

# SOVRAINDEBITAMENTO: UN PO' DI STORIA E IL PROBLEMATICO CASO DELLA DOMANDA DI LIQUIDAZIONE CONTROLLATA PROPOSTA DAL CREDITORE.

di Sergio Rossetti, Giudice del Tribunale di Milano

## 1. Introduzione.

Il tema del sovraindebitamento o, come un tempo si diceva, dell'insolvenza o del "fallimento" del debitore civile, non è affatto nuovo, essendo stato ampiamente discusso dalla dottrina di tradizione liberale, già – quantomeno - dalla fine dell'800 e fino alle trattazioni di poco successive al 1942 e, quindi, all'approvazione del codice di rito civile e della legge fallimentare,<sup>1</sup>.

L'occasione di tanta attenzione è presto spiegata: in un periodo storico di incessanti riforme – quale quello che ha lasciato in eredità all'Italia repubblicana, tra l'altro, il codice civile, di rito civile e la legge fallimentare – la dottrina era chiamata inevitabilmente ad interrogarsi su alcuni nodi di fondo del sistema delle esecuzioni civili, individuali e concorsuali, quale appunto quello relativo alla scelta dei soggetti chiamati a rispondere delle proprie obbligazioni secondo le regole del concorso mettendo eventualmente in discussione assunti che, se pure consolidati negli ordinamenti di *civil law*, già un secolo fa, mostravano una serie di limiti ed incongruenze e che sembravano superati dai sistemi di tradizione inglese e tedesca.

L'epilogo conclusivo di quelle appassionate discussioni fu scritto nel 1942: il debitore civile continua(va) a rispondere delle proprie obbligazioni, con tutti i suoi beni, presenti e futuri, in base alle regole dettate dal libro III del codice di procedura civile, mentre il sistema del concorso, delineato dalla legge fallimentare, spettava esclusivamente agli imprenditori non piccoli.

Successivamente, la questione è tramontata e l'applicabilità del sistema del concorso esclusivamente agli imprenditori non piccoli ha assunto le caratteristiche di un dogma, sicché la trattatistica anche recente<sup>2</sup> si limitava a ricordare che la Corte Costituzionale aveva escluso la contrarietà al principio di ragionevolezza dell'esonero del piccolo imprenditore e dell'insolvente civile dall'assoggettamento alle procedure concorsuali, rilevando che tale scelta legislativa si basa(va) su una non arbitraria valutazione di politica economica e di opportunità giuridica<sup>3</sup>, anche se, si diceva, tale esclusione mostra(va) qualche crepa, alla luce (i) del crescente indebitamento delle famiglie a seguito della sempre maggiore espansione del credito al consumo nonchè (ii) dei risvolti negativi di vietare al debitore civile dissestato qualsiasi accesso all'esdebitazione<sup>4</sup>.

Dal punto di vista legislativo, una prima incrinatura al principio per cui il debitore civile risponde esclusivamente secondo le regole dell'esecuzione forzata ordinaria si rinviene, come noto, nella legge 27 gennaio 2012, n. 2, presto corretta con il decreto legge 18 ottobre 2012 n. 179, convertito

---

<sup>1</sup> Sacerdoti, Sull'estensione dell'istituto del fallimento ai non commercianti, Padova 1882; Vidari, Corso di diritto commerciale, 5° ed., Milano, 1905, VIII, n. 7390; Ramella, Il fallimento, 2° ed., Milano, 1915, I, n. 38; Rocco, Il fallimento. Teoria generale ed origine storica, Torino, 1917, n. 8; Mortara, Commentario del codice e delle leggi di procedura civile, 4° ed., Milano, 1923, V, n. 6; Bolaffio, Il Diritto commerciale, Torino, 1924, 423 e ss.; Vivante, il fallimento civile, in appendice al Trattato di diritto commerciale, 5° ed., Milano, 1928, 323 e ss.; Brunetti, Diritto fallimentare italiano, Roma, 1932, n. 9; Navarrini, Trattato di diritto fallimentare, Bologna, 1934, I, n. 39 e 40; De Semo, Diritto fallimentare, 1948, 22 e ss..

<sup>2</sup> v. ad es. Pajardi (a cura di), Codice del fallimento, 4° ed., Milano, 2001, 6.

<sup>3</sup> C. Cost. 23/3/1970, n. 43, in FI, 1970, I, 1017; C. Cost. 16/6/1970, n. 94, in FI, 1970, I, 1857.

<sup>4</sup> Cottino (diretto da) Trattato di diritto commerciale, Il Fallimento, XI, Milano, 2009, 22 e ss.

in legge 17 dicembre 2012 n. 221, disciplina dedicata ai “procedimenti di composizione della crisi da sovraindebitamento e di liquidazione del patrimonio”.

Si trattava, però, a prescindere dalle gravi lacune e incertezze interpretative sue proprie<sup>5</sup>, di una normativa necessariamente parziale per la ragione di fondo per cui al sistema concorsuale di risoluzione della crisi poteva darsi accesso esclusivamente su richiesta del debitore sovraindebitato, mentre i creditori continuavano ad avere azione esecutiva, sostanzialmente, nel ristretto novero di quelle individuali.

Il legislatore delegante del 2017 (e quello delegato del 2019), di fronte all’ambizioso progetto di ripensare ai sistemi di regolamentazione e risoluzione della crisi, ha necessariamente dovuto procedere a riconsiderare la questione della “fallibilità” del debitore civile, ma vale la pena ripercorrere brevemente il dibattito della dottrina tradizionale per comprendere i formidabili temi sul tappeto e valutare se la risposta del Codice della crisi sia effettivamente coerente con quei temi e il contesto sociale ed economico in cui viviamo.

## **2. Il sovraindebitamento nella tradizione liberale.**

Secondo Vivante: *“Finchè l’attivo di un patrimonio eccede il passivo, il legislatore può lasciare che ogni creditore eserciti spontaneamente il proprio diritto. Ma quando quel patrimonio non basta per tutti, la libertà delle esecuzioni individuali costituisce un premio ai creditori più pronti, più vicini, meno scrupolosi, a scapito dei più benevoli, dei più lontani, che per lo più giungeranno dopo che il patrimonio del debitore è esaurito. Un dovere di giustizia sociale impone in quel frangente al legislatore l’obbligo di costituire una massa di tutti i beni del debitore, affinché si ripartiscano fra tutti i suoi creditori nella stessa misura, e questi siano compagni nelle perdite come furono compagni nella fiducia verso il debitore comune”*<sup>6</sup>.

L’Autore giustifica la necessità di una procedura concorsuale anche per i debitori civili in base ad un principio di razionalità: se comune era la fiducia dei creditori nell’erogazione del credito, non può che essere comune la loro partecipazione alle perdite.

Come d’uso nell’argomentazione giuridica del periodo, Vivante, per sostenere la propria tesi, si concentra sulla tradizione del diritto romano, sin dalla legge delle XII tavole<sup>7</sup>, per giungere agli statuti e alle ordinanze medioevali che, quantomeno fino all’emanazione, sotto Luigi XIV, dell’*Ordonnance pur le commerce* (1673), prevedevano l’applicazione generalizzata del principio del concorso *“anche a homini che non sono mercanti, à tous marchands et autres, a tous les banqueroutiers”*, tra questi rientrando *“les autres qui consomment leurs biens en dissolution, jeux, festins et mauvais ménages”*<sup>8</sup>.

Del resto, secondo la preziosa sintesi di De Semo<sup>9</sup>, l’idea di estendere una procedura concorsuale anche ai non commercianti – e, magari, una procedura sempre concorsuale, ma diversificata rispetto

---

<sup>5</sup> Su cui ad es. recentemente Vattermoli, La disciplina del sovraindebitamento nel Codice della crisi e dell’insolvenza, in [giustiziacivile.com](http://giustiziacivile.com)

<sup>6</sup> Vivante, op. cit., 323

<sup>7</sup> Legge che prevedeva l’esecuzione sul cul corpo del debitore permettendo ai debitori di dividerselo in parti proporzionali all’ammontare del loro credito, v. Vivante, op. cit. 325

<sup>8</sup> Vivante, op. cit., 328

<sup>9</sup> De Semo, op. cit., 15 e ss. a cui si rimanda per i puntuali riferimenti

a quella prevista per i commercianti – non era affatto stravagante in quanto, in tale direzione si erano mosse, ad esempio, le legislazioni di Inghilterra (1861), Norvegia (1863), Austria (1868), Finlandia (1868), Danimarca (1872), Germania (1877), Olanda (1893), Stati Uniti d’America (1898), Cina (1906) e Giappone (1922).

In Francia, però, “*nell’Ordinanza generale del 1673, la grande matrice dei Codici moderni, la frase generica è scomparsa, ed il fallimento si limitò espressamente ai commercianti, senza che alcuno ne dicesse verbo, quasi che questa limitazione corrispondesse allo stato di fatto. Ed invero mancava in quei tempi, fuori dal commercio una borghesia che avventurasse il suo nelle industrie agricole ed edilizie: non ricorreva al credito che il commerciante o il fabbricante*”<sup>10</sup>.

Il principio dell’esclusione dal fallimento del debitore civile, quindi, dall’Ordinanza generale del 1673 è stata trasfusa nel libro III del Code de Commerce francese del 1807, per poi radicarsi nei codici commerciali italiani del 1865 e del 1882 ed essere recepita nella legge fallimentare del 1942.

La ragione, però, non fu semplicemente quella di un ossequioso rispetto alla tradizione e alla “*nostra indolente soggezione al modello francese*”<sup>11</sup>.

Come si diceva, infatti, tutta la dottrina era (quasi integralmente, v. *infra*) schierata per il fallimento del debitore civile e all’argomento tradizionale della razionale distribuzione delle perdite tra i creditori, se ne affacciava un altro, fatto proprio dalla legislazione inglese e tedesca ( e dai sistemi da questi derivati) e ricollegata alla necessità, come oggi diremmo, di garantire un “*fresh-start*” al debitore insolvente.

Commentando quella legislazione, osservava – in qualche modo, ammirato – Vivante: “*la legge autorizza il giudice ad assolvere il debitore disgraziato da ogni debito, ancorchè la liquidazione non abbia dato ai creditori che una parte irrisoria del loro avere: il debitore può fare a meno del loro concordato, il fallimento è una liberazione per lui. Questo sistema si spiega presso un popolo operoso, onesto ed energico, che vuole aprire la via della redenzione economica alla vittima di una crisi: un fallito che deve lavorare tutta la vita per pagare i debiti arretrati perde ogni energia: è un cittadino perduto e la legge lo salva redimendolo dai debiti*”<sup>12</sup>.

Nonostante tali riflessioni, Mortara<sup>13</sup> si affermava contrario all’adozione di un sistema concorsuale per il debitore civile sulla base, essenzialmente, di due argomenti: i) la maggiore difficoltà di accertare, rispetto al commerciante, l’insolvenza del debitore civile che il più delle volte ha carattere transitorio; ii) l’esecuzione nei confronti del debitore civile avrebbe ad oggetto essenzialmente beni immobili che “*obbediscono al principio della diseguaglianza, consacrato dal regime ipotecario, laddove il concorso sui beni mobili, proprio delle imprese commerciali, è governato dalla legge dell’uguaglianza*”<sup>14</sup>.

In un tale contesto, il legislatore del 1942 optò per la soluzione consolidatasi storicamente dell’esclusione del debitore civile dal fallimento per una questione, apparentemente, tecnica: il codice di procedura civile (coevo alla legge fallimentare), infatti, aveva modificato profondamente

---

<sup>10</sup> Vivante, op. cit., 329

<sup>11</sup> Vivante, op. cit., 351

<sup>12</sup> Vivante, op. cit. 328

<sup>13</sup> Mortara, op cit., n. 6

<sup>14</sup> Così De Semo, op cit., 23

le regole dell'intervento dei creditori nell'esecuzione forzata mobiliare, non più limitata alla misura del credito azionato dal precedente; nel codice di rito del 1942 i creditori potevano intervenire via via nell'esecuzione forzata promossa contro il debitore, senza la necessità di acquisire un previo titolo esecutivo e il creditore precedente doveva "solo" indicare ai creditori intervenuti quali beni fossero via via suscettibili di essere espropriati, invitando loro ad estendere il pignoramento (v. artt. 499 e 527 c.p.c.), di modo che, attraverso le regole dell'intervento nel processo e dell'estensione dei beni pignorati, si sarebbe giunti a sottoporre a pignoramento tanti beni quanti ne fossero necessari a soddisfare i creditori fornendo così al problema del concorso, *"una soluzione esauriente e tuttavia non esorbitante dal quadro della esecuzione singolare"*<sup>15</sup>.

### 3. Il tema del sovraindebitamento prima del Codice della Crisi

Abbiamo più sopra detto (v. par. 1) che la scelta del legislatore del 1942 aveva sostanzialmente interrotto ogni discussione, almeno dal punto di vista della trattatistica, sulla crisi del debitore civile e sulle modalità di farvi fronte, indipendentemente dal sistema delle esecuzioni forzate individuali.

Si è anche osservato che la legge sul sovraindebitamento del 2012 aveva fornito una risposta parziale in quanto le misure ivi previste erano attivabili solo su istanza di parte ed erano calate in una cultura (economica e giuridica) profondamente radicata dal dogma della non concorsualità dell'esecuzione nei confronti del debitore civile, tanto che allorquando – per finalità evidentemente promozionali della nuova disciplina<sup>16</sup> - il legislatore impose di inserire nel precetto il dovere del creditore di avvisare il debitore della facoltà di ricorrere agli strumenti concorsuali previsti dalla legge sul sovraindebitamento, la prassi giurisprudenziale registrò, anziché un aumento esponenziale del ricorso a tali procedure, per vero sempre estremamente ridotto<sup>17</sup>, un picco di opposizioni ai precetti carenti di quell'avviso.

In altri termini: il dogma della necessità dell'esecuzione individuale, anche dopo la legge sul sovraindebitamento, era tanto radicato e forte nella cultura del paese che i debitori non intesero profittare della pur scarna disciplina messa a loro disposizione per giungere al risultato più proficuo e promettente per loro - l'esdebitazione – preferendo continuare a rimanere debitori per sempre, al più tentando di opporsi all'esecuzione iniziata o minacciata nei loro confronti con gli strumenti messi a loro disposizione dal codice di rito.

Eppure (par. 2), nel dibattito che aveva animato la dottrina prima delle riforme del 1942, erano già presenti tutti i temi (anche quelli critici e controversi) per la costruzione di un sistema razionale di risoluzione della crisi o dell'insolvenza del debitore civile e tanto, senza nemmeno attendere gli anni '90 del secolo scorso, la corsa al credito al consumo e, successivamente, la crisi globale del 2008 incominciata, non a caso, con la crisi del sistema dei mutui *subprime*.

Proviamo a fare un'elencazione delle questioni più significative: (i) la necessità di un'equa ripartizione delle perdite tra i creditori; (ii) l'irrazionalità di un sistema che preclude la possibilità di

---

<sup>15</sup> così la Relazione del Guardasigilli al Re, come riportata da De Semo, op cit. 25, e ss.

<sup>16</sup> Tribunale di Milano, ordinanza 8 febbraio 2016; Tribunale di Milano, sentenza n. 4347/2016

<sup>17</sup> Anche per veloci rilievi statistici sia consentito un rinvio a Rossetti, Gli orientamenti della sezione fallimentare di Milano sul sovraindebitamento, in ilfallimentarista

un'esdebitazione per il debitore civile; (iii) la necessità di riconoscere l'esdebitazione solo, parafrasando un noto motto, alle persone oneste, ma sfortunate, per evitare possibili abusi; (iv) la consapevolezza che nella dinamica delle interrelazioni nell'erogazione del credito, l'interesse (apparentemente comune) tra chi eroga il credito e chi il credito riceve, può risultare distonico rispetto all'interesse generale della sua erogazione solo dopo che sia stato verificato attentamente il merito creditizio; (v) la necessità di ricorrere a sistemi concorsuali di regolamentazione della crisi solo dopo che si sia verificata l'impossibilità o l'inutilità del ricorso a misure meno invasive e, complessivamente, meno costose proprie dell'esecuzione individuale; (vi) la difficoltà pratica di predicare un'insolvenza del debitore civile delle stesse caratteristiche dell'insolvenza di un imprenditore commerciale; (vii) la necessità di prevedere misure revocatorie a tutela degli interessi della massa; (viii) l'opportunità di regolare in maniera differenziata, ma nell'ambito di una cornice unitaria, la regolamentazione della crisi del debitore civile, rispetto all'imprenditore.

#### **4. La liquidazione controllata del sovraindebitato con particolare riferimento all'iniziativa dei creditori.**

La principale novità contenuta nel Codice della Crisi, con riferimento al tema del sovraindebitamento del debitore civile, consiste, però, nella previsione per cui "la domanda [di apertura di una procedura di liquidazione controllata] può essere presentata da un creditore anche in pendenza di procedure esecutive individuali" (così l'art. 268, co. 2, CCII).

Nella legge sul sovraindebitamento la possibilità per i creditori di richiedere l'apertura della liquidazione dei beni del debitore era circoscritta alle ipotesi stabilite dall'art. 14 quater e, quindi, alle ipotesi di conversione di una procedura di composizione della crisi in una procedura di liquidazione in quanto un precedente piano o accordo veniva annullato o ne cessavano gli effetti.

In ultima analisi, spettava sempre al debitore scegliere se dare seguito ad una procedura concorsuale di risoluzione della propria crisi (su cui si sarebbe al più potuta innestare una domanda di liquidazione da parte del creditore in determinate ipotesi), mentre, come già più sopra detto, il creditore doveva necessariamente ricorrere ad una procedura esecutiva per agire, individualmente e salvo l'intervento di altri creditori, nei confronti del suo debitore.

Il necessario passaggio per una procedura esecutiva determinava, altresì, in forza dell'art. 474 c.p.c., che il creditore dovesse essere munito di un titolo esecutivo di natura giudiziale o stragiudiziale.

La disposizione di cui all'art. 268, co. 2, CCII prevede che la liquidazione del patrimonio del debitore possa essere proposta "anche in pendenza di procedure esecutive" e, quindi, non necessariamente in pendenza di procedure esecutive: id est anche senza che (almeno un) creditore abbia ottenuto un previo titolo esecutivo nei confronti del debitore.

Ad una lettura superficiale della disposizione si potrebbe affermare che, dopotutto, tale previsione è in linea con la disciplina tradizionale della fase prefallimentare: l'iniziativa spetta a chiunque si affermi titolare di un credito, indipendentemente dalla sua consacrazione in un titolo esecutivo.

Ma se tale disciplina si spiega agilmente allorché il debitore sia un imprenditore commerciale non piccolo, la cui insolvenza deve essere rilevata tempestivamente sia per non aggravare il suo

dissesto con effetti a cascata sulla posizione dei creditori e dei creditori dei creditori, sia per ristabilire i corretti principi di concorrenza tra imprese, non essendo tollerabile che alcuni imprenditori continuino la propria attività senza sostenere i costi che altri imprenditori sostengono.

Con riferimento alla posizione del debitore civile, la questione è di gran lunga più complessa.

Il sovraindebitamento di un debitore civile non determina effetti a cascata sul sistema economico attesa la normale limitatezza delle relazioni debitorie che un debitore civile e, in primis un consumatore, può avere, né pone problemi di corretta partecipazione alle regole del mercato.

La procedura di sovraindebitamento del debitore civile, in altri termini, mira, da una parte, a regolare in modo più equo le relazioni tra i diversi creditori, costringendoli al concorso, salve le cause legittime di prelazione e, dall'altra parte, a riconoscere al debitore la possibilità di esdebitarsi, al fine di garantirgli un fresh - start.

Inoltre, l'imprenditore individuale deve curare istituzionalmente i propri interessi e così avere una PEC, controllarla costantemente e difendersi in giudizio avverso pretese infondate.

Diversamente la realtà sociale del paese registra percentuali di rischio di povertà, secondo i dati Eurostat 2017, del 20,3%, con un indice di vecchiaia e di (mancato) ricambio della popolazione attiva che va sempre aggravandosi. Insomma: un paese sempre più povero e sempre più vecchio.

In un tale contesto, la previsione dell'iniziativa del creditore per la liquidazione del patrimonio del debitore, anche in assenza di un titolo esecutivo, se non si spiega sulla base dei fini della regolamentazione, è una previsione estremamente pericolosa, perché potrebbe destabilizzare il sistema delle garanzie giurisdizionali preposte alla tutela dei diritti.

E' noto che serve tempo ad un creditore per ottenere un titolo esecutivo e che, una volta ottenuto il titolo, sia costoso ed oneroso procedere con un'espropriazione forzata.

La previsione della possibilità di richiedere una liquidazione anche senza titolo porterà, come logica conseguenza, che i creditori, soprattutto chirografari (quali ad esempio le società finanziarie o i condomini) anziché procedere con la trafila che dalla formazione del titolo porta all'inizio di un'esecuzione, preferiranno richiedere - sostanzialmente senza costi - la liquidazione dell'intero patrimonio del debitore civile. Patrimonio, che, ancora una volta, non è assimilabile a quello di un'impresa perché non coinvolge una realtà organizzata per la produzione e scambio di beni e servizi, quanto piuttosto i beni e i diritti di un individuo, ciò che attiene all'estrinsecazione nel mondo reale della personalità di ciascuno.

Probabilmente per queste ragioni, già nel pensiero liberale classico si discuteva dell'opportunità di un'iniziativa concorsuale senza titolo nei confronti dei debitori civili, proponendo opportune distinzioni per il caso in cui interessato alla vicenda liquidatoria fosse un'impresa agricola (che tutt'ora non è soggetta alle regole proprie degli imprenditori commerciali)<sup>18</sup> o un debitore civile.

La previsione in parola, determinerà quindi, in primo luogo uno stravolgimento delle stesse modalità con cui saranno interpretate le modalità di tutela dei diritti e, dall'altra parte, uno sconvolgimento dei carichi e delle modalità organizzative dei Tribunali.

---

<sup>18</sup> Vivante, op. cit., 348

E' facile prevedere, infatti, che non solo il sistema delle esecuzioni civili saranno presto abbandonate in favore della liquidazione dell'intero patrimonio del debitore, ma inoltre, gli stessi luoghi della cognizione ordinaria (con buona pace per tutti gli strumenti di composizione preventiva delle liti introdotte nell'ultimo periodo dalla legislazione) saranno via via abbandonati in favore di un sistema che, sulla base di un semplice ricorso, consente all'affermato creditore di ottenere ragione delle proprie pretese, senza ulteriormente doversi curare di agire nei confronti del debitore, spettando agli organi della procedura, d'ufficio, procedere con le attività di vendita e distribuzione del ricavato.

Consapevole di tali rischi, una parte della dottrina<sup>19</sup> afferma che la congiunzione "anche" contenuta nell'art. 268, co. 2, CCII sia pleonastica e deriverebbe da un refuso già presente nella legge delega e che la norma dovrebbe essere così correttamente letta: " la domanda può essere presentata da un creditore ~~anche~~ in pendenza di procedure esecutive individuali".

Esistono effettivamente alcuni indici che vanno nel senso dell'esistenza di un errore, di un refuso nella formazione della norma.

- i. nelle procedure fallimentari il creditore non deve essere in possesso di un titolo esecutivo, ma in alcun luogo normativo il legislatore ha mai affermato che l'istanza di fallimento possa essere promossa "anche in pendenza di procedure esecutive";
- ii. l'art. 270, co. 5, CCII richiama l'art. 150 del medesimo codice che afferma il principio per cui le procedure esecutive in corso si interrompono e, pertanto, la disposizione di cui all'art. 268, co. 2, CCII non avrebbe alcun senso precettivo, risultando ovvio che in presenza di procedure esecutive si possa proporre istanza per la liquidazione controllata del patrimonio del debitore;
- iii. in una delle relazioni al Codice della Crisi girate precedentemente all'approvazione definitiva della riforma si affermava che possono richiedere l'apertura della liquidazione "anche i creditori, ma solo se a carico del debitore pendano procedure esecutive individuali, ritenute chiaro indizio di crisi o di insolvenza"<sup>20</sup>;
- iv. tale interpretazione, inoltre, sarebbe coerente con l'intero sistema del Codice della Crisi che subordina (v. per il sovraindebitamento l'art. 271 CCII) il ricorso ad una procedura "maggiore", quale la liquidazione controllata, solo in ipotesi di esito negativo di una procedura minore e del resto, già la dottrina tradizionale, affermava che le esecuzioni individuali hanno un senso quanto meno fin quando l'attivo del debitore civile supera le pretese dei creditori<sup>21</sup>.

Ciò detto, la norma è però chiara e non risulta possibile né un'interpretazione abrogatrice, né sollevare una questione di legittimità costituzionale, rientrando evidentemente la scelta delle condizioni dell'azione esecutiva (individuale o concorsuale) materia riservata alla discrezionalità (più o meno consapevole) del legislatore.

Al fine di evitare aperture di liquidazione controllata sproporzionate rispetto alle ragioni dei creditori, che potranno portare esclusivamente il proliferare di costi, sia per il debitore, che per il

---

<sup>19</sup> Cesare, La liquidazione controllata nel Codice della crisi e dell'insolvenza, in [ifallimentarista.it](http://ifallimentarista.it)

<sup>20</sup> In modo decisamente più anodino la relazione pubblicata sul sito del Ministero della giustizia afferma: "La legittimazione spetta inoltre ai creditori, anche se a carico del debitore pendono procedure esecutive individuali"

<sup>21</sup> Vivante, op. cit., 325

sistema, la giurisprudenza sarà chiamata ad uno sforzo interpretativo, istruttorio e motivazionale sui presupposti per l'apertura della liquidazione.

Vi sono alcuni profili problematici.

Il Codice definisce sia la "crisi" (art. 2 lett. a) che l' "insolvenza" (art. 2 lett. b), ma anche il sovraindebitamento come la situazione "di crisi o di insolvenza" (art. 2 lett. c), sicchè per l'apertura della liquidazione controllata si potrebbe ipotizzare che sia sufficiente lo stato di crisi del sovraindebitato. Tale lettura deve essere esclusa in quanto l'art. 270, co. 5, richiama le norme del titolo III in quanto compatibili; l'art. 49, inserito in quel titolo, stabilisce che per l'apertura della liquidazione giudiziale sia necessario il rispetto dei requisiti di cui all'art. 121 che richiama espressamente la sola "insolvenza"; inoltre la liquidazione controllata è contenuta nel più ampio titolo dedicato alla liquidazione giudiziale, i cui principi devono trovare applicazione anche al sovraindebitamento; sarebbe, infine, incostituzionale la previsione che subordinasse la liquidazione del patrimonio di un'impresa alla sua insolvenza e la liquidazione del patrimonio di un debitore civile anche alla sua mera "crisi".

Tanto premesso, l'insolvenza commerciale è diversa dall'insolvenza civile in quanto, se la prima ha necessariamente caratteristiche dinamiche, e va intesa come incapacità funzionale alla produzione di reddito, l'insolvenza del debitore civile ha caratteristiche statiche per cui fin tanto che il patrimonio del debitore è in grado di soddisfare le ragioni dei creditori, esso non potrà essere considerato insolvente, ferma restando la sua incapacità, ma solo transitoria, di adempiere alle proprie obbligazioni<sup>22</sup>.

Peraltro, deve osservarsi che, in virtù del richiamo operato dall'art. 275 CCII, il combinato disposto degli artt. 42 e 367 CCII determinano l'acquisizione al fascicolo della pre-liquidazione di tutte le informazioni inerenti al passivo del debitore (forniti, per quanto qui interessa, dall'Agenzia delle Entrate e dall'INPS), mentre nulla viene espressamente affermato con riferimento alla ricostruzione dell'attivo del debitore: se sia titolare di immobili, mobili iscritti in pubblici registri o crediti, principalmente in considerazione dell'esistenza di rapporti di lavoro.

Nel caso in cui il debitore non collabori o in base alle risultanze possa considerarsi un soggetto privo di mezzi per difendersi adeguatamente nell'ambito di un procedimento tanto delicato quanto potenzialmente disastroso per la sua esistenza, il giudice potrebbe ancora disporre la raccolta di informazioni sui pubblici registri immobiliari e mobiliari, nonché presso l'INPS sui beni del debitore, in applicazione dell'art. 41, co. 6, ultimo periodo CCII, al fine di ricostruire anche il potenziale attivo da contrapporre al passivo.

Con tali accorgimenti, fermo restando il dovere del Tribunale di accertare incidentale l'esistenza del credito allo scopo di verificare la legittimazione dell'istante<sup>23</sup>, le perplessità derivanti dalla mancata previsione della necessità dell'esistenza di almeno un'azione esecutiva individuale e, quindi, di un titolo, prima di chiedere la liquidazione del patrimonio del debitore, potrebbero essere superate.

---

<sup>22</sup> v. ad es. Cottino (diretto da) Trattato di diritto commerciale, Il Fallimento, XI, Milano, 2009, 126 e ss.

<sup>23</sup> v. da ultimo Corte di Cassazione Sez. 1 - , Ordinanza n. 30827 del 28/11/2018