

Disposizioni urgenti in materia di composizione delle crisi da sovraindebitamento e disciplina del processo civile

D.L. n.212 del 22/12/2011

Brevi note illustrative

(Audizione Comm.Giust. Senato – 4 gennaio 2012)

Disposizioni in materia di composizione delle crisi da sovraindebitamento (artt. 1 – 12)

a cura dell'avv.Pasquale Barile (Dir.Naz.ANF)

Considerazioni generali

Il decreto legge n. 212/2011 è un apprezzabile tentativo del Legislatore volto a coniugare l'effettività del credito (ovvero il suo celere realizzo anche attraverso il ricorso ad organismi esterni alla Giurisdizione) con il favor debitoris (o per lo meno di due particolari categorie di debitori, i consumatori e le piccole imprese non assoggettabili a fallimento) nel periodo di grave crisi economica che il Paese sta attraversando.

Analogo apprezzamento va manifestato per gli effetti, in termini di maggiori opportunità di lavoro, che tale normativa avrà per le categorie professionali che saranno direttamente e maggiormente interessate da tale nuovo istituto (avvocati, commercialisti, notai ed esperti contabili ed organismi di



composizione della crisi in genere, per la gran parte costituiti da detti professionisti).

Di ciò va dato doverosamente atto al Legislatore.

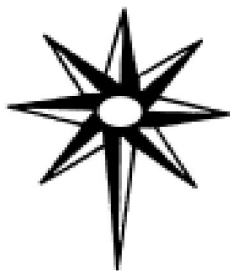
Ciò nondimeno, con spirito assolutamente costruttivo, è opportuno soffermare l'attenzione su alcuni aspetti critici di tale nuova normativa che, a parere di chi scrive, possono vanificare in gran parte i lodevoli intenti del Legislatore; criticità che attengono essenzialmente in parte al contenuto del piano di esdebitazione e, per la gran parte, al complesso iter procedimentale previsto, invero mutuato dal diritto fallimentare e forse anche reso più farraginoso dell'analogo procedimento previsto dalla normativa fallimentare, sebbene - tra le due procedure - in comune vi sia solo la finalità di agevolare la definizione della crisi patrimoniale con soluzioni alternative rispetto a quelle classiche.

Il contenuto della proposta – il soddisfacimento dei creditori “forti”.

Per una efficace applicazione di questo nuovo istituto, considerato che esso si rivolge ai consumatori ed alle piccole imprese non assoggettabili a fallimento, occorre partire da una semplice constatazione di fatto, facilmente desumibile dall'esame statistico delle procedure esecutive pendenti e, in particolare, di quelle immobiliari (visto che difficilmente le esecuzioni mobiliari sortiscono l'effetto di un utile soddisfacimento del creditore procedente).

Trattasi di procedimenti espropriativi per la gran parte promossi dal ceto bancario e dalle società finanziarie per mutui casa o crediti al consumo.

Orbene, su tali presupposti, occorre forse una impostazione di fondo più



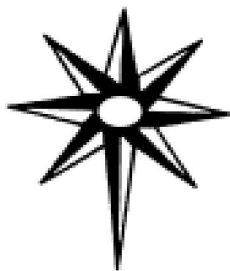
coraggiosa da parte del legislatore. E difatti: che senso ha prevedere l'astratta possibilità di un piano di esdebitazione laddove - al pari di quanto accade nella analoga procedura prefallimentare - devono essere necessariamente soddisfatti per l'intero tutti i creditori privilegiati o con garanzie reali, a meno che essi non rinunzino espressamente a quella parte di privilegio eventualmente sottoposta a falcidia concorsuale?

In altri termini: se una banca o una società finanziaria hanno una ipoteca (quasi sempre di primo grado) su un immobile, che vantaggio avrebbero a rinunciare a parte del proprio credito (e quindi a quella parte corrispondente di garanzia e/o di privilegio), tenuto conto altresì che, al contempo, esse devono attendere come tutti l'esito delle procedure di liquidazione dell'attivo???

E' di solare evidenza che, nel caso di un consumatore o di un piccolo imprenditore che spesso hanno, come unica possibilità di soddisfacimento del ceto dei creditori, la propria abitazione o la propria bottega, la mancata disponibilità del creditore "forte" ad una definizione "concorsuale" vanificherà del tutto la finalità dell'istituto.

Ed allora, forse, per dare concrete chances a tale nuova opportunità, sarebbe forse il caso di prevedere l'effetto vincolante (entro certi limiti) del piano di ristrutturazione anche nei confronti di quei creditori forti, senza necessità della loro adesione, ad esempio:

- a) nel caso in cui il piano preveda e garantisca comunque il soddisfacimento di una percentuale minima determinata ex lege del credito privilegiato (ad es. 70-80%), laddove si potrebbe prevedere l'adesione del creditore privilegiato solo per falcidie superiori, ovvero
- b) nel caso di pagamento integrale della sola sorte capitale del credito privilegiato rimasto insoluto ovvero ancora
- c) la depurazione del credito dagli effetti perversi della ricapitalizzazione



e degli interessi ultralegali, tenuto conto che, specie con riferimento agli istituti finanziari, i saggi di interessi spesso sono tuttora elevatissimi per il credito ai consumatori (cfr. tabelle dei tassi soglia ai fini anti usura -'ultima rilevazione relativa al IV trimestre 201, che prevede un tasso soglia minimo del 12.98% per i leasing sino a giungere ad un massimo addirittura del 25.34% per i crediti “revolving” – Sic!!!!!!)

In altri termini: per dare concreta attuazione all'intento del Legislatore è necessario creare anche presupposti tali da rendere disincentivante il comportamento di chi, forte della propria posizione creditoria, si può permettere di restare alla finestra e, ciò nonostante, essere integralmente soddisfatto.

Il procedimento. (artt. da 4 a 9)

L'intero impianto procedimentale non è chiaro in quanto non specifica senza ombra di dubbio se vi è obbligatorietà o meno, propedeuticità o meno, del ricorso agli organismi di composizione, né indica con precisione compiti e limiti di questi ultimi, che - a quanto pare – sembrerebbero chiamati in realtà ad una mera funzione di supporto del Giudice.

In ogni caso l'intero iter procedimentale crea comunque una sovrapposizione e/o un incrocio di ruoli e di competenze nonché un inutile “ping pong” tra Giudice e Organismi di Composizione, che sicuramente non renderà il ricorso a tali procedure particolarmente appetibili, a meno che non si tratti di “grandi” debitori” (statisticamente una percentuale insignificante, considerati i destinatari di tale procedura agevolativa) ovvero i “cattivi” pagatori, che potranno invece approfittare delle pieghe di tale farraginoso procedimento per dilatare a dismisura i tempi di pagamento .



L'iter procedimentale, infatti, si può così riassumere brevemente:

Il debitore deposita ricorso al Tribunale che, esaminata la proposta, fissa una udienza (per far che???? solo per sospendere le esecuzioni in corso?), dispone le forme di pubblicità, ordina le comunicazioni ai creditori e la sospensione delle procedure esecutive .

Dopo di ciò i creditori però votano presso l'organismo di composizione (individuato da chi????) i quali a loro volta dovranno designare il compositore/conciliatore;

Ed ancora: l'organismo di composizione comunica l'esito della proposta ai creditori, poi ritrasmette la relazione al giudice con l'attestazione della fattibilità del piano, il giudice omologa l'accordo e se necessario nomina il liquidatore (cfr. art. 8); nel frattempo però l'organismo di composizione è chiamato a risolvere le difficoltà di esecuzione dell'accordo (attività, questa, che forse, a differenza delle altre, dovrebbe invece essere rimessa al giudice); il giudice infine (sempre art. 8), sentito il liquidatore e verificata la conformità dell'atto dispositivo, autorizza lo svincolo delle somme e ordina la cancellazione delle formalità pregiudizievoli.

Un estenuante “ping pong”, dicevamo, che, a tacer d'altro, dilaterà a dismisura i tempi di procedura e creerà non poche difficoltà interpretative per i motivi innanzi evidenziati, con conseguente ingolfamento degli Organi Giurisdizionali.

Considerato che la media conciliazione è legge, che essa si applica anche a materie delicate e senza limiti di competenza per valore, e che da tempo vi è una deliberata volontà del Legislatore di “privatizzare” la Giustizia civile, o quanto meno settori della stessa, miglior sarebbe stato prevedere una procedura più snella in assoluta analogia con quella prevista per la media

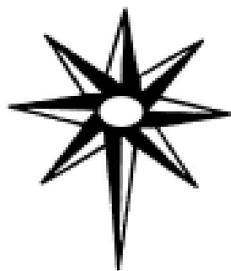


conciliazione obbligatoria: ricorso all'organismo con allegazione di tutta la documentazione prevista dall'art. 4, commi III e IV, tempi tecnici perentori di esaurimento del procedimento, delega all'organismo di quelle attività effettive di composizione amichevole, obbligatorietà degli effetti della proposta anche ai creditori non intervenuti se la proposta viene approvata da maggioranze qualificate, Giudice che interviene, al pari della media conciliazione, solo per il decreto di omologazione emesso in assenza di contraddittorio tra le parti, a meno che non vi siano opposizioni sulle quali sarebbe chiamato a decidere con il rito camerale. Del pari al Giudice si dovrebbe demandare la decisione sulla risoluzione del concordato.

Taluni effetti del piano di esdebitazione.

L'art. 6.3 poi pone seri problemi in termini di convenienza, di fattibilità del piano di ristrutturazione e di tutela dei garanti e/o obbligati e, ragionevolmente, presenta sin da ora anche taluni profili di incostituzionalità. E difatti: una volta assicurata ai creditori, con l'esdebitazione del debitore, la possibilità di recupero nei confronti dei coobbligati, non è revocabile in dubbio che il diritto di questi ultimi al regresso, una volta escussi per la parte di credito non soddisfatta dal debitore principale, potrebbe essere del tutto pregiudicato atteso che quest'ultimo, al termine del procedimento di ristrutturazione, resterà oggettivamente impossidente.

E, quindi, delle due l'una: o partecipano alla delibazione della proposta di ristrutturazione anche i coobbligati ed i garanti, che potrebbero avere interesse a collaborare con il debitore ottenendo magari significativi e/o apprezzabili risparmi, oppure è necessario prevedere che il creditore, una volta omologato il piano di esdebitazione e soddisfatto in via concorsuale dai



beni del debitore, perda il diritto di soddisfarsi anche nei confronti dei coobbligati, a meno che non vi sia risoluzione del concordato. In tale ultima ipotesi, a questo punto sarebbe opportuno però prevedere la liberazione (con congelamento medio tempore delle garanzie prestate) dei coobbligati solo al termine con esito positivo della procedura di esdebitazione.

Altro grave vulnus dell'impianto normativo è quello che non assicura l'intangibilità degli atti dispositivi del debitore che avvengono in esecuzione di un piano di esdebitazione, ad esempio da azioni revocatorie

Gli organismi di composizione della crisi.

L'estensione di diritto delle competenze anche per le procedure di esdebitazione agli organismi di conciliazione degli ordini degli avv., commercialisti, notai ed esperti contabili e, comunque, l'estensione dei compiti e delle funzioni attribuiti agli organismi di composizione ai professionisti o ad una società tra professionisti in possesso dei requisiti di cui all'articolo 28 del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267, ovvero ai notai, sicuramente costituiscono una nuova opportunità di lavoro per tali categorie professionali, specie alla vigilia degli importanti provvedimenti legislativi in itinere in tema di concorrenza e liberalizzazione dei mercati.

Dubbi vanno però sollevati, ma solo per le particolari cognizioni tecnico giuridiche che tale procedura di ristrutturazione presuppongono, relativamente all'estensione delle competenze in subiecta materia agli organismi di conciliazione delle camere di commercio e dei cd. esperti contabili, laddove è lo stesso richiamo ai professionisti abilitati di cui all'art.



28 del r.d. 16.3.42 n. 267 ad affermare quantomeno implicitamente che per tali procedure, occorre una comprovata esperienza e preparazione ad hoc che solo determinate professioni possono assicurare, stante la delicatezza delle questioni giuridiche ed anche fiscali che dovranno essere affrontate.

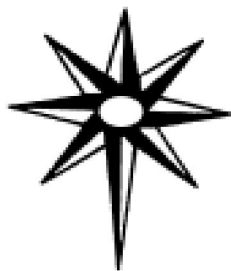
L'occasione in ogni caso potrebbe essere propizia per individuare e codificare (e perché no, estendere anche in ambito fallimentare) criteri obiettivi e rigorosi per assicurare la trasparenza degli elenchi dei professionisti, il possesso di adeguata competenza, un'equa distribuzione degli incarichi; e ciò al fine di evitare che "certe procedure" vengano affidate sempre ai soliti noti attraverso quel meccanismo talvolta perverso che si instaura nelle sezioni fallimentari dei tribunali.

Le tariffe.

Una delle motivazioni che sinora ha reso del tutto minoritario, se non addirittura improponibile il ricorso alle procedure di esdebitazione in ambito fallimentare è quello dei costi delle spese di tali analoghe procedure; spese spesso liquidate in modo abnormemente esoso, con obbligo di deposito preventivo contestualmente al ricorso..

Considerati i destinatari della normativa in esame è opportuno ribadire la necessità di tariffe chiare, trasparenti, eque e compatibili con le finalità dell'istituto, per tutti: organismi, compositori, esperti, liquidatori, professionisti officiati da creditori e debitore.

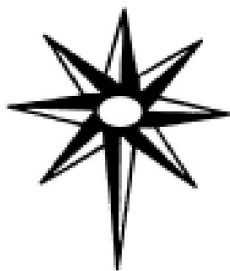
Gli aspetti fiscali – gli incentivi



Del tutto omissivo è infine il decreto legge in oggetto sugli aspetti fiscali della procedura di esdebitazione (tassazione del decreto di omologa, degli atti di trasferimento conseguenti alla liquidazione etc.).

Ovviamente, nell'ottica di misure anticrisi, sarebbe auspicabile l'introduzione di incentivi fiscali quali, ad esempio, l'esonero da tassazione quanto meno per le procedure di minore importo, e la tassazione a tassa fissa, un po' come avviene ad es. per la determinazione del contributo unificato, dell'omologazione etc.)

Non va sottaciuto infine che una delle possibilità concrete di ristrutturazione del debito può essere quella del ricorso al credito (o da parte del debitore stesso, se le sue condizioni economiche/patrimoniali lo consentono, o da parte di chi potrebbe essere interessato a rendersi acquirente di immobili sottoposti a liquidazione nell'ambito di tali procedure: in tale caso una forma di incentivo, da limitarsi magari ai soli soggetti privati acquirenti di prima casa, potrebbe essere quella di prevedere tassi agevolati per mutui, magari da alimentarsi in parte per la quota di interessi ammessa ad agevolazione - secondo un antico principio di mutualità – attraverso l'utilizzo di una piccola percentuale del gettito complessivo derivante dagli atti di trasferimento conseguenti alla liquidazione di tali procedure paraconcorsuali e/o esecutive, senza che ciò ovviamente si estrinsechi in un aumento dell'imposta di registro.



Disposizioni per l'efficienza della giustizia civile (artt.13 – 15)

a cura dell'avv. Andrea Noccesi (Dir.Naz. ANF)

Modifiche alla disciplina della mediazione (art.12)

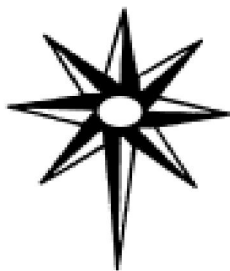
L'art.12 del provvedimento in esame è diviso in due lettere.

La lettera a), con l'aggiunta del comma 6 bis all'art.5 del D.lgs.28/10, pone a carico dei capi degli uffici giudiziari l'onere di vigilare sull'applicazione effettiva della condizione di procedibilità prevista dall'art.5 comma 1 D.lgs. 28/10 e di adottare ogni iniziativa necessaria a favorire l'espletamento della mediazione su invito del giudice, anche nell'ambito dell'attività di pianificazione introdotta dall'art.37 comma 1 D.L.98/11 convertito con modificazioni in L. 111/11.

La norma è di una vaghezza preoccupante, in quanto non indica, neppure in via approssimativa, quali siano le iniziative che il capo dell'ufficio debba o possa adottare, in tal modo rischiando di essere applicata (o disapplicata) in maniera difforme da ufficio ad ufficio.

Inoltre è fortemente criticabile in quanto, oltre a palesare un favore per un istituto quale la media-conciliazione che in Italia è stato normato in maniera assai discutibile e che rappresenta, di fatto, un vero e proprio ostacolo di natura economica al libero accesso alla giustizia, mostra di privilegiare la mediazione extraprocessuale piuttosto che quella endoprocessuale, che la novella 69/09 aveva inteso rafforzare.

La lettera b) dell'art.12 prevede un'ulteriore modifica dell'art.8 comma 5 del D.lgs.28/10 (già modificato dalla L.148/11 che convertiva con modifiche il D.L. 138/11) a tenore della quale il giudice, alla prima udienza di comparizione



delle parti pronuncia d'ufficio ordinanza non impugnabile con la quale irroga, alla parte che, senza giustificato motivo, non si sia presentata al tentativo di conciliazione previsto dall'art.5 D.lgs 28/10 e si sia poi costituita nel futuro giudizio, la sanzione del pagamento del contributo unificato.

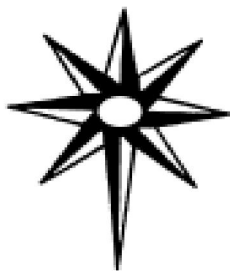
La disposizione a prima vista appare coerente col favor dichiarato dal legislatore per la media conciliazione come strumento deflattivo del contenzioso, ma, a ben vedere, anche in tale non condivisibile ottica, la norma arreca più svantaggi che vantaggi allo svolgimento del processo, dal momento che la nuova previsione rischia di stravolgere anche l'ordinaria scansione processuale.

Difatti la parte che si trovi ad essere possibile oggetto di sanzione, avrà diritto di dimostrare la sussistenza del giustificato motivo che le ha impedito di partecipare al tentativo di conciliazione, ma dovrà assolvere al relativo onere probatorio prima di quello riguardante l'oggetto della controversia, con evidente limitazione del diritto di difesa e non trascurabile allungamento dei tempi del giudizio.

In definitiva, da parte del Governo si persevera nel privilegiare uno strumento (la conciliazione obbligatoria) che, nato con evidenti (ed esclusivi) fini deflattivi, ha clamorosamente fallito gli obbiettivi che si proponeva, complice la pessima legge a suo tempo approvata. Il che, anziché indurre l'esecutivo ad una seria revisione di norme inutili e decisamente poco efficaci, ne provoca una reazione probabilmente destinata anch'essa all'insuccesso più totale.

Il tutto senza minimamente considerare che la normativa che regola la conciliazione obbligatoria e a pagamento è, allo stato, ancora sub iudice, essendo stata più volte rimessa al vaglio della Corte Costituzionale ¹.

¹ La normativa sulla mediaconciliazione è stata rimessa alla Corte Costituzionale e alla Corte di Giustizia UE con le seguenti ordinanze: Ordinanza TAR Lazio del 12 aprile 2011 che ha trasmesso gli atti alla Corte Costituzionale sollevando questioni di legittimità costituzionale degli articoli 5 e 16 del d.lgs. n. 28/2010, in relazione agli artt. 24 e



Un Governo “nuovo” non dovrebbe proseguire acriticamente in una direzione che si è già rivelata inefficace, ma almeno attendere (sospendendo ogni altro intervento) che la Suprema Corte si pronunzi sulla legittimità della legge, così rispettando non già le proteste del ceto forense ma il giudizio negativo che su gran parte di quelle norme è stato espresso dal TAR del Lazio con l’ordinanza di rimessione.

Modifiche al codice di procedura civile (art.13)

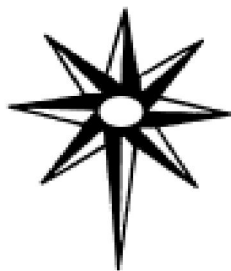
L'art.13 lett.a) modifica l'art.82 cpc nel senso di aumentare ad € 1.000,00 il valore delle cause nelle quali la parte può stare in giudizio personalmente, mentre la lettera b) modifica l'art.91 cpc nel senso di limitare, nelle cause ove la parte non abbia necessità della difesa tecnica, l'ammontare della condanna in punto di spese legali al valore della domanda di merito.

Il legislatore dichiara (nella Relazione accompagnatoria) di aver in tal modo, con la lettera a), adeguato la normativa nazionale a quella comunitaria (regolamento CE n.861/2007), mentre, con la lettera b), di non voler addossare alla parte soccombente l'onere di una difesa tecnica non necessaria liberamente scelta dalla parte vincitrice.

Le intenzioni sarebbero anche lodevoli, ma l'effetto conseguente non è interamente condivisibile.

In primo luogo difatti, non sempre l'esiguità del valore di una causa

27 della Costituzione; Ordinanza del Giudice di pace di Parma che ha trasmesso gli atti alla Corte Costituzionale in relazione alla normativa sulla mediaconciliazione; Ordinanza del Tribunale di Palermo, sezione distaccata di Bagheria, che ha trasmesso gli atti del processo alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea; Ordinanza del giudice di pace di Mercato San Severino che ha trasmesso gli atti del processo alla Corte di Giustizia Europea; Ordinanza del Giudice di pace di Catanzaro che ha trasmesso gli atti alla Corte Costituzionale. I cinque documenti sono scaricabili dal sito www.oua.it



corrisponde alla sua facilità e pertanto il consentire alla parte di stare in giudizio personalmente per cause fino ad € 1.000,00 tout court può concretamente non rappresentare un vantaggio né per la parte stessa, né per l'amministrazione della giustizia (è facilmente prevedibile, ove la norma raggiungesse lo scopo per il quale è stata pensata, ovvero la diminuzione del ricorso del cittadino alla difesa tecnica, l'aumento del contenzioso in appello). Inoltre, proprio in ragione della complessità e del tecnicismo di talune materie (che prescinde, lo si ripete, dal valore della controversia) la difesa tecnica (magari a favore del consumatore contro la grande impresa) non solo non è inutile e/o superflua, ma al contrario è necessaria a ristabilire un punto di equilibrio fra le parti e pertanto deve trovare adeguato riconoscimento anche dal punto di vista economico.

Modifiche all'art.26 della l.12 novembre 2011 n.183

L'art. 14 modifica l'art.26 L.183/11 nel senso di prevedere, a pena di rinuncia all'impugnazione pendente da almeno tre anni (e non più da due anni come precedentemente previsto), il deposito di istanza attestante la persistenza dell'interesse alla trattazione dell'impugnazione, sottoscritta personalmente dalla parte che ha conferito procura alle liti entro il termine perentorio di sei mesi dall'entrata in vigore della legge (e non più dal ricevimento della comunicazione della cancelleria).

La norma è ingiustificatamente penalizzante per le parti ed i loro rappresentanti e presenta problemi di costituzionalità.

In primo luogo vanno ribadite le critiche a suo tempo già effettuate in sede di commento all'art.26 oggi modificato.

Non si vede quale sia il senso giuridico di costringere l'impugnante a reiterare un interesse che egli ha già chiaramente manifestato.



Tanto più che, ove veramente non persistesse l'interesse all'impugnazione, la stessa verrebbe il più delle volte abbandonata per mancata comparizione all'udienza.

Sorge pertanto il sospetto che il legislatore confidi sul tempo assai ristretto concesso e sulle inevitabili difficoltà connesse all'adempimento dell'obbligo (impossibilità di reperire la parte in tempo utile, morte della stessa, impossibilità di reperire gli eredi e via dicendo) per “ripulire” i ruoli, anche contro la volontà di coloro che avevano fatto affidamento sulla giustizia per la tutela di un proprio diritto.

Il primo profilo di illegittimità potrebbe quindi rinvenirsi in un sostanziale, se non dichiarato, effetto retroattivo della norma procedurale, che finisce per imporre un onere che non esisteva al momento dell'instaurazione del giudizio. L'altro aspetto di incostituzionalità riguarda invece precipuamente la modifica apportata dal commentato art.14, nel senso di non prevedere più la necessaria comunicazione da parte della cancelleria come dies a quo del termine semestrale.

La questione è già stata affrontata dalla Corte Costituzionale (sentenza 16.04.1998 n.111) che ha dichiarato l'incostituzionalità di un'analogha previsione di legge in materia di processo tributario.

Le giustificazioni portate dal legislatore nella relazione accompagnatoria ed inerenti la maggior tecnicità della procedura ordinaria rispetto a quella tributaria (vedasi per la prima, la necessità della difesa tecnica e l'impulso strettamente di parte) alla base del diverso trattamento, non sono convincenti e non pervengono a legittimare una normativa che si sostanzia nell'ennesimo ostacolo frapposto fra il cittadino e la giustizia.

Infine una notazione di carattere generale.



La scelta di procedere alla normazione in oggetto tramite Decreto Legge viene giustificata con la necessità e l'urgenza di fronteggiare la crisi economica.

Tale argomento spiega tutto e nulla e possiamo dire che prova troppo, dal momento che la crisi economica inequivocabilmente sussiste, ma che non si vede come possa essere superata con l'introduzione di modifiche procedurali che o riguardano giudizi già pendenti ovvero attengono a strumenti che, lungi dall'assicurare certezza e tempestività dell'applicazione del diritto, tendono a frustrare in radice la domanda di giustizia.

Roma, 2 gennaio '12.

ASSOCIAZIONE NAZIONALE FORENSE

Il Direttivo Nazionale