un modello di fresh start oppure di

comuni fortemente caratterizzanti possono essere tipizzati. Su tutta la percezione del sovraindebitamento come problema sociale, alla base del quale non sta un fallimento del mercato, ma la dimensione personale di un debitore che *merita* di essere aiutato, e in un contesto di valorizzazione e riscoperta dell'etica dell'adempimento³¹⁰. Il fenomeno al quale si offre un presidio è, dunque, quello

graduale reinserimento nell'autogestione finanziaria; 2) la rilevanza del giudizio morale sulla condotta debitoria come prerequisito di accesso alla procedura; 3) il ruolo dell'autorità amministrativa nella predisposizione del piano di riabilitazione o nella realizzazione del piano di risanamento. Incrociando questi criteri Reifner ottiene quattro macroclassi: un *fresh start model*, sostanzialmente coincidente con il sistema inglese e americano; un *modello di rieducazione* inteso come eredità di valori tradizionali cristiani letti in chiave sociale che identificano il debito con il fallimento personale e morale, che corrisponderebbe al modello attualmente vigente in Germania; un *modello di assistenza amministrativa*, da identificarsi con il sistema francese, che funge da intermediario per facilitare gli accordi tra debitori e creditori esercitando l'influenza statale sul sistema bancario; infine in *modello di protezione sociale*, basato sulla consapevolezza empirica che il sovraindebitamento sia quasi sempre causato da shock esogeni quali malattia, divorzio, perdita dell'occupazione, basato sui modelli nordeuropei. Cfr. N. HULS, U. REIFNER E T. BOURGOINIE, *Overindebtedness of Consumers in the EC member States: Facts and search for solutions*, Diegem, Louvain-la-Neuve, Kluwer Editions Juridiques Belgique; Centre de droit de la consommation, 1994, p. 116 e ss. A questa si affianca la classificazione di IAIN RAMSAY che, laddove pecca di un'autentica rappresentazione dei singoli modelli, riesce comunque a elencare le componenti tipologiche europee fondando la distinzione sull'enfasi che il modello giuridico pone sul comportamento deviato del debitore, sull'adempimento o sulla protezione del debitore. I RAMSAY, *Models of Consumer Bankruptcy: Implications for Research and Policy*, in *Journal of Consumer Policy*, 1997, 20, II, p. 269 e ss.

³¹⁰ A proposito delle caratteristiche del tipo europeo e contemporaneamente della eterogeneità delle single soluzioni concrete cfr. J. NIEMI-KIESILAINEN, *Consumer Bankruptcy in Comparison: Do We Cure a Market Failure or a Social Problem*, in *Osgoode Hall Law Journal*, 1999, dove l'Autrice afferma che "Because all European debt adjustment laws emphasize overindebtedness as a social problem, the need for consumer reeducation and reaffirmation of payment morality, and because they involve a bureaucratic structure, these aspects are more useful in distinguishing the European regimes from the Anglo-Saxon bankruptcy philosophy than in distinguishing the European laws from each other", p. 498 e ss.

dell'indebitamento passivo, che si verifica quando un soggetto che contrae un debito finanziariamente sostenibile sia colpito da uno shock esogeno, indipendente dalla sua volontà e capacità di reazione, che rende non più controllabile la gestione del rientro. Si tratta delle circostanze che la dottrina scandinava ha qualificato di *social force majeure*³¹¹, quali tipicamente sono malattie debilitanti, perdita involontaria dell'occupazione, divorzio, etc. A questa sfera di eventi un modello di *debt relief* non reagisce offrendo una esdebitazione automatica, ma una procedura di ragionevole ristrutturazione del debito diretta e validata dall'autorità amministrativa o condotta tra le parti su un piano squisitamente extragiudiziario. Anche l'accesso alla procedure non è automatico, ma è riservato a debitori meritevoli che abbiano tenuto una condotta diligente, spesso in seguito al vaglio delle cause del sovraindebitamento. L'effetto finale, meno immediato, è comunque quello di una remissione parziale del debito, che avviene però in un'ottica di condizionalità che disincentiva fenomeni distorsivi di *moral hazard* o di superficialità.

³¹¹ La sensibilità per le istanze sociali dei Paesi di area scandinava ha portato alla costituzione di una scuola scientifica (la prima in senso cronologico, in ambito europeo) e di un modello di *debt adjustment* molto ben caratterizzati, nonostante la comune matrice fallimentare italianistica. Un primo esperimento di *debt relief* appartiene al codice fallimentare danese (*Konkurslov*) del 1984, per un commento del quale si rimanda a P. MØGELVANG-HANSEN, *Adjustment of hopeless debt*, in *Consumer debt in Europe-The Birmingham declaration. Proceedings of the Third European Conference on Overindebtedness*, Birmingham 1993, p. 85 e ss. A proposito del *social force majeure* si veda T. WILHELMSSON, "Social force majeure" - *A new concept in Nordic consumer law*, in *Journal of Consumer Policy*, 13, 1990, p. 1 e ss.; si veda inoltre la bibliografia segnalata in CERINI, op. cit., p. 169 ss. e 325 ss.

Con una formula felice si è infatti parlato, in antitesi rispetto al modello americano, di *earned start*³¹².

³¹² U. REIFNER, J. NIEMI-KIESILÄINEN, N. HULS e H. SPRINGENEER, *Consumer Overindebtedness and consumer law in the European Union – Final report to European Commission*, 2003, p. 167.

CAPITOLO VII

ANALISI DELLE STRATEGIE DI POLITICA LEGISLATIVA NEL TRATTAMENTO DEL SOVRAINDEBITAMENTO. IL CONTRIBUTO DELLA *BEHAVIOURAL LAW AND ECONOMICS*

SOMMARIO: 1. Il ruolo delle *Narratives* nelle politiche di trattamento dell'insolvenza del consumatore. – 1.1. *La Progressive bankruptcy scholarship*. 1.2. *La Conservative bankruptcy scholarship*. - 2. Il paradosso del *favor debitoris* che offre minore protezione al contraente debole. 2.1. *Bounded rationality*: l'incapacità dei debitori di contrarre consapevolmente debito svelata dalla *behavioural law and economics*.

1. *Il ruolo delle Narratives nelle politiche di trattamento dell'insolvenza del consumatore*. Non sorprenda la centralità del ruolo della letteratura americana e una tendenza all'utilizzo di un vocabolario tecnico che attinge pienamente dalla lingua inglese: quello statunitense è l'ambito originario dello sviluppo di un archetipo che nessun sistema nazionale può fare a meno di studiare quando si volga alla elaborazione di un proprio modello di gestione del sovraindebitamento. Così la dottrina americana, a sua volta, forte di settant'anni di speculazioni sul tema del sovraindebitamento dei consumatori, non può non essere un riferimento. Fatta questa doverosa premessa è necessario compendiare i tratti essenziali delle scuole di pensiero che si sono fronteggiate nel panorama scientifico americano, per comprendere la tensione ideologica che è stata alla base di certe scelte del legislatore e che, in tempi relativamente recenti, hanno modificato lo standard del modello americano di *consumer bankruptcy* in senso più restrittivo, dopo decenni di attitudine liberale.

1.1 La Progressive bankruptcy scholarship. Quella in esame è la cordata scientifica che ha forgiato gli aspetti più peculiari del modello americano di *bankruptcy*, dall'estensione dell'esdebitazione al consumatore fino alla trasformazione di questa figura nell'attore principale delle dinamiche di credito. Pur avendo attraversato il Novecento ed avendo annoverato diversi interpreti al suo interno, è possibile rintracciare in essa caratteristiche comuni, che in un certo senso sintetizzano il manifesto della cultura americana di approccio all'economia e all'impresa, in virtù del quale l'efficienza complessiva del sistema economico è garantita da meccanismi liberali che giustificano pratiche anche aggressive di promozione del ricorso al credito e favoriscono una pronunciata attitudine al rischio³¹³, perché a chiusura del sistema, come *extrema ratio* protettiva del debitore, resta la possibilità, per l'esdebitato, di tornare produttivo. Dall'efficienza complessiva del sistema, *la discharge* passa al piano della protezione individuale di una classe media che, priva di un sistema istituzionale di *welfare*, è più esposta che altrove a rischi esogeni in grado di trasformare un debito gestibile in una insolvenza insanabile. In un simile contesto l'intervento statale deve essere neutralizzato e il rischio del sindacato giurisdizionale circa il merito o l'onestà del debitore va scongiurato attraverso una automatizzazione della procedura. Per quanto *debtor oriented* e connotata da una sensibilità verso la protezione delle classi deboli,

³¹³ Secondo uno dei padri della Scuola progressista, William Douglas, all'origine dello spirito liberale starebbe l'ampia disponibilità di risorse naturali del Paese, che rende i fallimenti economici, semplicemente, affrontabili. W. DOUGLAS, *Some functional aspects of Bankruptcy*, in *Yale Law Journal*, 41, 1932, p. 340.

però, l'impronta progressista americana non raggiungerà mai l'afflato solidaristico e sociale che connota la cultura progressista europea. Particolarmente significativi, in questo senso, i concetti espressi da ELIZABETH WARREN (una tra le voci più autorevoli tra quelle emerse recentemente), talmente ideologici e caratterizzati dallo spirito liberale americano da risultare una affermazione di orgoglio nazionale difficilmente contestualizzabile altrove:

«In the United States we have opted for dynamic economic change even at the cost of economic risk and instability. We have chosen economic opportunity at the risk of economic hardship. We prefer a world of winners and losers. But a world of winners and losers requires a way to cope with the losers. If they revolt in the streets or withdraw from the economy, the costs of their failure are displaced to the winners who cannot enjoy their prosperity in safety. The bankruptcy discharge is an important part of the traditional, market driven American approach to risk. Bankruptcy reduces the pain of loss while it lets the losers get back in the game»³¹⁴.

1.2. *La Conservative bankruptcy scholarship.* Il modo di inquadrare con espedienti retorici il problema e la sua diagnosi - ciò che nella letteratura americana è indicato come “*narrative*” - ha una influenza

³¹⁴ E. SULLIVAN, T. A. WARREN e J. L. WESTBROOK, op cit., p. 258. Il passo è riportato nell'imprescindibile saggio di G. ROJAS ELGUETA, *L'esdebitazione del debitore civile: una rilettura del rapporto Civil Law – Common Law*, in *Banca Borsa e titoli di credito*, 2012, p. 330, nt. 65.

fondamentale sulla pubblica percezione dei fenomeni. Una narrativa è in grado di fornire una cornice ideologica all’obiettivo che si sceglie di raggiungere e agli strumenti utili alla sua implementazione, così come è in grado di sfruttare eventi congiunturali critici per cambiare diagnosi e prescrizioni di policy³¹⁵. La *conservative bankruptcy scholarship* utilizza, appunto, una linea narrativa diametralmente opposta a quella progressista: colloca all’origine del sovraindebitamento la condotta opportunistica dei debitori. La *discharge* costituisce, in questa prospettiva, un incentivo al *moral hazard*, una sorta di assicurazione gratuita contro l’insolvenza, in grado di rendere i debitori meno prudenti e, contemporaneamente, in grado di disincentivare i più solvibili, per un tipico effetto di *adverse selection*. L’aumento dei tassi di interesse adottato dai creditori, come reazione alle perdite imposte dalle esdebitazioni, indurrebbe infatti all’uscita dal mercato del credito i debitori disposti a adempiere alle obbligazioni attirando, paradossalmente, solo quelli meno ambìti, che non hanno molto da perdere³¹⁶. Un Autore, tra i massimi esponenti di questa Scuola, descrive l’esponentiale incremento di procedure di *consumer bankruptcy* come la conseguenza di una maggiore propensione al credito e, ribaltando l’idea di fragilità che la scuola progressiva ricavava dallo stesso dato, interpreta il segnale come un rafforzamento della posizione economica delle fasce più deboli, che accedono al mercato del

³¹⁵ I. RAMSAY, *Personal Insolvency in the 21st century. A comparative Analysis of the US and Europe*, Oxford, 2017, p. 16

³¹⁶ SKEEL, *Debt’s dominion*, op. cit., p. 84.

credito utilizzandolo come uno strumento di pianificazione finanziaria:

«This rapid increase in filings has been especially difficult to explain in light of the prosperous state of the American economy during most of the past two decades, and, especially, the extraordinary prosperity of the late 1990s. Although the American economy set new records for economic growth, low unemployment, and low interest rates, this same period was also marked by record-high bankruptcy filings. The Traditional model has tried to reconcile this anomaly of record-high prosperity matched with record-high bankruptcy filing rates by arguing that economic prosperity of the past two decades is superficial and makes real underlying economic distress. Proponents of the Tradition model thus do not question its fundamental validity; rather, they advocate digging deeper into the evidence to locate factual support for its continuing explanatory power»³¹⁷.

Si tratta, com'è evidente, di un ribaltamento di prospettiva, una revisione in senso *pro-creditor* dell'intera costruzione *progressive*, nell'intento di assecondare orientamenti più sensibili alle istanze dell'industria del credito, che infatti predica un restringimento

³¹⁷ Il brano, segnalato anche da ROJAS ELGUETA, è tratto da T. J. ZYWICKI, *An Economic Analysis of the Consumer Bankruptcy Crisis*, in *Northwestern University Law Review*, 2005, Vol. 99, No. 4, p. 1525

dell'accesso alla *discharge*. La sua affermazione sarà sancita da una macroscopica inversione di tendenza legislativa, nel 2005, con il BAPCPA (*Bankruptcy Abuse Prevention and Consumer Protection Act*), che riforma il *Bankruptcy Code* del 1978, e col quale si impone un filtro all'accesso alla *straight liquidation under chapter seven*. Una valutazione prospettica del reddito atteso del debitore, il *means test*, dirotta il soggetto eventualmente valutato solvibile verso la procedura del *chapter 13*, più simile ad un accordo di ristrutturazione con esito esdebitativo non immediato, sottraendogli la possibilità di scegliere la più conveniente procedura automatica. Si tratta, naturalmente, di una condizione oggettiva, che si appunta su un parametro di natura numerica privo di sfumature etiche per scoraggiare pratiche debitorie abusive, ma che ha probabilmente poco a che vedere con l'etica dell'adempimento³¹⁸.

2. *Il paradosso del favor debitoris che offre minore protezione al contraente debole*. Come è stato acutamente rilevato³¹⁹, la

³¹⁸ La dottrina, non solo quella di schieramento progressista, ha avuto parole di aperta critica verso questa scelta legislativa che è stata vissuta come un tradimento dello spirito americano, che non può tollerare margini di coercizione laddove c'era scelta individuale. In particolare, tra i progressisti, V. COUNTRYMAN, *Bankruptcy and the Individual Debtor – and a modest proposal to return to the seventeenth Century*, in *Catholic University Law Review*, 1983, 32, p. 826. Un altro tema è stato il ruolo degli interessi lobbistici nella promozione di narrative di *bankruptcy abuse*, attraverso l'utilizzo di alcuni espedienti retorici quali, ad esempio, quello della c. d. "*bankruptcy tax*". L'argomento, presente in molti dibattiti, calcola una incidenza delle condotte abusive debitorie per un ammontare di 400 dollari per nucleo familiare negli Stati Uniti, sebbene la somma abbia un debole supporto empirico. Cfr. ³¹⁸ I. RAMSAY, op. ult. cit., p. 16; E. WARREN, *The Phantom \$400*, in *Journal of Bankruptcy Law and Practice*, 2004, 13, II, p. 77.

³¹⁹ ROJAS ELGUETA, op. cit., 316, 323

ricostruzione proposta dalle narrative delle contrapposte scuole cela un paradosso: i paesi dove la *discharge* è stata introdotta e si è affermata come strumento di protezione della classe debitrice sono il contesto privilegiato nel quale i debitori civili versano in condizioni peggiori mentre prospera il mercato del credito. L'approccio *pro-debtor* è, infatti, caratterizzato da quello stesso spirito di liberalità che permette il ricorso a tecniche di finanziamento predatorio, mentre il rischio per i creditori è molto contenuto, potendo gli stessi assicurarsi contro l'inadempimento ed avendo, anzi, i mezzi per trasformarlo in una occasione di arricchimento³²⁰. Il risultato paradossale dello sviluppo di questa linea è dovuto alla erronea proposizione dell'analisi su un piano individuale e microeconomico. In questo senso, infatti, la ricostruzione proposta è sensata: il singolo debitore è alleggerito dai debiti residui, mentre al singolo creditore si intestano le conseguenze negative dell'insolvenza. Ma appena lo sguardo si eleva su un livello aggregato e macroeconomico, che poi è l'unico valido quando ci si proponga di porre regole per una collettività di individui, appare presto evidente che la scuola progressista proponga una teoria esatta sul piano descrittivo, ma fallace sul versante normativo. È senz'altro corretta e ben

³²⁰ C'è chi ha rilevato, in dottrina, che lo scopo autentico delle *lobbies* creditorie che si cela dietro la pressione per l'introduzione del *means test* avesse, come obiettivo, non tanto quello di minimizzare il rischio di insolvenza (rispetto al quale i creditori posseggono già lo scudo dell'aumento dei tassi sulle transazioni future), quanto quello di ritardare il conseguimento dell'esdebitazione dei consumatori dirottati sul *chapter 13* per guadagnare sui tassi delle transazioni attuali. Cfr. R. M. LAWLESS, A. K. LITWIN *et al.*, *Did Bankruptcy reform fail? An empirical Study of Consumer Debtors*, in *American Bankruptcy Law Journal*, 2008, 82, p. 349 e ss

rappresenta la condizione di fragilità che in un sistema creditizio, governato da profonde asimmetrie informative, l'intera classe debitoria sia posta in una condizione di debolezza e di disarmo rispetto ai *bias* cognitivi indotti dalla mancata padronanza della complessità tecnica. È altrettanto vero però che, sul piano del dover essere, la scuola progressiva intesta al debitore le intere conseguenze della propria fragilità, proponendosi di intervenire soltanto a crisi conclamata. Un giudizio speculare dev'essere espresso sulla ricostruzione operata dalla scuola conservatrice: il rimedio proposto sul piano normativo è efficace e corretto, mentre irricevibile e smentita da una realtà fattuale di povertà e crescita delle disuguaglianze è la ricostruzione sul piano descrittivo. Affermare che i consumatori utilizzino consapevolmente e opportunisticamente l'impunità offerta dalla *discharge* per pianificare finanze rese già prospere dalla possibilità di ricorso al credito è dipingere una realtà poco verosimile. Al contrario, anticipare il piano di intervento ad una fase più precoce, interrompendo quel meccanismo di incentivi distorti al ricorso al credito, limitando la possibilità di *discharge*, è una strategia che può avere il merito di responsabilizzare il debitore³²¹, o che ha qualche *chance* di efficacia quantomeno nei confronti del sovraindebitamento attivo. Da questo punto di vista il funzionamento del meccanismo sulla base di automatismi e l'assenza della meritevolezza o, meglio, di un criterio di selezione che discrimini l'accesso alla procedura sulla base di ragioni voluttuarie o

³²¹ Cfr. I. AYRES, *Carrots and Sticks: Unlock the Power of incentives to Get Things Done*, New York, 2010, *passim*.

di necessità, si fa sentire accentuando esposizione e fragilità, perché probabilmente lo strumento di protezione più efficace non consiste nell’ottenere la discharge, ma nell’evitare il sovraindebitamento.

3. *Bounded rationality: l’incapacità dei debitori di contrarre consapevolmente debito nell’ottica della behavioural law and economics.* Possediamo, ormai da diversi anni, una accurata conoscenza dei risultati dell’applicazione della psicologia cognitiva ai modelli economici. Si tratta di un approccio che in modo sempre più autorevole confuta assiomi e certezze sui quali si sono andate costruendo le più autorevoli teorie normative dell’economia. La rappresentazione ideale che del mercato hanno fornito, in particolare, le teorie neoclassiche, come luogo dove agenti modello agiscono secondo una piena razionalità per la massimizzazione del proprio benessere e nella piena conoscenza di informazioni e meccanismi di funzionamento è in profonda crisi, contraddetta dai dati empirici e da ormai endemici cicli recessivi, e non può più avere la pretesa di comprendere e rappresentare situazioni reali. La *behavioural law and economics* ha dimostrato che la razionalità dell’individuo concreto, diverso dalla idealizzazione dell’*homo oeconomicus*³²² proprio dei modelli idealtipici *mainstream*, è tutt’altro che infallibilmente votata alla massimizzazione del benessere, alla esatta percezione dei fenomeni, al dominio della propria volontà e

³²² R. H. THALER, *Doing Economics without Homo Oeconomicus*, in *Foundations of Research in Economics: How do Economists do Economics?* Cheltenham (UK) e Northampton (USA), 1996, p. 227 e ss

alle sue conseguenze indesiderate³²³. Le scienze comportamentali ci dicono che la generale elaborazione delle scelte è molto spesso guidata da percezioni superficiali, pregiudizi, impressioni epidermiche, paure, aspettative dei componenti la propria rete sociale. Perfino in ambito economico, dove pure ci si aspetterebbe un più intenso esercizio di ragione e calcolo per la presenza di parametri oggettivi e numerabili di giudizio, il meccanismo di formazione decisionale è condizionato da una razionalità limitata (*bounded rationality*), vulnerata dalla dimensione emotiva dell'essere umano. In particolare, secondo gli studiosi di questa scienza, gli operatori economici sono portati a separare mentalmente la propria contabilità (fenomeno del *mental accounting*) non tanto sulla base di criteri che possano quantificare numericamente la complessiva disponibilità reddituale e patrimoniale, quanto sulla base della provenienza della ricchezza, della utilità che è destinata a soddisfare e del livello di avversione che genererebbe la sua perdita (*loss aversion*)³²⁴.

Ancora più specificamente, volgendo lo sguardo alle leve che sovrintendono ai meccanismi di scelta in ambito di *credit borrowing*,

³²³ D. Kahneman e A. Tversky, *Prospect Theory: An Analysis of Decision under Risk*, in *Econometrica*, 1979, 47, II, p. 263 e ss.

³²⁴ R. H. THALER 1985, *Mental accounting and Consumer choice*, in *Marketing Science*, 1985, 4, III, p. 199 e ss.; ID., *Saving, fungibility and mental accounts*, in *Journal of Economic Perspectives*, 1990, 4, p. 193 e ss.; ID., *Mental accounting matters*, in *Journal of Behavioral Decision Making*, 1999, 12, III, p. 183 e ss.; S. BENARTZI e R. H. THALER, 1995, *Myopic loss-aversion and the equity premium puzzle*, in *Quarterly Journal of Economics*, 1995, 110, I, p. 75 e ss. In Italia, tra i molti che hanno cominciato ad occuparsi di questa branca dell'economia sempre più autorevole, E. RIGHINI, *Behavioural Law and Economics. Problemi di policy, assetti normativi e di vigilanza*, Milano, 2012, p. 64 e ss.

in letteratura sono state isolate alcune distorsioni specifiche, che si aggiungono alle sproporzioni e alle asimmetrie già caratterizzanti le situazioni di partenza. Come l'eccesso di ottimismo (*overoptimism bias*), un fenomeno in virtù del quale i soggetti, attingendo al credito, sono portati a sottostimare l'eventualità della propria insolvenza anche laddove sia statisticamente più probabile³²⁵. Questa fallacia cognitiva agisce sia sull'analisi costi benefici, falsandola, sia sulla valutazione di possibili imprevisti che interrompano la capacità dell'individuo di produrre reddito per ripagare il debito, che non sono mai calcolati tra le possibilità dal soggetto. Una sottocategoria dell'*overoptimism* è l'*understimation bias*, l'effetto distorsivo in virtù del quale l'utilizzatore tipo della carta di credito tenda ad essere attratto dai tassi di interesse particolarmente bassi come offerta lancio per l'emissione di nuove carte, sottostimando invece gli alti tassi di mora perché tende ad escludere la possibilità di essere inadempiente³²⁶. Altra illusione cognitiva tipicamente riconnessa all'uso delle carte di credito è quella dell'autocontrollo limitato (*bounded willpower*), indotto da una ridotta percezione della spesa che comporta il non maneggiare più il contante, e che può condurre insensibilmente a debiti ingenti, frutto del cumulo di molte modeste transazioni³²⁷. Un ultimo importante effetto distorsivo è determinato

³²⁵ C. R. SUNSTEIN, *Boundedly Rational Borrowing*, in *University of Chicago Law Review*, 2006, 73, p. 249 e ss.

³²⁶ O. BAR-GILL, *Seduction*, op. cit., 1399 e ss. Questa breve rassegna di effetti cognitivi deve molto al più volte citato saggio di G. ROJAS ELGUETA, al quale si rimanda per la corposa bibliografia, comprensiva delle poche voci critiche.

³²⁷ *Ibidem*.

dalla tendenza degli individui ad attribuire un valore sproporzionato agli effetti positivi della immediata disponibilità di denaro ricevuta con il prestito, ed a proiettare nella propria contabilità mentale uno sconto eccessivo degli interessi della procedura finanziaria solo perché differiti nel tempo (*hyperbolic discounting*)³²⁸.

Questi rilievi contribuiscono a porre sotto una luce critica le responsabilità e gli atteggiamenti di consapevole opportunismo che l'approccio *pro-creditor* attribuisce ai debitori, che la prassi mostra come soggetti fragili dal punto di vista economico e sensibili alle lusinghe del marketing, facili prede di costi sommersi o incentivi distorsivi.

³²⁸ E. SULLIVAN, T. A. WARREN e J. L. WESTBROOK, op. cit., p. 130; O. BAR-GILL, *ivi*.

CAPITOLO VIII

MISURE SOCIALI DI COMPENSAZIONE ALLA RECENTE ELISIONE DELLA MERITEVOLEZZA DEL CONSUMATORE IN ITALIA

SOMMARIO: 1. Rimedi preventivi *de iure condito* al vuoto di meritevolezza. 2. *Financial Literacy* per la cittadinanza economica. 3. Microcredito come canale alternativo di finanziamento. 4. Contrasto alla povertà e inclusione sociale con il Reddito di Cittadinanza.

1. *Rimedi preventivi de iure condito al vuoto di meritevolezza.* La tradizionale propensione al risparmio, unita ad una istintiva diffidenza della giurisprudenza e della dottrina del Novecento italiano verso le lusinghe di suggestioni destabilizzanti hanno a lungo protetto il diritto sostanziale e i suoi capisaldi (su tutti l'universalità della responsabilità patrimoniale espressa dall'art. 2740 cc.). Ma l'inserimento dello Stato in una rete di relazioni diplomatiche plurilaterali e il processo di integrazione europea hanno costretto il legislatore alla capitolazione: politiche europee del lavoro tese alla flessibilizzazione e precarizzazione del lavoro, continui cicli recessivi innescati da bolle speculative e dalla globalizzazione dei mercati finanziari, l'arretramento dello stato sociale nella fornitura di servizi pubblici sempre più rimessi alle regole di mercato nell'eurozona sono alcuni tra i fattori che hanno determinato l'insorgenza di un movente diverso tra le ragioni di accesso al credito e di indebitamento dei consumatori, che non è più (o non è solo) determinato da una domanda di beni voluttuari, ma dalla necessità di soddisfare "bisogni primari (tra gli altri, quelli della salute -in specie delle cure sanitarie- e dell'istruzione) altrimenti destinati [...]"

a rimanere inevasi”³²⁹. È oltretutto verosimile che, ad aggravare un quadro già fosco di precarizzazione delle condizioni economico-patrimoniali dei privati, intervengano le imponderabili conseguenze dell’attuale emergenza sanitaria.

Se a ciò si aggiunge che, come è stato altrove evidenziato³³⁰, la previsione di una sanzione processuale per la mancata valutazione del merito creditizio nel nuovo Codice della crisi d’impresa e dell’insolvenza potrebbe realizzare una importante distorsione nel mercato del credito, in virtù di un effetto inibitorio dell’offerta come contraltare di una più automatica concessione di esdebitazione, è evidente che, al di fuori dei confini del diritto positivo giustamente deputato al governo delle crisi già conclamate, sia necessario pensare a rimedi che anticipino *ex ante* la soglia di intervento, che siano non solo in grado di sopperire al disimpegno delle istituzioni ma anche di offrire un canale alternativo di finanziamento all’”indebitamento di necessità”³³¹. *De iure condito* e rimandando il giudizio sull’efficacia e la necessità di una loro implementazione, alcuni rimedi esistono già, a dimostrazione del fatto che, per quanto ineluttabile e progressiva sia la contrazione dello stato sociale nelle democrazie occidentali, per cultura e tradizione giuridica il nostro sistema conserva e talvolta risveglia istanze di solidarietà sociale. Di stretta marca solidaristica sono infatti le misure per l’inclusione sociale e il

³²⁹ G. CARRIERO, *Credito ai consumatori e prospettive di riforma*, in *Diritto della banca e dei mercati finanziari*, 2009, p. 567 e ss.

³³⁰ *Supra*, cap. IV par.1

³³¹ F. QUARTA, *Il credito ai consumatori tra contratto e mercato. Percorsi di studio tra contratto e mercato*, Napoli, 2020, p. 32 e ss.

contrasto della povertà emanate con il D. L. 4/2019 (Il c.d. Reddito di cittadinanza) o le previsioni -in particolare- dell'articolo 5 del DM 176/2014 (Disciplina del Microcredito), adottate in attuazione dell'art. 115⁵ Tub, che si occupano di disciplinare le attività finalizzate e promuovere progetti di inclusione sociale e finanziaria destinati a persone fisiche; ultima e non meno ricca di potenzialità inclusive, la regolamentazione adottata per rafforzare la *Financial Literacy* del cittadino, uno strumento di sviluppo personale e di partecipazione all'organizzazione socioeconomica del Paese previsto dall'art. 24 bis del D. L. 237/2016 (Decreto c.d. "Salvabanche"), disciplinante le "Disposizioni generali concernenti l'educazione finanziaria, assicurativa e previdenziale" poi integrate dalla norma tecnica UNI 11402:2011.

2. *Financial literacy per la cittadinanza economica.* In un'era come la nostra, perlomeno (ma questa limitazione è sempre più parziale e fallace, dati gli effetti della globalizzazione), il fenomeno della finanziarizzazione riguarda non solo l'economia nel suo complesso, ma anche il quotidiano, la gestione familiare e individuale del patrimonio e delle spese correnti. Basti pensare alla centralità assunta dai servizi finanziari in ambiti come la previdenza, la salute, la casa (ad esempio con l'introduzione, avvenuta in Italia in tempi relativamente recenti e con effetti ancora limitati, del prestito

vitalizio ipotecario), ma anche il credito destinato al consumo³³². Si fa comunemente riferimento alla larghissima diffusione delle carte di credito, come anche al prestito finalizzato o rateale (l'acquisto di un bene a rate) o alla “cessione del quinto”³³³. La realtà italiana, che pure è interessata da tale processo da meno di un trentennio – ossia a partire dalle riforme e privatizzazioni degli anni '90, con parallela e conseguente riduzione del *welfare state* -, non contraddice la centralità ineludibile dell'accesso al credito, nelle sue svariate forme.

In questo quadro (si è già parlato *supra* di “democratizzazione del credito”, così come sono state sottolineate le gravi contraddizioni e i potenziali abusi di una finanziarizzazione selvaggia³³⁴), è risultata via via più urgente la necessità di qualificare l'accesso al credito come un diritto umano³³⁵, dal momento che senza di esso non è possibile sviluppare pienamente le potenzialità economiche e

³³² Una trattazione più sociale e politica che economica della finanziarizzazione in Occidente, e non solo, con particolare riguardo alle sue criticità, in ZAIRA TIZIANA LOFRANCO, *La “finanziarizzazione del quotidiano”: per un'analisi situata del debito dopo la crisi*, in “Dada Rivista di Antropologia post-globale, speciale n. 1, 2018, Debito e dono”, pp. 125-150, consultato on line in “Dada. Rivista di antropologia post-globale”, <http://www.dadarivista.com/Singoli-articoli/Dada-speciale-1-2018/08.pdf>.

³³³ JOSELLE DAGNES, *Finanza e vita quotidiana: la finanziarizzazione delle famiglie italiane*, in “Quaderni di Sociologia”, 76/2018, pp. 35-56, consultato on line in “Open Edition Journals”, <https://journals.openedition.org/qds/1873#bodyftn15>.

³³⁴ ZAIRA TIZIANA LOFRANCO, *op. cit.*, e *supra*, cap. VII.

³³⁵ ENZA PELLECCIA, *Accesso al credito, cittadinanza economica e dignità della persona*, in Francesco Ruscello (a cura di), *Studi in onore di Davide Messinetti*, vol. II, Napoli 2009, p. 648.

umane dell'individuo e del nucleo familiare ed è perfino difficile accedere alla soddisfazione bisogni primari.

Ma se è necessario che tutti abbiano accesso al credito, è altrettanto fondamentale che tale accesso avvenga nella piena consapevolezza e libertà delle azioni. L'insieme di contributi, suggerimenti, studi, che si concentrano sulla necessità di garantire agli utenti un accesso informato e competente ai prodotti finanziari afferiscono all'educazione finanziaria, o *financial literacy*, ma si noti che l'espressione italiana indica sia la *literacy*, ossia la competenza raggiunta, sia il processo, necessariamente complesso che porta alla comprensione ed alla padronanza della materia³³⁶. La definizione data dall'OCSE nel 2005 di educazione finanziaria fa riferimento a:

«Il processo per mezzo del quale i consumatori di prodotti finanziari migliorano la loro comprensione su prodotti, concetti e rischi finanziari e, attraverso l'informazione, l'istruzione e consigli oggettivi, sviluppano le capacità e la fiducia nella propria consapevolezza dei rischi e delle opportunità finanziarie, di sapere dove chiedere aiuto, e intraprendere altre azioni efficaci per migliorare il proprio benessere finanziario»³³⁷

³³⁶ ELISABETTA RIGHINI, *Educazione finanziaria. Uno strumento per cittadini, risparmiatori e mercati*, Milano 2019, pp. 25-26.

³³⁷ OECD (2005), *Improving Financial Literacy, Analysis of Issues and Policies*, OECD Publishing, Parigi, tradotto e citato in ELISABETTA RIGHINI, *op. cit.*, p. 25.

Questa definizione merita di essere ricordata, pur non godendo dell'accordo unanime dei ricercatori, perché su di essa si basa il sia pur limitato recepimento dell'educazione finanziaria nell'ordinamento giuridico italiano, avvenuto attraverso l'art. 24^{bis} del d.l. n. 237/2016, convertito in l. n. 15 del 17 febbraio 2017. Questo provvedimento di natura prevalentemente programmatica ha previsto la costituzione di un "Comitato per la programmazione e il coordinamento delle attività di educazione finanziaria", al quale sono state delegate funzioni di coordinamento delle iniziative organizzate da diversi attori, e di garanzia rispetto agli obiettivi misurabili e oggettivi³³⁸ che tali iniziative si pongano.

La necessità di una educazione finanziaria nasce dalla dicotomia fra l'attore finanziario astrattamente prefigurato in modelli e teorie, descritto come perfettamente razionale e sempre animato dal perseguimento del proprio interesse, e il reale attore finanziario che non possiede razionalità perfetta, né volontà illimitata, né la considerazione massima e perenne del proprio interesse personale. A sollevare l'obiezione hanno pensato gli studiosi di *economia comportamentale*³³⁹, meglio nota come *behavioural law and economics (BLAE)*, i quali hanno posto la necessità di indagare limiti e

³³⁸ La legge è analizzata diffusamente *ivi*, pp. 363-371, assieme a una breve ma per molti versi interessante trattazione della norma tecnica UNI "Educazione finanziaria del cittadino," prima potenziale bozza di un sistema di qualificazione standardizzato e oggettivo.

³³⁹ Cfr. HERBERT ALEXANDER SIMON, *Models of man: social and rational; mathematical essays on rational human behavior in society setting*, New York, Wiley, 1957, pioniere della razionalità limitata e primo osservatore della discrasia tra la realtà rappresentata dai modelli e la prassi.

distorsioni che affliggono l’approccio alla finanza e all’economia da parte degli “outsider”. Tra i tipici ostacoli alla libera determinazione delle scelte si sono osservati limiti alla capacità razionale (*bounded rationality*), alla volontà e all’interesse di sé (*bounded willpower*, *bounded self-interest*³⁴⁰).

È interessante notare che, nonostante la maggior parte degli studi sulle distorsioni nelle decisioni economiche e finanziarie riguardi in primo luogo il contraente debole, neanche i soggetti più formati, quali ad esempio i manager abituati a decidere di continuo, possono dirsi esenti da errori di razionalità, come pure da mancanze di volontà o di egoismo³⁴¹.

L’originaria intuizione è stata sviluppata nel senso di individuare e descrivere i singoli errori sistematici di giudizio, di categorizzazione, di concetto, che formano l’ambito dei cosiddetti *bias* e che, assieme alle euristiche³⁴², costituiscono gli elementi portanti della teorica della finanza comportamentale, resa celebre dai premi Nobel Kahneman e Tversky³⁴³. Queste ultime sono procedure di ragionamento abbreviate e sintetiche, scorciatoie mentali che permettono di non prendere in considerazione tutte le

³⁴⁰ ENZA PELLECCCHIA, *Dall’insolvenza al sovraindebitamento. Interesse del debitore alla liberazione e ristrutturazione dei debiti*, Torino 2012, p. 21.

³⁴¹ Tra i *bias*, ossia gli errori sistematici di giudizio e concettuali, individuati e descritti da GILOVICH e GRIFFIN, come da MONTIER e altri, stanno non a caso ottimismo, illusione di controllo e di conoscenza. Cfr. ELISABETTA RIGHINI, *op. cit.*, pp. 113 e ss.

³⁴² *Ivi*, pp. 111-112.

³⁴³ D. KAHNEMAN e A. TVERSKY, *Prospect theory: An Analysis of Decision under Risk*, in *Econometrica*, 47 (2), 1979, p. 263 e ss; D. KAHNEMAN, P. SLOVIC A. TVERSKY, *Judgment under uncertainty heuristic and biases*, in *Cambridge University Press*, Cambridge, 1982

possibili opportunità in un contesto decisionale e tutti i vari aspetti di un problema, ma che lo semplificano seguendo vie usuali e consolidate, in quanto generalmente efficaci.

L'aspetto problematico nell'assumere decisioni finanziarie – come hanno scoperto gli stessi Autori – risiede nel fatto che, mentre è in grado di inferire sistemi linguistici o spaziali complessi, la mente umana è al contrario priva di quell'abilità di calcolo e di gestione intuitiva di fattori statistici che sarebbe necessaria a gestire il fenomeno finanziario nella sua complessità.

L'assenza di questa facoltà porta necessariamente a ragionare in termini di esperienza empirica ovvero a ripetere percorsi che hanno già garantito in passato risultati soddisfacenti, affidandosi a preconcetti o percezioni totalmente soggettive. Si è notato, ad esempio, che gli individui tendono, in determinate situazioni a peccare di eccessiva confidenza e di ottimismo, ignorando o sottostimando le proprie vulnerabilità, anche quando queste siano oggettivamente evidenti³⁴⁴ (*overconfidence effect*). Addirittura, un comportamento del genere è stato riscontrato in persone recidive, che avevano cioè già pagato lo scotto di un errore causato dall'eccesso di fiducia.

Un altro effetto riscontrato dalla *BLAE*, probabilmente quello più denso di implicazioni, è il cosiddetto *framing* (inquadramento), ovvero la risposta dell'individuo in base al modo in cui una decisione viene presentata. A riprova della sua centralità sta il fatto

³⁴⁴ ENZA PELLECCIA, *Dall'insolvenza*, op. cit., p. 23.

che proprio su di esso che Kahneman e Tversky hanno fondato la Teoria della Prospettiva, un modello matematico di analisi del processo decisionale in condizioni avverse. La sua rappresentazione cartesiana ha l'aspetto di una curva sigmoideale che assomma il luogo delle risposte alle varie presentazioni prospettiche, e il cui andamento ha mostrato come l'individuo-investitore sia fortemente motivato ad evitare perdite, mentre abbia maggiore avversità nell'affrontare un rischio orientato all'ottenimento di guadagni³⁴⁵. Se dunque una stessa operazione viene presentata come finalizzata ad eliminare o ridurre al minimo una perdita riceverà una convinta adesione, rispetto al suo perfetto equivalente che è invece stato presentato come una operazione vantaggiosa ma rischiosa. Da questo presupposto discendono corollari di grande importanza per lo studio e l'osservazione delle attitudini finanziarie degli individui. Senza alcuna pretesa di esaustività si possono prendere in rassegna i più evidenti: il primo è l'«effetto certezza», per il quale si preferisce un guadagno minore ma certo, a uno aleatorio di maggiore entità. Il secondo è l'«effetto riflessione», per cui gli individui preferiscono un evento positivo di minor valore, ma di maggiore probabilità, a uno di maggior valore ma più improbabile; così come, specularmente, si preferiscono gli eventi negativi di valore maggiore ma con minore probabilità a quelli di valore minore ma più probabili. Allo stesso modo, si preferiscono gli eventi positivi certi a quelli incerti, e questo pare

³⁴⁵ ELISABETTA RIGHINI, *Behavioural Law and Economics. Problemi di policy, assetti normative e di vigilanza*, Franco Angeli, Milano, 2012, p. 51 e ss.

razionale, ma quelli negativi incerti a quelli negativi certi, con una caratteristica distorsione percettiva. Infine, è stato osservato anche l'«effetto *isolamento*», per cui solo alcuni dei fattori e degli aspetti in cui è stato scomposto un *framing* vengono effettivamente presi in considerazione, evidentemente a sostegno inconscio dei propri *bias*³⁴⁶.

Questi brevi cenni danno la misura delle implicazioni applicative di queste scoperte, soprattutto in fase di definizione di *policies*, preventive delle distorsioni cognitive e delle loro implicazioni negative sui mercati e le economie.

Se finanziarizzazione significa maggiore facilità di accesso al credito, derivante dallo sviluppo dell'industria e da una certa deregolamentazione³⁴⁷, l'ingresso al mercato di nuovi soggetti che beneficino della democratizzazione del credito non sono però equamente distribuiti in tutte le classi sociali. Si tratta soprattutto di consumatori che in passato non avrebbero avuto la possibilità di indebitarsi, e che invece oggi sono attirati da una gamma di prodotti specifici, di facile accesso. D'altra parte non è possibile dimenticare che dietro la maggiore domanda di credito non sta soltanto una risposta alle lusinghe dell'industria, ma questa è influenzata anche e soprattutto da fattori di instabilità e debolezza sociale ed economica³⁴⁸: la crisi, o piuttosto le ricorrenti crisi economiche a partire da quella del 2008, accadimenti personali come divorzio o

³⁴⁶ *Ibidem*.

³⁴⁷ ENZA PELLECCIA, *Dall'insolvenza*, op. cit., p. 11.

³⁴⁸ *Ivi*, pp. 14-15.

malattia, la continua contrazione dei servizi erogati gratuitamente o a basso costo dal welfare state o dai sistemi sanitari e previdenziali, il fenomeno crescente dei cosiddetti *working poors*, ossia di coloro che, pur avendo un'occupazione, non guadagnano abbastanza per fare fronte ai propri bisogni, tanto meno per avere la possibilità di risparmiare in vista di eventi imprevedibili o dei momenti difficili (i *rainy days* della pubblicistica anglosassone).

Esiste quindi il rischio che le nuove forme di credito si trasformino di fatto in un trasferimento di ricchezza dalle classi meno abbienti a coloro che investono e possiedono le società finanziarie³⁴⁹, con il risultato non solo di un possibile circolo vizioso (individui sempre meno capaci di affrontare impegni finanziari, quindi sempre più dipendenti dal ricorso al credito, che verosimilmente sarà offerto a condizioni sempre più pesanti e meno sostenibili) ma anche di gravi conseguenze sociali, nel momento in cui dovesse apparire evidente che le singole perdite individuali possono essere ricondotte a una più vasta situazione di svantaggio e sfruttamento.

In questo spazio può collocarsi l'efficacia preventiva dell'educazione finanziaria, che si prefigge proprio lo scopo di rafforzare l'autonomia decisionale delle persone e in ultima analisi la loro libertà, soprattutto in riferimento agli individui più svantaggiati³⁵⁰. L'educazione finanziaria, però, deve avvenire di concerto con una rigorosa regolamentazione del settore finanziario, che fissi in particolare obblighi di trasparenza e di informazione

³⁴⁹ *Ivi*, p. 14.

³⁵⁰ ELISABETTA RIGHINI, *op. cit.*, pp. 22-23.

corretta dell'investitore, che costituisce un ulteriore fattore di *empowerment* dal momento che permette al cittadino educato di essere maggiormente in grado di riconoscere e segnalare comportamenti scorretti e vere e proprie violazioni di legge.

In concreto, l'attività di educazione finanziaria si occupa in primo luogo di disinnescare gli errori sistematici che gravano sulle decisioni economiche e finanziarie - si parla, a questo proposito, di *debiasing*³⁵¹. Questo effetto può essere ottenuto attraverso diversi approcci, anche per la necessità di contrastare in maniera diversa i differenti errori. Una sorta di filo conduttore dell'intera strategia sembra, però, essere quello di sollecitare a sviluppare il senso critico e la capacità di pensare, a stimolare l'uscita dalle gabbie del ragionamento che tendono a generare le stesse risposte e gli stessi errori attraverso l'istruzione e l'allargamento delle competenze tecniche e cognitive. Anche le norme che impongono divieti subiscono, in quest'ottica, una metamorfosi. Al precetto accompagnato da sanzione può essere preferita una spinta gentile (*nudging*) che sappia suscitare, senza forzare, una reazione nella direzione indicata, che non sarebbe spontaneamente adottata dai consumatori - si pensi, incidentalmente, a quanto è avvenuto in Italia con i fondi pensione collettivi, accettati salvo esplicito rifiuto. Altri piani di intervento sono considerati l'uso di modelli e algoritmi per rendere automatico il processo di *debiasing*, o

³⁵¹ *Ivi*, pp. 134-173, con ampia e puntuale analisi delle varie tecniche e dei diversi approcci, non senza un'accurata trattazione delle argomentazioni e delle evidenze contrarie.

l'insegnamento di nozioni economiche e statistiche di livello superiore per il consolidamento della preparazione finanziaria degli individui preposti alle decisioni.

È però necessario segnalare che il consesso scientifico non tributa a queste linee strategiche una fiducia unanime. Si è ad esempio ragionevolmente supposto che un accrescimento delle capacità cognitive e un elevato livello di educazione finanziaria possano, al contrario, portare a rafforzare *bias* di disponibilità e di eccesso di fiducia in se stessi. Oppure, specularmente, si è notato che, per determinati errori tipici, più elevati livelli di educazione finanziaria non garantiscono comportamenti diversi, ad esempio nella tendenza (errata) a ritirarsi dal mercato dopo una crisi. Viceversa, i tentativi basati su incentivi e sanzioni sembrano avere successo nei limitati casi in cui non sono richieste particolari competenze e abilità cognitive. Quanto al *nudging*, esso è stato criticato per come favorisce l'adesione a modelli globalmente corretti, ma non vantaggiosi per tutti, e che per una minoranza possono invece risultare dannosi. Inoltre, dal punto di vista etico, si è messa in luce l'opacità e la potenziale pericolosità di una tecnica che consiste di fatto in una consapevole manipolazione. L'insegnamento di nozioni di livello superiore, invece, avrebbe scarsi effetti al di fuori di un ambito ristretto di prima applicazione, non sortendo quindi effetti di moltiplicazione per analogia del ragionamento virtuoso (si accennava *supra* che l'essere umano non pare possedere, in campo statistico, capacità di calcolo e trattamento complesso dei dati). Oltretutto la profonda matrice emotiva e innata dei *bias* li rende

probabilmente non pienamente controllabili o reprimibili e forse il ruolo attribuito a una educazione finanziaria in funzione di panacea, soprattutto in individui fragili, di cultura scolastica e personale limitata, è il frutto di una sopravvalutazione irragionevole.

In ogni caso, se anche la possibilità di addestrare persone reali perché somiglino agli operatori degli astratti modelli economici non fosse concreta, esistono di certo strategie, tecniche, approcci che tengono conto della fondamentale dicotomia del processo decisionale (diviso in aspetti emotivi/intuitivi e razionali, non del tutto integrati o integrabili) e che producono risultati tangibili³⁵². Appare, ad esempio, foriera di sviluppi positivi una strategia che combatte, da un lato, le distorsioni dovute alla dimensione emotiva attraverso il controllo degli stati di ansia e il perseguimento della *mindfulness*; dall'altro gli effetti dovuti alla razionalità limitata sono contrastati attraverso l'ampliamento delle opzioni valutabili e della massa delle informazioni disponibili, invitando a una più lunga riflessione e a una maggiore autoconsapevolezza, presentando in anticipo gli effetti ipotetici di una decisione contraria (anche nei suoi risultati negativi e controproducenti). In altre parole, la tecnica prevede il depotenziamento degli automatismi tipici di *bias* ed euristiche attraverso una generale educazione alla razionalità, alla riflessività, alla meditazione.

³⁵² *Ivi*, p. 171.

Non è comunque possibile concludere questa breve trattazione senza tener conto degli effetti della crisi economica del 2008, con le sue radici nella crisi dei *subprime* e in alcuni effettivi abusi della finanza soprattutto statunitense: da essa sembra essere sortita una spinta alle posizioni del paternalismo libertario o asimmetrico. Si veda, per un esempio lampante di come la responsabilità richiesta a chi offre il credito sia divenuta più vincolante e stringente anche su questo versante, la direttiva 2014/17/UE sul credito ipotecario, con esplicito riferimento all'educazione finanziaria riguardo alla gestione responsabile del debito³⁵³. La distanza rispetto agli obblighi di trasparenza e consulenza accennati è chiarissima.

In conclusione, la crisi economica ha dimostrato o confermato, per molti studiosi e osservatori, l'impressione che un approccio totalmente antipaternalista non è più sostenibile e che regole chiare vadano introdotte a tutela non solo dei consumatori e dei cittadini, ma della sostenibilità del sistema economico³⁵⁴.

Questo non è in contrasto con l'educazione finanziaria, che parte da premesse diverse ma che condivide la medesima volontà di tutela del soggetto debole dai possibili abusi e dalla diffidenza verso finanza e partecipazione economica. Anzi, in un quadro di attenzione e di tutela assumono particolare rilevanza gli obiettivi ultimi dell'educazione finanziaria, di formazione dei cittadini in un

³⁵³ Direttiva consultata on line all'indirizzo <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=CELEX:32014L0017> Da questa direttiva trae origine la legge italiana 15/2017 citata *infra*.

³⁵⁴ E. PELLECCIA, *Dall'insolvenza al sovraindebitamento...*, cit., p. 25.

ambito ormai imprescindibile e di implementazione della cittadinanza finanziaria quale coronamento di un processo di democratizzazione e di inclusione sociale.

3. *Microcredito come canale alternativo di finanziamento.* Il medesimo obiettivo di garantire ad una utenza più fragile un accesso al credito non viziato da distorsioni di sorta può essere raggiunto anche attraverso strumenti diversi dall'educazione finanziaria. Tra di essi una leva importante è costituita dal microcredito, una realtà nata nei paesi in via di sviluppo intorno agli anni Ottanta, con l'apertura di un canale di finanziamento ad utenti che, per contesto economico, geografico e sociale di provenienza, ne sarebbero stati altrimenti esclusi. Sebbene il fenomeno riconosca antecedenti storici nei Monti di Pietà nell'Italia del XV secolo o nelle *lending charities* dell'Inghilterra proto-capitalista, la più compiuta esperienza moderna è la “Banca del villaggio”, quella *Grameen Bank* nata in Bangladesh nel 1983 dal genio di MUHAMMAD YUNUS³⁵⁵, premio Nobel per la Pace 2006.

L'intuizione a fondamento del riuscito esperimento economico-sociale di Yunus è proprio quella che i poveri, esclusi dall'accesso al credito perché considerati non solvibili, sono in realtà particolarmente motivati a restituire il prestito in quanto del tutto consci dell'eccezionalità e irripetibilità della circostanza, e anche

³⁵⁵ Cfr. MUHAMMAD YUNUS, *Il banchiere dei poveri*, Feltrinelli, 1998, *passim*.

motivati dal desiderio di tenere integra la propria reputazione e quella della parola data, che è in effetti per la gran parte degli accedenti al microcredito l'unico capitale di partenza³⁵⁶. Il progetto di Yunus nasce appunto dall'osservazione di come le masse contadine dei paesi in via di sviluppo, nei fatti, ricorressero già al credito, elargito necessariamente attraverso canali irregolari con il risultato di guadagni agricoli totalmente assorbiti dalla restituzione del prestito a usura, senza alcun margine di sviluppo umano.

Nonostante il microcredito avviato in Bangladesh da Yunus presenti caratteristiche peculiari, quali la prevalenza del prestito a donne e a gruppi - per motivi di garanzia non tanto economica quanto di controllo sociale - il concetto che sta alla base della declinazione geografica è valido ovunque, e consiste nell'idea di offrire una linea di credito a soggetti normalmente considerati non bancabili, come forma di sostegno a famiglie in difficoltà ma anche come base di progetti di microimprenditoria, nel senso del superamento o dell'integrazione del sistema bancario e finanziario tradizionale³⁵⁷.

Il microcredito appare nell'ordinamento italiano con il D.lgs. 141 del 13 agosto 2010³⁵⁸, che tuttavia è rimasto a lungo una legge inefficace per una prolungata latitanza dei decreti attuativi,

³⁵⁶ E. PELLECCIA, *Accesso al credito...*, cit., p. 652.

³⁵⁷ *Ivi*, p. 651.

³⁵⁸ D. D'ANGELO, S. SENNI, *Le recenti novità sul microcredito, un possibile strumento a favore dello sviluppo rurale*, in *Agriregionieuropa*, 11/42, Settembre 2015, consultato on line su <https://agrireregionieuropa.univpm.it/it/content/article/31/42/le-recenti-novita-sul-microcredito-un-possibile-strumento-favore-dello>.

interrotta solo dal DM 176 del 17 ottobre 2014. Secondo la legge italiana esistono due tipi di microcredito: quello “sociale o di solidarietà”, destinato a progetti di inclusione sociale rivolti a individui e famiglie in difficoltà, e quello “all’impresa” che deve finanziare l’avvio o lo sviluppo di iniziative imprenditoriali e di inserimento nel mercato del lavoro.

L’elemento di rottura, in questi contratti di finanziamento, non risiede tanto nella compromissione della responsabilità patrimoniale, quanto nell’assenza di garanzie reali richieste a chi accede al credito, che rappresenta un’importante breccia nello schema sinallagmatico proprio dell’attività di prestito bancario, fondata per definizione sulla garanzia patrimoniale. In questo senso si comprende come il microcredito sia pensato *in primis* per i soggetti esclusi dal circuito bancario, e come dunque questo istituto possa davvero realizzare in ambito finanziario quei principi programmatici di rango costituzionale che sanciscono l’eguale godimento dei diritti fondamentali (artt. 2 e 3 comma 2, Cost. *inter alia*).

Ad onor del vero le potenzialità dell’istituto non sono ancora pienamente sfruttate in Italia, anche per la necessità di ripensare e adattare alla differente realtà sociale le caratteristiche peculiari di organizzazione e funzionamento del microcredito nei paesi in via di sviluppo. Ad esempio, ferma restando l’assenza tipica di garanzie patrimoniali, ferve il dibattito su quali possano essere le garanzie a fronte delle quali inserire un soggetto nel microcredito: la via “reputazionale” o dei crediti di gruppo, molto diffusa nel Sud del

mondo come forma di controllo sociale tra pari, appare difficilmente percorribile in Occidente. Si è pensato quindi a garanzie rilasciate da terzi – come enti pubblici o associazioni – o garanzie sociali, in cui un soggetto di riferimento (parrocchia, associazionismo, ecc.) “presenta” all’istituto erogatore un candidato, controllando poi il buon utilizzo e la regolare restituzione del prestito³⁵⁹. Ma è evidente che queste funzioni di vigilanza non possano essere delegate a enti predisposti per scopi differenti e non possono vantare competenze specifiche: in questo senso è urgente che gli istituti di credito ripensino la propria organizzazione interna, in parte perfino la propria filosofia, formando e rendendo disponibile personale in grado di seguire le nuove forme di credito.

La relazione con il cliente, soprattutto quando si tratta – come in molti casi quando si ha a che fare con il microcredito – di soggetti vulnerabili, è fondamentale. È dunque essenziale saper valutare il richiedente e il suo eventuale progetto imprenditoriale, ma anche saper costruire una solida rete relazionale nel consolidamento di un rapporto di fiducia e di accompagnamento/monitoraggio dei clienti³⁶⁰.

D’altra parte, benché nel dibattito interno sussistano posizioni che intestano al microcredito una missione sociale di lotta alla povertà, è bene sottolineare quanto, in realtà, si sia al cospetto di un istituto di natura profondamente capitalista dal momento che si propone

³⁵⁹ E. PELLECCIA, *Accesso al credito...*, cit., p. 655.

³⁶⁰ *Ivi*, p. 656.

di inserire nel mondo dell'impresa soggetti che normalmente non vi avrebbero accesso proprio perché privi di capitale e di permettere la creazione di nuova ricchezza a soggetti che non avrebbero generalmente questa possibilità. Sulla scorta di questa notazione vanno sottolineate le potenzialità di applicazione del microcredito a un tessuto imprenditoriale in formazione (le cosiddette *start up*) o comunque carente di capitale investibile (per esempio l'agricoltura³⁶¹).

L'idea alla base del microcredito, in conclusione, è quella di far rientrare soggetti emarginati e deboli all'interno del ciclo e del sistema economico. Si tratta quindi di rafforzarne le fondamenta, combattendo le pericolose tendenze di esclusione sociale che ogni sistema tende a riprodurre quando consolida, come avviene spesso nelle crisi, le situazioni di privilegio.

4. *Contrasto alla povertà e inclusione sociale con il Reddito di Cittadinanza.* Accanto all'educazione finanziaria e al microcredito, in un simile ruolo di prevenzione e di contrasto al sovraindebitamento si pone infine il reddito di cittadinanza. Se l'educazione finanziaria è utile a prevenire distorsioni decisionali del consumatore, e il microcredito ha la funzione di inserire i soggetti non bancabili all'interno del sistema economico, il reddito di cittadinanza fornisce ai cittadini in stato di necessità una quota

³⁶¹ D. D'ANGELO, S. SENNI, *op. cit.*

base per un'esistenza dignitosa che non sia fatalmente orientata al sovraindebitamento, all'usura, al rischio sociale.

La moderna declinazione di reddito di cittadinanza trova la sua definizione e la sua rete di sostegno e diffusione nel BIEN (*Basic income earth network*), un *network* di attivisti e accademici nato negli Stati Uniti alla fine degli anni Ottanta per lo studio e la promozione dei temi di *basic income* presto diffusosi a livello internazionale³⁶².

Dalla elaborazione della teoria sono nati i redditi minimi garantiti presenti in vari stati del mondo, generalmente legati a uno stato di bisogno oggettivo, i quali, nella visione dei fautori del reddito di cittadinanza, dovrebbero essere precursori di un reddito di cittadinanza universale (“diritto al reddito”)³⁶³: l'idea di fondo è che il reddito minimo, mentre garantisce comunque la libertà dal bisogno per i cittadini in condizioni di maggiore indigenza (*“freedom from want”*, come rimarcò Roosevelt nel 1941 nel suo noto discorso sullo stato dell'Unione), pone le basi pragmatiche per un mutamento futuro delle politiche di *welfare* che facciano del reddito universale di cittadinanza il proprio nucleo essenziale. Si badi a non confondere tuttavia, in questa accezione, il reddito di cittadinanza con uno di “nazionalità”, in quanto i suoi sostenitori promuovono storicamente anche ideali egualitari, sia fra gli individui e le classi sociali, sia fra le nazioni: esso deriva infatti da

³⁶² G. BRONZINI, *Il reddito di cittadinanza. Una proposta per l'Italia e per l'Europa*, Torino 2011, p. 16.

³⁶³ *Ivi*, p. 19.

uno *ius existentiae* che, per definizione, non è limitato da condizioni sociali o da confini statali.

Più concretamente, tuttavia, gli sviluppi del reddito di cittadinanza sono collegati alla crisi della società del lavoro o comunque alla sua fase post-fordista, in cui, oggettivamente, l'idea di un *welfare state* agganciato in maniera ineludibile al lavoro, e la conseguente assenza di tutela sociale dei disoccupati appare sempre meno sostenibile sia dal punto di vista teorico che della fattibilità pratica. A questa situazione, con le sue ricadute in termini di *deregulation*, delocalizzazione, perdita di occupazione, si sono fornite soluzioni parziali ed estemporanee come lavori socialmente utili o riduzione dell'orario di lavoro, che rivelate inattuabili o scarsamente risolutive. Oggi si tende piuttosto a riaffermare, da un punto di vista teorico, la distinzione fra *ius existentiae* e lavoro ed il ruolo del reddito minimo nel sottrarre fasce deboli al ricatto di condizioni lavorative e di vita al ribasso³⁶⁴.

Il d. l. 28 gennaio 2019, n. 4, convertito con legge n. 26 del 28 marzo 2019 ha introdotto in Italia una misura che formalmente si fregia del titolo di *Reddito di cittadinanza*, ma che non rappresenta uno strumento di *basic income* puro. Nonostante sia stato presentato alla stampa, con una certa enfasi ideologica, come strumento di “abolizione della povertà” il decreto ha fortemente risentito del clima politico: timori di critiche di assistenzialismo hanno portato a condizionare la sua efficacia alla ricorrenza di determinati

³⁶⁴ *Ivi*, pp. 54 e ss.

requisiti selettivi, molto stringenti e legati alla dimensione occupazionale del destinatario. In particolare le clausole restrittive adottate si appuntano su:

- la non universalità dei requisiti soggettivi del provvedimento, destinato solo a disoccupati, inoccupati, lavoratori al di sotto una determinata soglia ISEE;
- la natura condizionale del Rdc, che è in effetti accompagnato da obblighi nella ricerca e nell'adesione a offerte di lavoro;
- la natura non individuale, dato che l'isee è calcolato sul nucleo familiare ed all'intero nucleo è attribuito;
- la necessità di richiedere il sussidio, che non è quindi automatico ma che deve passare per un *iter* preciso che non ha necessariamente esito favorevole.

Malgrado questi paletti di non poco conto, l'introduzione del rdc è stata in ogni caso una novità notevole e non priva di interesse per il nostro paese, che era stato fra i più restii ad affrontare la questione del *basic income* nelle sue varie possibili forme. Sottoposto a una ridda di polemiche, il reddito di cittadinanza ha comunque dimostrato, in particolare per il delicato periodo storico di introduzione, di rivestire una funzione non marginale di contrasto alla povertà acuita dall'emergenza sanitaria, nel nostro paese. In una fase ancora così concitata, che ha costretto alla soluzione delle prime emergenze, non sono ancora stati condotti studi sistemici, basati sulla raccolta di dati economici e sociali sul ruolo di che il Rdc possa avere svolto. Sebbene non ancora suffragata da fonti autorevoli, non di meno la sensazione della sua

centralità nel presidio, nel contenimento e nella prevenzione del fenomeno di sovraindebitamento è diffusa e ragionevole.

Conclusioni.

Il percorso di ricerca ha preso avvio dalla fissazione di alcune, necessarie coordinate definitorie, attraverso le quali è stato possibile inquadrare la m. come un canone ermeneutico *premiale*, nel senso che attraverso l'ampiezza dei suoi margini funzionale all'interesse che serve - è in grado di determinare l'erogazione più o meno ampia di un beneficio giuridico e di innescare un meccanismo di incentivo. In questo senso la m. è un *ostacolo* al pieno godimento del beneficio, perché sancisce alcuni *standard* comportamentali al solo prodursi dei quali il beneficio è erogato. La relazione meritevolezza-beneficio è, cioè, di natura inversamente proporzionale: minore è la soglia del "*modus*", maggiore è la libertà di accesso al premio e al suo godimento.

Ma la creazione di una teorica relazionale canone-condotta-privilegio si risolve in uno sterile esercizio di stile laddove non sia possibile applicarla al concreto atteggiarsi della prassi, per ricavarne schemi tendenziali utili all'uso consapevole di uno strumento potente.

Nel diritto fallimentare delle origini, ad esempio, la meritevolezza non ha cittadinanza (o, si potrebbe dire in termini matematici, è infinita) perché non esistono meccanismi di premialità. L'obbedienza ai precetti, al servizio dell'interesse dominante (la tutela del credito) è ottenuta attraverso l'efficacia deterrente di sanzioni draconiane e conseguenze infamanti indistintamente applicate, senza alcuna possibilità di considerare diverse sfumature di colpevolezza.

Si deve attendere il superamento del principio di responsabilità oggettiva perché sia possibile introdurre nel diritto fallimentare misure premiali, quali i concordati o le cessioni dei beni, che sono sempre votate alla realizzazione degli interessi creditori, quindi erogabili solo a fronte di una soglia molto elevata di meritevolezza. È in questo periodo che nasce il *topos* del debitore onesto ma sfortunato, che per grandissima parte della storia fallimentare moderna sarà la spia di un giudizio etico sulla condotta del debitore e di uno *standard* di meritevolezza molto rigoroso.

Il successivo cambio di paradigma si verifica con il passaggio ad una economia capitalistica di tipo finanziario e con la conseguente perdita di centralità del sistema del credito. L'affermazione di un interesse nuovo, proprio dei debitori/imprenditori, all'indebitamento considerato ormai uno strumento di crescita e sviluppo, permette al fallimento di perdere la sua connotazione di discredito sociale e disvalore giuridico, per diventare un fenomeno fisiologico dell'attività d'impresa. La meritevolezza, a sua volta, assume una marcata impronta *debtor oriented*, spogliandosi della connotazione etica e traducendosi gradualmente in mera verifica della ricorrenza di requisiti oggettivi. Nell'esperienza liberista del modello economico nordamericano, che costituisce la continuazione e per certi versi l'esasperazione del modello capitalistico, il giudizio etico sulla condotta debitoria si annulla e la premialità è totale, perché i benefici - *discharge* e ripartenza a nuovo - sono il risultato automatico delle procedure di insolvenza.

Intesa in questo senso, la meritevolezza ha il ruolo fondamentale di innestare meccanismi premiali in contesti disciplinari caratterizzati prevalentemente dalla deterrenza, e di regolare il flusso della loro erogazione a seconda dell'interesse servito con l'operazione di innesto. Si potrebbe, perciò, essere portati a pensare che, ottenuto il risultato, la sua parabola si vada esaurendo, e invece è proprio a questo punto che riguadagna attualità. In qualità di canone ermeneutico astratto è bene in grado di adattarsi ad altri contesti e di diventare strumento di giudizio di altri soggetti, esaurita la sua efficacia in ambito di impresa. In questo spazio di circolarità e schemi ricorsivi, la m. trascorre dall'imprenditore insolvente al complesso aziendale³⁶⁵, al creditore negligente, al consumatore sovraindebitato

La presente ricerca si è proposta, quale risultato applicativo, la comprensione dei meccanismi che regolano quest'ultimo aspetto in particolare. In qualità di canone di interpretazione processuale, infatti, la meritevolezza ha mostrato un particolare grado di efficacia nel diritto concorsuale del consumatore, permettendo di trasformare una norma (certo molto difettosa) prevista per realizzare principi di *second chance* e *fresh start in life* nella ennesima riproposizione del paradigma del debitore onesto ma sfortunato. Proprio com'è accaduto per l'imprenditore insolvente, l'interesse servito in sede di

³⁶⁵ L'intuizione di trasferire le dinamiche della meritevolezza dalla dimensione imprenditoriale, all'interno della quale aveva allignato per secoli, a quella del complesso aziendale va riconosciuto a STEFANIA PACCHI, nel suo saggio *Dalla meritevolezza dell'imprenditore alla meritevolezza del complesso aziendale*, più volte citato nel testo.

prima applicazione (quello creditorio) ha inizialmente richiesto una soglia molto alta di meritevolezza, coincidente con la totale assenza di colpa nel sovraindebitamento; il che ha significato rinunciare a governare il fenomeno sociale ed economico di massa per offrire un presidio esdebitativo a circostanze episodiche ed eccezionali. La difficoltà ad abbandonare certi dogmi che presiedono alle dinamiche obbligatorie (il principio della responsabilità patrimoniale, della indistruttibilità dell'obbligazione pecuniaria) si era già proposta nella dimensione imprenditoriale, a proposito di concordato preventivo, ma era stata gradualmente superata dall'idea che «chi fa impresa si espone ad un rischio meritevole di protezione», mentre «il mero consumatore risente solo di proprie scelte di vita, che è sensato vagliare più severamente alla luce della meritevolezza del suo comportamento»³⁶⁶. A favore della tesi opposta ha militato la seduzione esercitata dal sistema nordamericano. Qui le teorie capitalistiche di produzione, a partire dagli anni Settanta del secolo scorso, hanno promosso politiche di credito adatte a suscitare livelli di consumo sempre più alti, necessari al sostenimento di una produzione in perenne crescita. Il consumo è quindi diventato un *asset* strategico, di importanza pari all'impresa, e il suo incentivo è passato attraverso il facile finanziamento (ottenuto attraverso una esternalizzazione dei rischi, assicurati, cartolarizzati e redistribuiti nel circuito finanziario) e una ancora più accessibile esdebitazione, intesa come presupposto per il ritorno al consumo del debitore

³⁶⁶ FEDERICA PASQUARIELLO, *Le procedure di sovraindebitamento*, op. cit., p.765.

altrimenti impossibilitato dal sovraindebitamento. Anche questa leva di politica legislativa ha trovato accoglienza nella normativa europea e in quella armonizzata degli stati membri³⁶⁷, per quanto declinata in senso maggiormente sociale e solidaristico, attraverso rimedi anche preventivi ad una fattispecie, quale il sovraindebitamento, intesa come multifattoriale e complessa. Una più marcata inclinazione *debtor oriented* è poi assicurata dalla recente sanzione endoprocedimentale prevista dal CCII e dalla l. 176/2020 per il creditore che abbia negligenzemente valutato il merito creditizio, molto invocata da dottrina e giurisprudenza.

Rispetto alla disciplina di nuovo conio però, il vero punto dolente resta la meritevolezza. A dispetto del chiaro intento del legislatore di superare *l'impasse* della difficile accessibilità della misura attraverso la eliminazione della meritevolezza per come definita nella l. 3/2012, la dottrina prevalente preconizza il ripetersi delle medesime dinamiche di indeterminatezza, questa volta giocate sul piano di malafede e colpa grave. La giurisprudenza di merito che si è pronunciata fino a questo momento non ha assecondato la previsione dottrinale, valorizzando piuttosto lo spirito della riforma, ma i margini di ambiguità del canone ermeneutico, basati sullo stato soggettivo dell'agente, da un lato rappresentano un importante presidio di elasticità e adattabilità, dall'altro sono forieri di

³⁶⁷ Nella Relazione illustrativa al D.L. 179/2012 si leggeva, sub art. 18, che “i presupposti di necessità e di urgenza costituzionalmente previsti sono stati ritenuti sussistenti in relazione alla *rilevanza sociale* della proposta e alla grave crisi economica in atto. I predetti presupposti sono particolarmente apprezzabili in chiave di *incentivo allo sviluppo* quale supporto alla *domanda di consumo*”

incertezza, che si cumula alla fase caotica e transeunte di contemporanea vigenza di quattro corpi normativi (la legge fallimentare, la legge sul sovraindebitamento prima e dopo il Decreto Ristori e il Codice della Crisi di Impresa e di Insolvenza). La prossima applicazione dell'istituto si gioca quindi, ancora tutta sul filo dell'interpretazione e, lungi da una formale e asserita elisione, la meritevolezza continua ad aleggiare come uno spettro sul consumatore.

Un incremento delle procedure ammissibili è comunque prevedibile. Ad imprimere questa attitudine all'interpretazione della meritevolezza sarà, però, verosimilmente l'emergenza sanitaria e il blocco delle attività economico-produttive che ne sono stati conseguenza. L'avverarsi di una condizione oggettiva imprevedibile e imprevedibile con un'incidenza dirimente sullo stato di sovraindebitamento del consumatore, infatti, rappresenta esattamente quella causa di *social force majeure* che è condizione di ammissione e omologa del piano sia sotto l'attuale orientamento interpretativo della norma che sotto quello precedente più rigoroso.

BIBLIOGRAFIA

- AA.VV., *Insolvency Law and Practice: Report of the Review Committee*,
H. M. S. O., 1982;
- A. ADLER, B. E. POLAK E B. SCHWARTZ, *Regulating consumer
bankruptcy: a theoretical inquiry*, in *The journal of legal studies*,
2000, 29;
- B. ALBANESE, voce “*Illecito (Storia)*”, in *Enciclopedia del diritto*, XX,
Milano, 1970;
- S. ALECCI, *I rigidi confini della nozione di “consumatore” nella
composizione della crisi da sovraindebitamento*, in *Diritto civile
contemporaneo*, I, 2016;
- F. ANNUNZIATA, *La disciplina del mercato mobiliare*, Giappichelli,
Torino, 2012;
- I. AYRES, *Carrots and Sticks: Unlock the Power of incentives to Get
Things Done*, New York, 2010;
- A. BARBAGLI, *Profili giuridici del fallimento nel pensiero giuridico dei
commentatori*, Giappichelli, Torino;
- E. BARGELLI, *L’ambito di applicazione della direttiva 2005/29/CE: la
nozione di «pratica commerciale»*, in *Le pratiche commerciali
scorrette e codice del consumo. Il recepimento della direttiva
2005/29/CE nel diritto italiano (decreti legislativi 145 e 146 del 2
agosto 2007)*, a cura di GIOVANNI DE CRISTOFARO;

- O. BAR-GILL, *The Law, Economics and Psychology of subprime Mortgage Contracts*, in *Cornell Law Review*, 2009;
- O. BAR-GILL, *Seduction by plastic*, in *Northwestern University Law Review*, 98 (2004);
- G. B. BASILE, *Lo cunto de li cunti*, Einaudi, Milano 1976;
- G. BEDONI, *La pietra del vituperio a Modena durante il Medioevo*, in *Atti e memorie della Deputazione di Storia Patria per le Antiche Province Modenesi*, ser. XI, VI, 1984;
- C. BELLI, *Condominio ‘consumatore’: nullità di protezione delle clausole vessatorie nei contratti di assicurazione e intervento integrativo del giudice (nota a Trib. Genova 14 febbraio 2012)* in *Giur. merito*, 2013;
- S. BENARTZI e R. H. THALER, *Myopic loss-aversion and the equity premium puzzle*, in *Quarterly Journal of Economics*, 1995, 110, I;
- W. BLACKSTONE, *Commentaries on the Laws of England*, vol II, 1765 - 1769, Oxford;
- R. BOCCHINI, *La meritevolezza dell’accesso al credito nel sovraindebitamento del consumatore*, in *Giurisprudenza italiana*, VII, 2017;
- R. BOCCHINI, *Profili civilistici della disciplina del sovraindebitamento del consumatore*, in *Giur. It.*, 2016;
- F. BONACCORSI E L. V. DE SANTIS, *L’ambito soggettivo di applicazione delle nuove procedure di composizione della crisi da sovraindebitamento, I La riforma del sovraindebitamento nel Codice della Crisi e dell’Insolvenza*, a cura di E. PELLECCIA E L. MODICA, Pisa, Pacini giuridica, 2020;

- G. BONELLI, *Del concordato preventivo*, in G. BONELLI (a cura di), *Commentario al codice di commercio: redatto da un collegio di esimi giureconsulti del fallimento*, III, Vallardi, Roma, 1926;
- G. BONELLI, *Del fallimento*, I, Vallardi, Milano, 1938-39;
- A. BONSIGNORI, *Concordato*, in *Commentario Scialoja-Branca Legge fallimentare*, a cura di F. BRICOLA, F. GALGANO E G. SANTINI, Zanichelli, Bologna, 1977;
- F. BRAUDEL, *Civiltà e imperi del Mediterraneo nell'età di Filippo II*, vo. I, Torino, 2010;
- G. BRONZINI, *Il reddito di cittadinanza. Una proposta per l'Italia e per l'Europa*, Torino 2011;
- C. CAMARDI, *Il sovraindebitamento del consumatore e il diritto delle obbligazioni. Alcune riflessioni ai confini del sistema del diritto civile*, in *Sovraindebitamento e rapporto obbligatorio*, a cura di GIOVANNI D'AMICO, Torino, Giappichelli, 2018;
- C. CAMARDI, *Pratiche commerciali scorrette e invalidità*, in *Obbligazioni e Contratti*, 2010;
- G. F. CAMPOBASSO, *Diritto commerciale*, vol. III, Contratti, Titoli di credito e procedure concorsuali, Utet, Torino, 2015;
- ANGELA CAPOCCEITI, *La nozione di "consumatore" nella disciplina della crisi da sovraindebitamento*, in *Giurisprudenza italiana*, 2016;
- F. CARNELUTTI, *Espropriazione del creditore*, in *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, X – XI, 1930;
- G. CARRIERO, *Credito ai consumatori e prospettive di riforma*, in *Diritto della banca e dei mercati finanziari*, 2009;

- I. G. CASSANDRO, *Le rappresaglie e il fallimento a Venezia nei secoli XIII-XVI con documenti inediti*, Torino, 1938;
- A. CASTAGNOLA, *La liberazione del debitore (discharge) nel diritto fallimentare statunitense*, Milano, 1993;
- A. CASTAGNOLA, *L'esdebitazione del fallito*, in *Giurisprudenza Commerciale*, III, 2006;
- A. CASTAGNOLA, *L'insolvenza del debitore civile nella responsabilità patrimoniale*, in *AGE*, 2004;
- A. CAVANNA, *Storia del diritto moderno in Europa*, I, 1982, Giuffrè;
- P. CARLINI, *A proposito dell'uso del diritto continentale europeo (o civil law) durante la Formative era del diritto statunitense*, in *Il Foro Italiano*, Vol. 103, Parte V, Monografie e varietà, 1980;
- P. F. CENSONI, *Autonomia negoziale e controllo giudiziale nel concordato preventivo*, in *Autonomia negoziale e crisi d'impresa*, a cura di F. DI MARZIO E F. MACARIO, Giuffrè, 2010;
- D. CERINI, *Il sovraindebitamento del consumatore in prospettiva comparata*, Atti del Convegno in materia di sovraindebitamento dei consumatori, Foggia, 8 giugno 2006;
- D. CERINI, *Sovraindebitamento e Consumer Bankruptcy: tra punizione e perdono*, Giuffrè, Milano, 2012;
- C. M. CIPOLLA, *Storia economica dell'Europa preindustriale*, Mulino, Milano, 1974;
- J. COHEN, *The history of imprisonment for debt and its relation to the development of discharge in bankruptcy*, in *The Law School Report*, Vol. XXIX, 1983;
- E. COKE, *Institutes of the laws of England*, Londra, 1644 (rist. 1979);

- COMITATO ECONOMICO E SOCIALE, *Parere del Comitato economico e sociale sul tema "Credito ed esclusione sociale in una società opulenta"* (2008/C 44/19);
- COMITATO ECONOMICO E SOCIALE, *Parere del Comitato economico e sociale sul tema "Educazione finanziaria e consumo responsabile di prodotti finanziari"* (2011/C 318/04);
- COMMISSIONE EUROPEA, *A Second Chance for Entrepreneurs: Prevention of Bankruptcy, Simplification of Bankruptcy Procedures, and Support for a Fresh Start*, Bruxelles, 2001;
- COMMISSIONE EUROPEA, *L'atto per il mercato unico II. Insieme per una nuova crescita*, Bruxelles, 2012;
- COMMISSIONE EUROPEA, *Progetto BEST: ristrutturazioni, fallimenti e nuovo inizio. Rapporto di sintesi*, Bruxelles, 2003;
- COMMISSIONE EUROPEA, *Proposta di Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio riguardante i quadri di ristrutturazione preventiva, la seconda opportunità e misure volte ad aumentare l'efficacia delle procedure di ristrutturazione, insolvenza e liberazione dai debiti, e che modifica la direttiva 2012/30/UE*, Strasburgo, 2016;
- COMMISSIONE EUROPEA, *Raccomandazione su un nuovo approccio al fallimento delle imprese e all'insolvenza*, Bruxelles, 2014;
- D. CORDINGLY, *Storia della pirateria*, Mondadori, Milano, 2003;
- G. COSTANTINO, *La esdebitazione*, in *Foro italiano*, 2996, V;
- G. COTTINO, *La responsabilità degli intermediari finanziarie il verdetto delle Sezioni Unite: chiose, considerazioni, e un elogio ai giudici*, in *Giurisprudenza Italiana*, 2008;

- V. COUNTRYMAN, *Bankruptcy and the Individual Debtor – and a modest proposal to return to the seventeenth Century*, in *Catholic University Law Review*, 1983, 32;
- B. CROCE, *Il Pentamerone, ossia la fiaba delle fiabe tradotta dall'antico dialetto napoletano e corredata di note storiche*, Laterza, Bari, 1925;
- C. CROUCH, *Privatised Keynesianism: An Unacknowledged Policy Regime*, in *The British Journal of Politics and International Relations*, 11/2009;
- A. DAVOLA, *La valutazione del merito di credito del consumatore*, in *La riforma del sovraindebitamento nel codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, a cura di E. PELLECCIA E L. MODICA, Pacini giuridica, Pisa, 2020;
- D. DEFOE, *Of Bankrupts*, in *Essay upon Project* (trad. it. a cura di T. MALDONADO, Electa, Milano, 1983);
- F. DE FRANCHIS, voce “Interest” del *Law Dictionary*, Milano, 1984;
- T. DEKKER, *The Seven Deadly Sinnes Of London*, 16, Londra, 1606;
- M. DE LINZ, *Spunti critici sulle nuove procedure di sovraindebitamento e ordinamenti a confronto*, in *Dir. fall.*, 2015;
- L. DELLI PRISCOLI, *Esdebitazione: concorrenzialità del mercato e specialità della disciplina*, in *Giur. comm.*, 2012;
- C. DEL MARMOL, *La faillite dans le droit anglo-saxon*, Parigi, 1936;
- F. DI MARZIO, *Introduzione alle procedure concorsuali in rimedio del sovraindebitamento, La “nuova” composizione della crisi da sovraindebitamento*, a cura di F. Di Marzio, F. Macario, G. Terranova, Giuffrè, Milano, 2013;

- F. DI MARZIO, *Sulla composizione negoziale della crisi da sovraindebitamento*, in *Il diritto fallimentare e delle società commerciali*, 2010, I;
- F. DI MARZIO-F. MACARIO, *Autonomia negoziale e crisi di impresa*, Giuffrè, Milano, 2010;
- L. D'ORAZIO, *Profili di diritto transitorio nel nuovo concordato preventivo*, in *Quaderni di Giurisprudenza commerciale*, a cura di S. Bonfatti e G. Falcone, 282, Atti del Convegno “La riforma del diritto commerciale”, Lanciano, 10 e 11 giugno 2005, Giuffrè;
- W. DOUGLAS, *Some functional aspects of Bankruptcy*, in *Yale Law Journal*, 41, 1932;
- J. DUNS, R. MASON, *Debt Agreements Down Under*, in *Consumer Credit, Debt and Bankruptcy. Comparative and International Perspectives*, a cura di J. NIEMI, I. RAMSAY E W. C. WHITFORD, Hart Publishing, Oxford and Portland, 2009;
- G. ELGUETA ROJAS, *L'esdebitazione del debitore civile: una rilettura del rapporto Civil Law – Common Law*, in *Banca Borsa e titoli di credito*, 2012;
- A. FABBI, *Sovraindebitamento, consumer bankruptcy, discrezionalità del giudice civile*, in *Rivista dell'Esecuzione Forzata*, 2014;
- G. FALCONE, *Il trattamento normativo del sovraindebitamento del consumatore*, in *Giur. comm.*, 2015;
- G. FALCONE, *La posizione del consumatore e gli istituti esdebitatori nelle recenti evoluzioni degli ordinamenti concorsuali*, in *Dir. fall.*, 2011;

- G. FALCONE, *L'indebitamento delle famiglie e le soluzioni normative: tra misure di sostegno e liberazione dai debiti*, in S. BONFATTI-G. FALCONE (a cura di), *La ristrutturazione dei debiti civili e commerciali*, Giuffrè, Milano, 2011;
- G. FALCONE, *Prestito "responsabile" e sovraindebitamento del consumatore*, in *Dir. fall.*, 2010;
- F. FASCIANI, *Il sovraindebitamento delle famiglie*, in *Pensiero economico moderno*, 2009;
- G. FAUCEGLIA, *Revoca dell'ammissione al concordato e dichiarazione di fallimento in corso di procedura*, in *Fallimento e altre procedure concorsuali* (diretto da Fauceglia-Panzani), vol. III, Torino, 2009;
- M. FERRO, *Accesso di professionisti e imprenditori al piano del consumatore*, in *Il Fallimento e le altre procedure concorsuali*, 2016;
- G. FIANDACA ED E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, V edizione, Bologna, 2007;
- P. FIORELLI, *La tortura giudiziaria nel diritto comune*, vol. I, Giuffrè, Milano, 1953;
- F. FORCELLINI, *Sovraindebitamento e statuto dell'obbligazione pecuniaria*, in *Europa e diritto privato*, 2015, 1;
- E. FRASCAROLI SANTI, *L'esdebitazione del fallito: un premio per il fallito o un'esigenza del mercato?* in *Diritto fallimentare e delle società commerciali*, 2008;
- W. FRICK, *Laws of the Sea: with Reference to Maritime Commerce During Peace and War*, in *The North-American Review and Miscellaneous Journal*, Settembre 1818, Vol. 7, No. 21;

- F. GALGANO, *Lex mercatoria*, Bologna, Il Mulino, 2001;
- D. GALLETTI, *Insolvenza civile e “fresh start”: il problema dei coobbligati*, in *L’insolvenza del debitore civile. Dalla prigione alla liberazione*, a cura di G. PRESTI, L. STANGHELLINI, F. VELLA, in *Analisi Giuridica dell’Economia*, 2004, II;
- D. GALLETTI, *La revoca dell’ammissione al concordato preventivo*, in *Giurisprudenza commerciale*, 2009, I;
- W. M. GELDART, *Elements of English Law*, Oxford, 1943;
- L. GHIA, *L’esdebitazione. Evoluzione storica, profili sostanziali, procedurali e comparatistici*, Milano, 2008;
- L. GHIA, *L’esdebitazione. Evoluzione storica, profili sostanziali, procedurali e comparatistici*, in *Trattato di diritto delle procedure concorsuali*, Vol. II, Giappichelli, Torino, 2010;
- G. GORLA, *Un centro di studi storico-comparativi sul “Diritto Comune Europeo” presso l’Istituto di Diritto Comparato dell’Università di Roma*, in *Il Foro Italiano*, Vol. 101, parte V, 1978;
- W. D. GRAMPP, *The Liberal Elements in English Mercantilism*, in *The Quarterly Journal of Economics*, Vol. LXVI, Novembre 1952, IV;
- P. GROSSI, *Assolutismo giuridico e Diritto Privato*, Giuffrè, Milano, 1998;
- S. GUERRA, *Diurnali*, a cura di G. DE MONTEMAYOR, 1891, Napoli;
- C. G. HALLINAN, *The “Fresh Start” Policy in Consumer Bankruptcy: An Historical Inventory and An Interpretive Theory*, in *University of Richmond Law review*, Vol. 21, Issue 1, art. 4, 1986;
- E. HOBSBAWM, *Il Secolo Breve. 1914 – 1991: l’età dei cataclismi*, Biblioteca Universale Rizzoli, 1994;

- W. S. HOLDSWORTH, *A History of English Law*, Londra, 1927, VIII;
- N. HULS, U. REIFNER E T. BOURGOINIE, *Overindebtedness of Consumers in the EC member States: Facts and search for solutions*, Diegem, Louvain-la-Neuve, Kluwer Editions Juridiques Belgique; Centre de droit de la consommation, 1994;
- N. IEZZI, *Le cause di annullamento del concordato preventivo omologato e lo spettro della meritevolezza*, in *Giurisprudenza Commerciale*, 2016, VI;
- N. IEZZI, *Quanto del mercato può dirci il suo fallimento*, in *Economia e diritto dei mercati nello spazio europeo*, a cura di A. CANTARO, Cisalpino Monduzzi, Milano, 2018;
- G. IVONE, *Sugli atti di frode nel concordato preventivo*, in *Il Diritto fallimentare e delle società commerciali*, 2011, II;
- A. JORIO, *La riforma della legge fallimentare tra utopia e realtà*, in *Dir. fall.*, 2019;
- A. JORIO, *Legislazione francese. Raccomandazione della Commissione Europea, e alcune riflessioni sul diritto interno*, in *Fallimento*, 2004;
- E. KADENS, *The Pitkin Affair: A Study of Fraud in Early English Bankruptcy*, in *American Bankruptcy Law Journal*, 2010;
- D. KAHNEMAN E A. TVERSKY, *Prospect Theory: An Analysis of Decision under Risk*, in *Econometrica*, 1979, 47, II;
- A. KEAY E P. WALTON, *Insolvency Law: Corporate and Personal*, Jordan Publishing Limited, IV ed., 2003;
- K. L. KELLER e R. STAELIN, *Effects of quality and quantity of Information on Decision Effectiveness*, 14 *Journal of Consumer Research*, 1987;

- P. KOSCHAKER, *Europa und das römischen Recht*, München Berlin, 1958;
- F. LAMANNA, *Il nuovo Codice della crisi e dell'insolvenza*, II, Giuffrè, Milano, 2019;
- J. H. LANGBEIN, *The Historical Origins of the Sanction of Imprisonment for Serious Crime*, in *Journal Of Legal Studies*, V, Yale, 1976;
- A. LATTES, *Il diritto commerciale nella legislazione statutaria delle città italiane*, Hoepli, Milano, 1884;
- A. LATTES, *Il fallimento nel diritto comune e nella legislazione finanziaria della Repubblica di Venezia*, Visentin, Venezia, 1880;
- A. LATTES, *Lo Stracca giureconsulto*, in *Rivista di Diritto Commerciale*, VII, 1909, I;
- R. M. LAWLESS, A. K. LITWIN *et al.*, *Did Bankruptcy reform fail? An empirical Study of Consumer Debtors*, in *American Bankruptcy Law Journal*, 2008, 82;
- J. LE GOFF, *Lo sterco del diavolo. Il denaro nel Medioevo*, Bari, 2013;
- D. LETIZIA E F. VASSALLI, *L'esdebitazione*, in AA. VV., *Gli effetti del fallimento*. Volume III, diretto da F. VASSALLI, F. P. LUISO E E. GABRIELLI, Torino 2014;
- L. E. LEVINTHAL, *The early history of english bankruptcy*, in 67 *University of Pennsylvania Law Review*, 1918-19, Philadelphia 1918;
- S. LIVERMORE, *A treatise on the law of principal and agent and of sales by auctions*, Ballimora, 1818;
- I. LIVSHITS, J. C. MAC GEE, M. TERTILT, *The Democratization of Credit and the Rise in Consumer Bankruptcies*, in *The Review of*

- Economic Studies*, Volume 83, Issue 4, Oxford University Press, Oxford, 2016;
- M. LOBUONO-M. LORIZIO, *Credito al consumo e sovraindebitamento del consumatore, scenari economici e profili giuridici*, Giappichelli, Torino, 2007;
- G. LO CASCIO, *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, Ipsoa, Milano, 2007;
- M. LORIZIO e A. STRAMAGLIA, *Il profilo della domanda di credito al consumo. Un caso studio*, in *Credito al consumo e sovraindebitamento del consumatore. Scenari economici e profili giuridici*, a cura di M. LOBUONO E M. LORIZIO, Giappichelli, Torino, 2007;
- M. LUPOI, *Il contratto di affidamento fiduciario*, in *Trusts e attività fiduciarie*, 2012;
- A. LUSARDI-P. TUFANO, *Debt literacy, financial experiences and overindebtedness*, in *NBER Working Papers*, 14808, National Bureau of Economic Research, Inc, 2009;
- F. MACARIO, *Finalità e definizioni, La “nuova” composizione della crisi da sovraindebitamento*, a cura di F. DI MARZIO, F. MACARIO, G. TERRANOVA, Giuffrè, Milano, 2013;
- F. MACARIO, *Il percorso dell’armonizzazione nel credito al consumo: conclusione di un iter ultraventennale?* in *Rivista di Diritto Privato*, 2009;
- F. MACARIO, *L’insolvenza del debitore, crisi di impresa e autonomia negoziale nel sistema della tutela del credito*, in F. DI MARZIO-F.

- MACARIO, *Autonomia negoziale e crisi di impresa*, Giuffrè, Milano, 2010;
- F. MACARIO, *Sovraindebitamento e procedure di esdebitazione per i debitori “non fallibili”. Il completamento della riforma*, in *Osservatorio del diritto civile e commerciale*, 2012;
- F. MAIMERI, *Il quadro comunitario e le proposte italiane sul sovraindebitamento delle persone fisiche*, in *L’insolvenza del debitore civile. Dalla prigione alla liberazione*, a cura di G. PRESTI, L. STANGHELLINI, F. VELLA, in *Analisi Giuridica dell’Economia*, 2004, II;
- F. MAIMERI, *La nuova disciplina di gestione della crisi da sovraindebitamento: prime osservazioni*, in *Diritto della banca e del mercato finanziario*, 2013;
- G. MALYNES, *Consuetudo, Vel Lex Mercatoria or the Ancient Law Merchant. Divided into Three Parts, according to the Essentiall Parts of Trafficke*, Londra, 1686;
- U. MALVAGNA, *Nel focus del credito al consumo: gli oneri economici della «cessione del quinto»*, in *Rivista di diritto civile*, 2015, I;
- G. MATTARELLA, *L’inclusione finanziaria degli immigrati. La tutela finanziaria del consumatore vulnerabile nei servizi bancari*, Torino, Giappichelli, 2021;
- F. MAZZARELLA, *Fallimento, Autonomia contrattuale, impresa: itinerari e figure tra Otto e Novecento*, in *Autonomia negoziale e crisi d’impresa*, a cura di F. DI MARZIO E F. MACARIO, Giuffrè, Milano, 2010;

- I. MECATTI, *L'insolvenza del debitore civile nel Regno Unito*, in *Analisi giuridica dell'economia*, 2004, II;
- F. MIGLIORINO, *Fama e infamia. Problemi della società medievale nel pensiero giuridico dei secoli XII e XIII*, Catania, 1985;
- F. MIGLIORINO, *Mysteria concursus. Itinerari premoderni del diritto commerciale*, Catania, 1998;
- L. MODICA, *Effetti esdebitativi (nella nuova disciplina del sovraindebitamento) e favor creditoris*, in *I Contratti*, IV, 2019;
- L. MODICA, *Il piano del consumatore sovraindebitato: tentativi di riforma e prospettiva europea*, in *Europa e Diritto Privato*, 2016, III;
- L. MODICA, *La ristrutturazione dei debiti del consumatore*, in *La riforma del sovraindebitamento nel Codice della Crisi e dell'Insolvenza*, a cura di E. PELLECCIA E L. MODICA, Pisa, Pacini giuridica, 2020;
- L. MODICA, *Profili giuridici del sovraindebitamento*, Jovene, Napoli, 2012;
- L. MODICA, *Tutela del sovraindebitamento incolpevole (L. 3/2012) o sanzione per omessa verifica del merito creditizio (art. 124 TUB)? Il "piano del consumatore" in funzione punitiva*, in *Diritto Civile Contemporaneo*, Anno I, numero II, luglio/settembre 2014;
- P. MØGELVANG-HANSEN, *Adjustment of hopeless debt*, in *Consumer debt in Europe-The Birmingham declaration. Proceedings of the Third European Conference on Overindebtedness*, Birmingham 1993;

- K. NEHLSSEN VON STRYK, *Ius commune, consuetudo e arbitrium iudicis nella prassi giudiziaria veneziana*, in *Quaderni del Centro Tedesco di Studi Veneziani*, XXXI, Venezia, 1985;
- J. NIEMI-KIESILAINEN, *Consumer Bankruptcy in Comparison: Do We Cure a Market Failure or a Social Problem*, in *Osgoode Hall Law Journal*, 1999;
- A. NIGRO, *Gli organismi di composizione delle crisi da sovraindebitamento*, in *Diritto della banca e del mercato finanziario*, 2015, I;
- A. NIGRO, *Linee di tendenza delle nuove discipline di trasparenza. Dalla trasparenza alla “consulenza” nell’erogazione del credito?*, in *Atti del Convegno “Nuove regole per le relazioni tra banche e clienti. Oltre la trasparenza?”* (San Miniato, 22-23 ottobre 2010), A.A. V.V., Torino, 2010;
- A. NIGRO, *L’insolvenza delle famiglie nel diritto italiano*, in *Dir. Banca merc. fin.*, 2008;
- A. NIGRO, *“Privatizzazione” delle procedure concorsuali e ruolo delle banche*, in *Banca, Borsa e titoli di credito*, I, 2006;
- A. NIGRO E D. VATTERMOLI, *Diritto della crisi delle imprese. Le procedure concorsuali*, Bologna, Mulino, 2017;
- R. E. NISBETT, *The Dilution Effect: Nondiagnostic Information Weakens the Implications of Diagnostic Information*, 13 *Cognitive Psychology*, 1981;
- I. L. NOCERA, *Dal decoctor ergo fraudator alla composizione negoziale dell’insolvenza: il “viaggio” dell’autonomia privata nel diritto fallimentare*, in *IANUS*, 2013;

- G. M. NONNO, in *Sovraindebitamento e usura*, a cura di M. FERRO, Milano, IPSOA, 2012;
- E. NORELLI, *L'esdebitazione*, in *La tutela dei diritti nella riforma fallimentare – Scritti in onore di Giovanni Lo Cascio*, a cura di M. FABIANI E A. PATTI, Ipsoa, Milano, 2006;
- G. NUZZO, *Il debito e la storia: dalla colpa alla fisiologia dell'insolvenza*, in *Riv. dir. comm.*, 2017;
- S. PACCHI, *Il sovraindebitamento. Il regime italiano*, in *Riv. dir. comm.*, 2012;
- S. PACCHI, *I procedimenti concorsuali per la crisi da sovraindebitamento*, in *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, Vol. III, Padova, Wolters Kluwer CEDAM, 2014;
- S. PACCHI, *La composizione del sovraindebitamento nella L 3 del 2012*, in *Studi senesi*, 2013;
- S. PACCHI, *La ristrutturazione dei debiti del consumatore, La riforma del sovraindebitamento nel codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*;
- S. PACCHI PESUCCI, *Dalla meritevolezza dell'imprenditore alla meritevolezza del complesso aziendale*, Milano, 1989;
- P. PACILEO, *Il sovraindebitamento del debitore civile. Analisi comparata dei principali modelli europei*, Giappichelli, Torino, 2018;
- S. PAGLIANTINI, *Il Neoformalismo contrattuale dopo i d.lgs. 141/2010, 79/2011 e la Direttiva 2011/83/UE: una nozione (già) Vieille Renouvelée*, in *Persona e Mercato*, IV, 2011;
- L. PANZANI, *Il ruolo del giudice e degli organismi di composizione della crisi nelle procedure*, in *Studi senesi*, 2013;

- L. PANZANI, *La composizione delle crisi da sovraindebitamento dopo il d.l. 179/2012*, in *Il nuovo Diritto delle società*, 2012;
- L. PANZANI, *L'esdebitazione*, in *Trattato delle procedure concorsuali*, a cura di A. JORIO E B. SASSANIO, III, Milano, 2016;
- G. PARISI, *Nullità del precetto per mancanza dell'avvertimento relativo alla procedura da sovraindebitamento*, in *Il diritto fallimentare e delle società commerciali*, 2016, III-IV;
- F. PASQUARIELLO, Sub art. 12 bis, in *Commentario breve alla legge fallimentare*, a cura di A. MAFFEI ALBERTI, VI edizione, CEDAM, Padova, 2013;
- F. PASQUARIELLO, *La Cassazione delinea il profilo del consumatore sovraindebitato*, in *Il Fallimento e le altre procedure concorsuali*, 2016;
- F. PASQUARIELLO, *L'accesso del socio alle procedure di sovraindebitamento: una grave lacuna normativa*, in *Il Fallimento e le altre procedure concorsuali*, II/2017;
- F. PASQUARIELLO, *Le procedure di sovraindebitamento alla vigilia di una riforma*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 2018, III;
- F. PASQUARIELLO E M. RANIELI, *L'omologazione del piano del consumatore*, in *Giurisprudenza Commerciale*, 2020, II;
- F. P. PATTI, *L'educazione finanziaria e la direttiva 2014/17/UE (sui contratti di credito ai consumatori relativi a beni immobili residenziali)*, in *Contratto e impresa*, 2015;
- C. PECORELLA E U. GUALAZZINI, voce *Fallimento*, in *Enciclopedia del Diritto*, XVI, Giuffrè, Milano, 1967;

- E. PELLECCCHIA, *Brevi note sulla modifica dell'art. 480 c.p.c.: obbligo di inserire nel precetto l'informativa al debitore sulla possibilità di fare ricorso alle procedure di composizione delle crisi di sovraindebitamento*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 2015;
- E. PELLECCCHIA, *Chi è il consumatore sovraindebitato? Aperture e chiusure giurisprudenziali*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2016;
- E. PELLECCCHIA, *Composizione delle crisi da sovraindebitamento: il "Piano del consumatore" al vaglio della giurisprudenza, nota a sentenze Trib. Pistoia 27 dicembre 2013 e 28 febbraio 2014*, in *Diritto Civile Contemporaneo*, I, II;
- E. PELLECCCHIA, *Dall'insolvenza al sovraindebitamento. Interesse del debitore alla liberazione e ristrutturazione dei debiti*, Giappichelli, Torino, 2012;
- E. PELLECCCHIA, *Il presupposto oggettivo: il sovraindebitamento*, in *La riforma del sovraindebitamento nel codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, a cura di E. PELLECCCHIA E L. MODICA, Pacini Giuridica, Pisa, 2020;
- E. PELLECCCHIA, *Il sovraindebitamento del consumatore: esperienze legislative a confronto*, in *Riv. critica dir. privato*, 2012;
- E. PELLECCCHIA, *La composizione delle crisi da sovraindebitamento*, in *N.I.c.c.*, 2013;
- E. PELLECCCHIA, *L'obbligo di verifica del merito creditizio dei consumatori: spunti di riflessione per un nuovo modo di guardare alla "contrattazione con l'insolvente"*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 2014;

- E. PELLECCIA, *Primi provvedimenti sulle procedure di composizione delle crisi da sovraindebitamento: in particolare, il piano del consumatore*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2014;
- G. S. PENE VIDARI, *Aspetti iniziali ed editoriali della trattatistica mercantile e assicurativa*, in *Le matrici del diritto commerciale tra storia e tendenze evolutive*, a cura di S. ROSSI E C. STORTI, *Atti del convegno*, Como, 18 e 19 ottobre 2007, Varese, 2009;
- G. S. PENE VIDARI, *Benvenuto Stracca, il diritto dei mercanti e il diritto comune*, in *Atti del Convegno "Benvenuto Stracca. Ex antiquitate renascor"*, Ancona, 22 febbraio 2013, Editrice Gabbiano, Ancona, 2013;
- P. PERLINGIERI, *Manuale di diritto civile*, Napoli, 2000;
- A. M. PERRINO, *Sovraindebitamento e discharge: suggestioni, illusioni e pentimenti*, in *Il Foro italiano*, 2015, I;
- A. PERTILE, *Storia del diritto italiano*, VI-II, Torino, 1902;
- V. PIERGIOVANNI, *Il diritto dei mercanti e la dottrina giuridica in età moderna. Considerazioni comparative tra Benvenuto Stracca e Gerard Malynes*, in *Relations between the ius commune and English Law*, R. H. HELMHOLZ e V. PIERGIOVANNI (a cura di), Soveria Mannelli, 2009;
- V. PIERGIOVANNI, *Il Tractatus "De Nautis, Navibus et Navigatione" di Benvenuto Stracca*, in *Atti del Convegno "Benvenuto Stracca. Ex antiquitate renascor"*, Ancona, 22 febbraio 2013, Editrice Gabbiano, Ancona, 2013;
- V. PIERGIOVANNI, *Riflessioni della scienza commercialistica sul fallimento tra Medioevo ed Età Moderna*, in *La giurisdizione*

- fallimentare. Modelli dottrinali e prassi locali tra basso medioevo ed Età moderna*, a cura di A. LEGNANI ANNICHINI E N. SARTI, BUP, Bologna, 2010;
- A. PISANI MASSAMORMILE, *La crisi del soggetto non fallibile*, Torino, Giappichelli, 2016
- V. POLACCO, *Opere minori*, parte I, *Problemi di Legislazione*, Università degli studi, Modena, 1928;
- P. PORRECA, *L'insolvenza civile*, in *Le riforme della legge fallimentare*, a cura di A. DIDONE, Torino, 2009, vol. II;
- G. B. PORTALE, *Dalla pietra del vituperio alle nuove concezioni del fallimento e delle altre procedure concorsuali*, in *Autonomia negoziale e crisi d'impresa*, a cura di F. DI MARZIO e F. MACARIO, Giuffrè, Milano, 2010;
- G. PRESTI, *Nuovi strumenti per il credito al consumo: le carte revolving*, in *Le Società*, 2007;
- R. PROVINCIALI, *Trattato di diritto fallimentare*, I, Giuffrè, Milano, 1974;
- F. QUARTA, *Il credito ai consumatori tra contratto e mercato. Percorsi di studio tra contratto e mercato*, Napoli, 2020;
- M. QUARTU, E. ROSSI, *Dizionario dei modi di dire*, Hoepli, Milano, 2012;
- M. QUILTER, *Bankruptcy and Order*, in *Monash University Law Review*, 39, I, 2013;
- M. QUILTER, *Daniel Defoe: Bankrupt and Bankruptcy Reformer*, in *The Journal of Legal History*, 25, 1, 2006;

- M. QUITTNER, *Overview: history of the bankruptcy Code and prior bankruptcy laws*, in AA. VV., *Basics of Bankruptcy and reorganization*, New York, 1991;
- M. RADIN, *Discharge in Bankruptcy*, in *New York University Law Quarterly Review* IX, 9, 1931;
- I. RAMSAY, *Bankruptcy in Transition: the case of England and Wales*, in *Consumer Bankruptcy in Global Perspective*, a cura di J. NIEMI, I. RAMSAY E W. C. WHITFORD, Hart Publishing, Oxford and Portland, 2003;
- I. RAMSAY, *Models of Consumer Bankruptcy: Implications for Research and Policy*, in *Journal of Consumer Policy*, 1997, 20, II;
- I. RAMSAY, *Personal Insolvency in the 21st century. A Comparative Analysis of the US and Europe*, Hart Publishing, Oxford, 2017;
- U. REIFNER, J. NIEMI-KIESILÄINEN, N. HULS E H. SPRINGENEER, *Consumer Overindebtedness and consumer law in the European Union – Final report to European Commission*, 2003;
- G. REZASCO, *Dizionario del linguaggio italiano storico ed amministrativo*, Firenze, 1881;
- S. A. RIESENFELD, *The Evolution of Modern Bankruptcy Laws – A Comparison of the Recent Bankruptcy Acts of Italy and The United States*, in *Minnesota Law Review*, 31, 1947;
- E. RIGHINI, *Behavioural Law and Economics. Problemi di policy, assetti normativi e di vigilanza*, Milano, 2012;
- E. RIGHINI, *Educazione finanziaria. Uno strumento per cittadini, risparmiatori e mercati*, Milano 2019;
- A. ROCCO, *Il Fallimento*, Bocca, Milano Torino Roma, 1917;

- G. ROSSI, *Il fallimento nel diritto americano*, Padova, 1956;
- GIAMPIERO RUSSOTTO, Il merito creditizio e la meritevolezza ex art. 12 co. 3, l. 3/2012, 19 febbraio 2021, www.ilcaso.it
- U. SANTARELLI, *Mercanti e società tra Mercanti*, Giappichelli, Torino, 1998;
- U. SANTARELLI, *Per la storia del fallimento nelle legislazioni italiane dell'Età intermedia*, CEDAM, Padova, 1964;
- V. SANTORO, *Sub art. 142*, in *La legge fallimentare dopo la riforma*, tomo II, a cura di A. NIGRO, M. SANDULLI E V. SANTORO, Giappichelli, Torino, 2010;
- G. SCARSELLI, *La esdebitazione della nuova legge fallimentare*, in *Diritto Fallimentare e delle società commerciali*, 2007;
- A. SGANGA, *L'esdebitazione del sovraindebitato. Profili generali*, in *La riforma del sovraindebitamento nel codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, a cura di E. PELLECCIA E L. MODICA, Pisa, Pacini Giuridica, 2020;
- C. P. SHERMAN, *Roman Law in the modern world*, *New Haven Law Book*, 1922;
- M. SHINAGEL, *Daniel Defoe and Middle-Class Gentility*, Harvard University Press, Cambridge, 1968;
- A. SIMIONATO, *Prime note in tema di valutazione del merito creditizio del consumatore nella direttiva 2008/48/CE*, in *La nuova disciplina europea del credito al consumo*, a cura di G. DE CRISTOFARO, Giappichelli, 2009;
- P. SIMONCELLI E A. AUBERT, *Storia Moderna. Dalla formazione degli Stati nazionali alle egemonie internazionali*, Cacucci, Bari, 2001;

- D. A. SKEEL JR., *Debt's dominion – A History of Bankruptcy Law In America*, Princeton e Oxford, 2001;
- D. A. SKEEL JR., *Vern Countryman and the Path of Progressive (and Populist) Bankruptcy Scholarship*, in *Harvard Law Review*, 2000, 113;
- N. SOLDATI, *Tutela del consumatore e procedure di sovraindebitamento*, Giappichelli, Torino, 2019;
- D. SPAGNUOLO, *L'insolvenza del consumatore*, in *Contratto e impresa*, 2008;
- M. SPIOTTA, *Riflessioni sulle deroghe al codice civile contenute nella legge fallimentare*, in *Giurisprudenza italiana*, 2016;
- L. STANGHELLINI, “Fresh start”: implicazioni di “policy”, in *L'insolvenza del debitore civile dalla prigione alla riabilitazione*, a cura di G. Presti, L. Stanghellini e F. Vella, *Analisi Giuridica dell'Economia*, II, dicembre 2004;
- L. STANGHELLINI, *Genesi e logica della legge fallimentare del 1942*, in *La cultura negli anni '30*, a cura di G. MORBIDELLI, Passigli, Firenze, 2014;
- L. STANGHELLINI, *Il credito “irresponsabile” alle imprese e ai privati: profili generali e tecniche di tutela*, in *Le Società*, 2007;
- L. STANGHELLINI, *La proposta di direttiva UE in materia di insolvenza*, in *Fallimento*, 2017;
- L. STANGHELLINI, *L'insolvenza del debitore civile dalla prigione alla liberazione*, in *Analisi Giuridica dell'Economia*, a cura di G. PRESTI, L. STANGHELLINI, F. VELLA, Bologna, 2004;

- G. J. STIGLER, *Asymmetric Information in Credit Markets and its Implication for Macroeconomics*, in *Oxford Economic Papers*, IV, 44, 1992;
- G. J. STIGLER, *Mercato, informazione, Regolamentazione*, Mulino, Bologna, 1994;
- M. H. STOCKS e A. HARREL, *The Impact of an Increase in Accounting Information Level on the Judgment of Individuals and Groups*, in *Accounting, Organizations and Society*, 1995;
- T. A. SULLIVAN, E. WARREN, J. L. WESTBROOK, *Limiting access to bankruptcy discharge: an analysis of the creditor's data*, in *Wisconsin Law Review*, 1983;
- T. A. SULLIVAN, E. WARREN, J. L. WESTBROOK, *The fragile middleclass - Americans in debt*, New Haven e Londra, 2000;
- C. R. SUNSTEIN, *Boundedly Rational Borrowing*, in *University of Chicago Law Review*, 2006, 73;
- C. J. TABB, *The Historical Evolution of the Bankruptcy Discharge*, in *American Bankruptcy Law Journal* 65, NCBJ, 1991;
- C. J. TABB, *The scope of the fresh start in bankruptcy: collateral conversions and the dischargeability debate*, in *59 George Washington L. Rev.*, 1990;
- G.U. TEDESCHI, *Il patrimonio fallimentare. Gli effetti personali. Gli atti pregiudizievoli ai creditori. I rapporti giuridici preesistenti*, in *Trattato di Diritto privato*, a cura di P. RESCIGNO, vol. XVI, II, Utet, 2011;

- R. H. THALER, *Doing Economics without Homo Economicus*, in *Foundations of Research in Economics: How do Economists do Economics?* Cheltenham (UK) e Northampton (USA), 1996.
- R. H. THALER, *Mental accounting and Consumer choice*, in *Marketing Science*, 1985, 4, III.
- R. H. THALER, *Mental accounting matters*, in *Journal of Behavioral Decision Making*, 1999, 12, III.
- R. H. THALER, *Saving, fungibility and mental accounts*, in *Journal of Economic Perspectives*, 1990.
- I. TREIMAN, *Escaping the Creditors in the Middle Ages*, in 43 *Law Quarterly Review*, Oxford, 1927.
- F. C. T. TUDSBERY, *Law merchant and the common law*, in 34 *Law Quarterly review*, Oxford, 1918.
- D. VATTERMOLI, *L'esdebitazione tra presente e futuro*, in *Rivista del Diritto commerciale*, 2018, III;
- G. VISINTINI, *Persona giuridica e stati soggettivi rilevanti*, in *Giurisprudenza italiana*, 1969, I, 2, c. 259;
- C. VIVANTE, *Il fallimento civile*, in appendice al *Trattato di diritto commerciale*, I, Vallardi, Milano, 1911;
- E. WARREN, *The Phantom \$400*, in *Journal of Bankruptcy Law and Practice*, 2004, 13, II.
- R. WEISBERG, *Commercial Morality, the Merchant Character, and the History of the Voidable Preference*, in *Stanford Law Review*, Vol. 39, I, XI, 1986.
- T. WILHELMSSON, *Wirtschaftliche Unmöglichkeit aus sozialen Gründen — eine neue Rechtsfigur in den Nordischen Staaten*,

- tradotto in *Social force majeure – A new concept in Nordic consumer law*, in *Journal of Consumer Policy*, 13, 1-14, 1990.
- V. ZAMAGNI, *Dalla rivoluzione industriale all'integrazione europea: breve storia economica dell'Europa contemporanea*, Bologna 1999;
- V. ZAMAGNI, *Introduzione alla storia economica d'Italia*, Bologna 2005;
- V. ZAMAGNI, *L'economia italiana nell'età della globalizzazione*, Bologna 2018;
- G. ZANARONE, *Il requisito della "meritevolezza" nel concordato preventivo di società*, Milano, 1974;
- G. ZORDAN, *L'ordinamento giuridico veneziano - lezioni di storia del diritto veneziano*, Padova, 1980

SITOGRAFIA

- S. AMBROSINI, *Gli atti di frode nel concordato preventivo. Un tema sempre attuale (e scivoloso)*, in http://www.ilcaso.it/articoli/crisi.php?id_cont=1112.php;
- R. BROGI, *Codice della crisi d'impresa: requisiti oggettivi e soggettivi del sovraindebitamento*, in <http://www.quotidianogiuridico.it>;
- P. F. CENSONI, *La controriforma della disciplina del concordato preventivo*, <https://blog.ilcaso.it/libreriaFile/1015.pdf>;
- P. F. CENSONI, *La revoca dell'ammissione al concordato preventivo dopo le riforme della legge fallimentare*, documento n. 336/2012 della Sezione II – Dottrina e documenti, https://blog.ilcaso.it/news_458/22-01-13/La_revoca_dell%203039%3Bammissione_al_concordato_preventivo_dopo_le_riforme_della_legge_fallimentare
- J. DAGNES, *Finanza e vita quotidiana: la finanziarizzazione delle famiglie italiane*, in “Quaderni di Sociologia”, 76/2018, pp. 35-56, consultato on line in “Open Edition Journals”, <https://journals.openedition.org/qds/1873-bodyf1n15>;
- D. D'ANGELO, S. SENNI, *Le recenti novità sul microcredito, un possibile strumento a favore dello sviluppo rurale*, in *Agriregionieuropa*, 11/42, Settembre 2015, consultato su <https://agrireregionieuropa.univpm.it/it/content/article/31/42/le-recenti-novita-sul-microcredito-un-possibile-strumento-favore-dello>.

- A. GHEDINI E M. L. RUSSOTTO, *La meritevolezza del debitore: ieri, oggi e domani*, in *Crisi d'Impresa e Insolvenza*, disponibile su www.ilcaso.it, 18 febbraio 2021;
- F. DI MARZIO, *Dal ceppo della vergogna alle soluzioni concordate della crisi di impresa. Nota apologetica sul nuovo diritto fallimentare*, in *Il caso.it*, 2012;
- F. DI MARZIO, www.ilfallimentarista.it, 21/12/2012, par. 7 e 8;
- A. DOLMETTA, *Sulle carte di credito revolving*, in *ilcaso.it*, 2010;
- F. LAMANNA, *Speciale Decreto sviluppo bis – Composizione delle crisi da sovraindebitamento: poteri e funzione del Tribunale*, in www.ilfallimentarista.it, 21 dicembre 2012;
- G. LIMITONE, *Accesso alla procedura di sovraindebitamento del socio illimitatamente responsabile*, in www.ilfallimentarista.it, 2014;
- G. LIMITONE, *Il concetto di colpa nella legge n. 3/2012 sul sovraindebitamento del consumatore*, in *Crisi d'Impresa e Fallimento*, www.ilcaso.it, 7 marzo 2016;
- G. LIMITONE, *La forza maggiore nel giudizio sull'insolvenza*, 2 aprile 2020, www.ilcaso.it;
- G. LIMITONE, *Meritevolezza, shock esogeno (eventi imprevedibili) e merito creditizio*, Nota a Trib. Livorno 6 novembre 2020, *Crisi d'Impresa e Fallimento*, www.ilcaso.it, 2 dicembre 2020;
- G. LIMITONE, *Postilla sulla colpa nella legge n. 3/2012 sul sovraindebitamento del consumatore e la proposta della Commissione Rordorf*, in *Crisi d'Impresa e Fallimento*, www.ilcaso.it, 23 settembre 2016;

- Z. T. LOFRANCO, *La “finanziarizzazione del quotidiano”: per un’analisi situata del debito dopo la crisi*, in “Dada Rivista di Antropologia post-globale, speciale n. 1, 2018, Debito e dono”,
<http://www.dadarivista.com/Singoli-articoli/Dada-speciale-1-2018/o8.pdf>;
- F. MAROTTA, *L’armonizzazione europea delle discipline nazionali in materia di insolvenza: la nuova Direttiva europea riguardante i quadri di ristrutturazione preventiva, la seconda opportunità e le misure volte ad aumentare l’efficacia delle procedure di ristrutturazione*, www.ilcaso.it, in *Crisi d’Impresa e Insolvenza*, 17 aprile 2019, ultima visita 5 maggio 2021;
- F. MIGLIORINO, voce “*Diritto mercantile*”, in enciclopedia Treccani on line, https://www.treccani.it/enciclopedia/diritto-mercantile_%28Il-Contributo-italiano-alla-storia-del-Pensiero:-Diritto%29/
- S. PACCHI, *L’impatto del virus Corona-19 sul diritto della crisi*, in *Prisma Juridico*, 19, II, luglio-dicembre 2020, p. 319 e ss.
www.revistaprisma.org.br
- A. PESSOLANO, *Art. 173 l.f.: la spia della legalità*,
https://www.osservatorio-oci.org/index.php?option=com_phocadownload&view=categor&id=208&Itemid=885
- D. RENDLEMAN, *The Bankruptcy Discharge: Toward a Fresher Start*, 58, *North Carolina Law Review*, 1980, p. 732,
<https://scholarlycommons.law.wlu.edu/wlufac/365/>

- E. SABATELLI, *Prime osservazioni su una disciplina in itinere: la composizione delle crisi da sovraindebitamento del consumatore*, www.ilFallimentarista.it, 7/11/2012, par. 5;
- L. STANGHELLINI, *Una rivoluzione per l'indebitamento dei privati*, www.lavoce.info;
<http://www.dadarivista.com/Singoli-articoli/Dada-speciale-1-2018/08.pdf>;
<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32014H0135&from=IT>;
<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=CELEX:32014L0017>;
<https://www.historyofparliamentonline.org/volume/1690-1715/survey/appendix-xvi-merchants-and-financiers>;
<https://journals.openedition.org/qds/1873#bodyfn15>;
<https://osservatoriosuicidi.unilink.it/sei-anni-2012-2017/>;
<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/236/549/>;
<https://www.uscourts.gov/services-forms/bankruptcy/bankruptcybasics/chapter-7-bankruptcy-basics>.
<https://www.revistaprisma.org.br>

INDICE DELLE PRONUNCE GIURISPRUDENZIALI

- Pret. Macerata 7 giugno 1988, in *Giustizia Civile*, 1988, I, p. 452
- CGUE 27 marzo 2014, n. C-565/12, *Le Credit Lyonnais SA*
- CGUE, Sez. II, 7 aprile 2016, n. C-546/14
- App. Bologna, 16 ottobre 1962, in *Dir. Fall.*, 1962, II, p. 884;
- Cass. Civ., Sez. I, 14 settembre 2016, n. 18090;
- Cass. 11 marzo 1981, n. 1389;
- Cass. 24 febbraio 1999, n. 1574;
- Cass. 29 marzo 1999, n. 2956, in *Giurisprudenza Italiana*, 1999;
- Cass., 23 novembre 1999, n. 12994, in *Massimario Giurisprudenza Italiana.*, 1999;
- Cass., 10 febbraio 2006, n. 2972, in *Fall.*, 2006, 849;
- Cass., 23 maggio 2008, n. 13419, in *Fall.*, 2008, 1470;
- Cass. 17038/2011;
- Cass. 23387/2013;
- Cass. 9050/2014;
- Cass. 17191/2014;
- Cass. 3409/2016;
- Cass. 5689/2017;
- Cass. 26429/2017;
- Cass. 7379/2018;
- Cass. 16856/2018;
- Cass. 1° febbraio 2016, n. 1869, in *Il Fallimento e le altre procedure concorsuali*, 2016;

- Cass. Sez. I civile, 1° luglio 1948, n. 1049;
- Cass. Sez. I civ., 9 maggio 2013, n. 11014, in *Il Fallimento e le altre procedure concorsuali*, 2014;
- Cass. Sez. Un. 19 dicembre 2007, n. 26725, in *Giurisprudenza Italiana*, 2008;
- Cass. SS. UU., 27 dicembre 2016, n. 26988, in *Il Fallimento e le altre procedure concorsuali*, 2017, p. 265, con nota di M. FERRO;
- CGUE 27 marzo 2014, n. C-565/12, *Le Credit Lyonnais SA*, consultabile su www.curia.europa.eu,
- CGUE, Sez. II, 7 aprile 2016, n. C-546/14, in *Il Fallimento e le altre procedure concorsuali*, 2016, 1003 e ss., con nota di E. STASI;
- Corte Cost. 16 giugno 1970, n. 94, in *Il Foro italiano*, 1970, I, c. 1857;
- Pret. Macerata 7 giugno 1988, in *Giustizia Civile*, 1988, I, p. 452;
- Trib. Arezzo, 23 aprile 2013;
- Trib. Ascoli Piceno 4 aprile 2014, disponibile in www.ilcaso.it,
- Trib. Avellino, 3 marzo 2021
- Trib. Bergamo 16 dicembre 2014, www.ilfallimentarista.it;
- Trib. Catania, 17 giugno 2014;
- Trib. Larino, 24 maggio 2016;
- Trib. Macerata, 24 maggio 2018;
- Trib. Milano, 16 maggio 2015, *Il Caso*, sez. giur. 13047;
- Trib. Milano, 18 agosto 2016;
- Trib. Napoli, 12 ottobre 2016, In *Giurisprudenza Italiana*, VII, 2017;
- Trib. Napoli, 21 ottobre 2020;
- Trib. Napoli 27 ottobre 2020;
- Trib. Napoli Nord, 21 dicembre 2018;

- Trib. Napoli Nord, 6 febbraio 2020, disponibile su www.ilcaso.it,
Trib. Padova, 13 aprile 2018;
Trib. Pistoia 27 dicembre 2012;
Trib. Pistoia, 27 dicembre 2013;
Trib. Pistoia, 28 febbraio 2014, in Foro it., 2015, I, p. 315;
Trib. Reggio Emilia 24 giugno 2016, [il.caso.it](http://ilcaso.it), sez. giur. 15499
Trib. Reggio Emilia 11 marzo 2015, [il.caso.it](http://ilcaso.it), sez. giur. 12285;
Trib. Roma 19 gennaio 2016;
Trib. Rovigo, 13 dicembre 2016;
Trib. Santa Maria Capua Vetere, 14 febbraio 2017;
Trib. Santa Maria Capua Vetere, 2 dicembre 2020, su www.ilcaso.it,
Trib. Udine, 4 gennaio 2017;
Trib. Verona, 9 maggio 2018;
Trib. Vicenza, 24 settembre 2020.