

L'ART. 41 BIS DELLA FINANZIARIA E I SUOI EFFETTI SUL D.LGS 14/2019. LA NUOVA ESDEBITAZIONE.

di Giampiero Russotto e Maria Lucetta Russotto

SOMMARIO: 1. L'articolo 41 bis DL 26 ottobre 2019, n. 124 GU 252 del 26 ottobre 2019, coordinato con la legge di conversione 19 dicembre 2019, n.157 GU 301 del 24 dicembre 2019 – 2. L'art.41 bis e il suo coordinamento con il D.Lgs 14/19. Conclusioni.

1. L'articolo 41 bis DL 26 ottobre 2019, n. 124 GU 252 del 26 ottobre 2019, coordinato con la legge di conversione 19 dicembre 2019, n.157 GU 301 del 24 dicembre 2019

L'art. 41 bis della Finanziaria 2020, titolato *“Mutui ipotecari per l'acquisto di beni immobili destinati a prima casa e oggetto di procedura esecutiva”* recita al 1 comma:

“Al fine di fronteggiare, in via eccezionale, temporanea e non ripetibile, i casi piu' gravi di crisi economica dei consumatori, ove una banca o una societa' veicolo, creditrice ipotecaria di primo grado, abbia avviato o sia intervenuta in una procedura esecutiva immobiliare avente ad oggetto l'abitazione principale del debitore, e' conferita al debitore consumatore, al ricorrere delle condizioni di cui al comma 2, la possibilita' di chiedere la rinegoziazione del mutuo in essere ovvero un finanziamento, con surroga nella garanzia ipotecaria esistente, a una banca terza, il cui ricavato deve essere utilizzato per estinguere il mutuo in essere, con assistenza della garanzia del Fondo di garanzia per la prima casa, di cui all'articolo 1, comma 48, lettera c), della legge 27 dicembre 2013, , n. 147, e con il beneficio dell'esdebitazione per il debito residuo.”

La norma pone l'accento su diversi concetti che riportano a scienze economiche e provvedimenti legislativi esistenti.

1.1– Il concetto di crisi

L'articolo citato introduce fin dalle prime parole il concetto di crisi economica e incardina la trattazione su “...i casi più gravi di crisi economica dei consumatori...”; di fatto delineando che in capo alla famiglia la crisi più grave si evidenzia allorché la massa debitoria pone a rischio la titolarità dell'immobile abitato dalla stessa abitato.

Partiamo con un inciso. L'indicazione nella norma di “*crisi economica*”, evidenzia di per sé un errore difficilmente sanabile, in quanto il concetto “*economico*” è un concetto strettamente aziendalistico e implica una crisi derivante da valori economici, cioè i costi e i ricavi. Mentre la crisi del consumatore non può che essere una crisi finanziaria, dovuta all'impossibilità di far fronte agli impegni presi.

Ciò premesso, la nozione di crisi non è né immediatamente intuitiva né così banale come il legislatore vuole farci credere.

Nel panorama legislativo italiano vi sono altre due nozioni di grave crisi del consumatore, una rinvenibile nell'articolo 6 Legge 3/2012 “*Ai fini del presente capo, per «sovraindebitamento» si intende una situazione di perdurante squilibrio tra le obbligazioni assunte e il patrimonio prontamente liquidabile per farvi fronte, nonché la definitiva incapacità del debitore di adempiere regolarmente le proprie obbligazioni*”, l'altra nell'articolo 2, comma 1 let. C) del D.Lgs 14/2019 «“*sovraindebitamento*”: lo stato di crisi o di insolvenza del consumatore, del professionista, dell'imprenditore minore, dell'imprenditore agricolo, delle start – up innovative di cui al decreto- legge 18 ottobre 2012, n. 179, convertito, con modificazioni, dalla legge 17 dicembre 2012, n. 221, e di ogni altro debitore non assoggettabile alla liquidazione giudiziale ovvero a liquidazione coatta amministrativa o ad altre procedure liquidatorie previste dal codice civile o da leggi speciali per il caso di crisi o insolvenza».

I due provvedimenti legislativi citati considerano sovrindebitamento, e quindi crisi del consumatore, il primo un perdurante squilibrio fra obbligazioni assunte e patrimonio prontamente liquidabile, il secondo semplicemente la crisi o l'insolvenza. In

nessuna delle due norme si ravvede una volontà del legislatore di salvaguardare l'immobile familiare, tant'è che lo squilibrio avviene proprio quando l'elemento patrimoniale, normalmente rappresentato dall'abitazione della famiglia, considerato strumentale e utile alla risoluzione della crisi, non è prontamente liquidabile; né tantomeno introduce il concetto “*dell'economicità*” che sta adesso incardinando il legislatore di fine anno.

Ciò, pur rappresentando una volontà politica di riconoscere un nuovo valore etico, ovvero fornire uno strumento risolutorio quando il nucleo familiare del consumatore vede a rischio la soluzione abitativa, momento in cui si può parlare di grave crisi; di fatto, relativamente al concetto di crisi, l'articolo 41 bis posa le sue radici sull'errato concetto dell'economicità e si contrappone ai fondamenti di risoluzione della crisi dei due sopracitati provvedimenti legislativi, che poggiano invece sul presupposto della vendita dell'immobile del soggetto sovraindebitato.

Commodus discessus da parte del legislatore fingere di non stare inquinando un concetto che sembrava avere ormai raggiunto una sua stabilità, ed escludere la possibilità di utilizzare il combinato disposto dalle previsioni di cui alla L. 3/12, esclusione di cui peraltro in seguito si tornerà a parlare, evitando quindi di dover rendere conto di una evidente contraddizione fra le due norme.

Sulla *ratio* di tale contraddizione, o su quello che gli scriventi ritengono possa esserlo, si rimanda, ma sulla nozione di crisi si ravvede l'opportunità di un chiarimento da parte dell'organo legislativo, per evitare che stesse fattispecie vengano diversamente interpretate o trattate.

1.2 – La nozione di consumatore

Più volte legislatore e giurisprudenza si sono espressi sulla nozione di consumatore. Soltanto trent'anni fa, le posizioni giuridiche soggettive riconosciute al consumatore non appartenevano al patrimonio giuridico continentale. Da allora, soprattutto in conseguenza della scoperta di tale soggetto a opera dell'ordinamento comunitario, sono emerse interpretazioni dottrinali e giurisprudenziali; è stato osservato che le ragioni inizialmente poste dal legislatore comunitario a fon-

damento della tutela del consumatore risiedevano nella necessità di favorire l'ordinato e razionale sviluppo del mercato unico dei beni e dei servizi e la libera circolazione dei prodotti, piuttosto che in una esigenza di protezione di tale soggetto rispetto alla posizione di forza dell'imprenditore a lui contrapposto. E' con il decreto legislativo 15 gennaio 1992 n. 50, in recepimento della direttiva n. 85/577/CE, relativa ai contratti conclusi fuori dai locali commerciali, che il legislatore italiano introduce fattivamente la figura del consumatore, definito come *“la persona fisica che agisce per scopi che possono considerarsi estranei alla propria attività professionale”*. E nel 1996 con l'articolo 1469 bis c.c., dove il consumatore è *“la persona fisica che agisce per scopi estranei all'attività imprenditoriale o professionale eventualmente svolta”*, è introdotto il capo XIV bis intitolato *“Dei contratti del consumatore”* in attuazione della direttiva n. 93/13/CE.

Con la Legge quadro 30 luglio 1998, n. 281 sui diritti dei consumatori e degli utenti, fa la sua apparizione la nozione di *“utente”* accanto a quella di consumatore e vengono codificati i diritti fondamentali riconosciuti a questi soggetti. A seguire, il D.Lgs 2 febbraio 2002, n. 24, in attuazione della direttiva 1999/44/CE riguardante alcuni aspetti della vendita e delle garanzie di consumo, ha ribadito la definizione di consumatore all'interno del codice civile inserendo gli articoli 1519 bis e seguenti. A conclusione di questo iter legislativo, il 6 settembre 2005 è stato emanato, ai sensi dell'art. 7 della legge delega 29 luglio 2003, n. 229, relativo al riassetto delle disposizioni vigenti in materia di tutela dei consumatori, in attuazione di una serie di direttive dell'Unione Europea per la protezione del consumatore, il D.Lgs n. 206 in materia di diritti del consumatore, denominato *“Codice del consumo”* dove il consumatore è quel soggetto che *“effettua il consumo, ovvero l'utilizzatore di beni e servizi prodotti dal sistema economico”*. Da qui l'importanza estrema del consumatore, inteso come l'elemento finale della catena economica.

Considerando le definizioni positive di consumatore, la giurisprudenza ha fornito interpretazioni non sempre uniformi; la nozione di consumatore viene sempre messa in relazione a quella del professionista, quasi che il primo non possa esistere se non in posizione contraria e complementare al secondo. Si sono an-

dati quindi andati delineando due orientamenti di massima tendenza, rispettivamente, ad estendere la nozione di consumatore (e quindi l'applicabilità delle norme di tutela a una più ampia schiera di soggetti) e a restringerla secondo interpretazioni rigorosamente ancorate al tenore letterale delle norme.

C'è però da rilevare l'esistenza di una difformità lessicale nelle norme: ad esempio nel decreto legislativo n. 50/92, il consumatore è contrapposto all' "operatore commerciale", mentre nel decreto legislativo n. 185/99, in luogo del professionista si trova il "fornitore".

La Suprema Corte, anni prima dell'emanazione del Codice del Consumo, in una sentenza dell'anno 2001 in vigenza della disciplina codicistica delle clausole vessatorie ex artt. 1469 bis cod. civ. ss., ritenne essenziale il requisito della natura "fisica" del consumatore riprendendo quanto indicato dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea¹.

Di fatto è proprio il "Codice del consumo" che fornisce una definizione unitaria e restrittiva, identificando il consumatore con la persona fisica che agisce per scopi estranei alla attività imprenditoriale o professionale eventualmente svolta. L'importanza di definire con esattezza la coincidenza del consumatore con la persona fisica si è resa necessaria perché l'orientamento dottrinale contrario, seguito da talune sentenze di merito, volto a porre l'accento sulle condizioni di debolezza del consumatore nei confronti del professionista, aveva esteso la nozione di "consumatore" anche a enti e persone giuridiche; elemento che contrasta oltre che con la lettera della legge (comunitaria e interna), anche con la *ratio* della politica comunitaria di tutela del consumatore, tant'è che la Corte di Giustizia Europea con una sentenza del 2005, chiarì che la controparte di un contratto stipulato per finalità mista, personale e professionale, non abbia il diritto di avvalersi del beneficio delle regole derogatorie di competenza del foro del consumatore, previste dagli artt. 13-15, se non nell'eccezionale ipotesi in cui fra il contratto stipulato e l'attività professionale o imprenditoriale eventualmente svolta intercorra un legame talmente modesto da divenire assolutamente marginale².

¹ Corte di Giustizia UE, sent. del 22.11.2001 (cause C-541/99 e 542/99)

² Sentenza del 20 gennaio 2005, Gruber, C 464/01, EU:C:2005:32, punto 39.

Una sentenza del 2018 della Corte di Giustizia UE precisa la nozione di "consumatore", con riferimento alla competenza giurisdizionale in materia di contratti da questo conclusi, con due massime in diritto sull'art. 15 e sull'art. 16 del Reg. del Cons. CE n. 44/2001 concernenti la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale³. La Corte ritiene che soltanto i contratti estranei a qualsiasi attività o finalità di natura professionale, aventi natura satisfattoria rispetto alle necessità di consumo privato di un individuo, rientrano nel particolare regime previsto dal suddetto regolamento in materia di tutela del consumatore, in quanto parte ritenuta debole; protezione che non è giustificata nel caso di contratti che abbiano come scopo un'attività professionale. Con la conseguenza che gli articoli da 15 a 17 del regolamento n. 44/2001 si applicano quando la finalità del contratto concluso tra le parti abbia ad oggetto un uso non professionale del bene o del servizio.

La Corte, però, indica anche una deroga: qualora un soggetto concluda un contratto per un uso che si riferisca in parte alla sua attività professionale e che sia quindi solo in parte estraneo a quest'ultima, novella la sentenza, potrebbe avvalersi di tali disposizioni solo nell'ipotesi in cui nel citato contratto il collegamento con l'attività professionale sia talmente debole da avere solo un ruolo trascurabile nel contesto dell'operazione per la quale il contratto è stato stipulato.

Per la Cassazione la qualifica di consumatore andrebbe negata persino in capo alla persona *“che, in vista di intraprendere un'attività imprenditoriale, cioè per uno scopo professionale, acquista gli strumenti indispensabili per l'esercizio di tale attività”*⁴. Quindi, per escludere che si tratti di contratto del consumatore non sarebbe necessario che questo *“sia posto in essere nell'esercizio dell'attività propria dell'impresa o della professione, essendo sufficiente che venga posto in essere per uno scopo connesso all'attività stessa”*, poiché anche chi stipula un contratto per acquistare beni o usufruire di servizi, che siano solamente collegati strumentalmente all'attività svolta, analizzando il termine *“quadro”* dell'art. 1469 bis, termine che appare

³ Corte di Giustizia dell'Unione europea, Sez. III, Sentenza 25 gennaio 2018, n. 598/16

⁴ Cass. 14 aprile 2000, n. 4843, in Corr. Giur., 2001, p. 524

idoneo ad avallare tale interpretazione restrittiva, non può essere considerato consumatore. Ciò in quanto la parola “quadro” potendo essere validamente sostituita con “*al fine dello svolgimento*”, “*per le esigenze di*”, “*nel contesto*”, espressioni equivalenti e significanti, “*impone di includere nella portata della norma non solo l’attività principale, ma anche la eventuale attività accessoria o strumentale a quella principale*” che sono dirette a garantirne lo sviluppo e la realizzazione.

All’entrata in vigore della Legge 3/2012, la nozione di consumatore acquista fondamentale importanza, in quanto la caratterizzazione della stessa consente l’accesso o meno alle procedure ivi indicate.

Il concetto di consumatore viene interpretato nella sua accezione più restrittiva, fino al momento in cui la SU⁵ stabilisce il principio di diritto secondo il quale si ha consumatore laddove siano predominanti o esclusive: “*le esigenze personali o familiari o della più ampia sfera attinente agli impegni derivanti dall’estrinsecazione della propria personalità sociale*”, nonché -e questo dovrebbe essere l’aspetto più rilevante- “*anche a favore di terzi, ma senza riflessi in un’attività d’impresa o professionale propria*”.

Con tale pronuncia la Cassazione estende la nozione di consumatore, consentendo quindi l’accesso alla procedura ex art. 6 L. 3/12 non solo alla persona fisica le cui caratteristiche coincidono con quelle del consumatore in senso stretto, ma anche a quei soggetti (anche questi considerati consumatori) i cui debiti derivino da impegni presi a favore di terzi, quali garanzie o fideiussioni, purché gli stessi non abbiano riflessi in una propria attività d’impresa, così enunciando: “*ai sensi della legge 27 gennaio 2012, n. 3, la nozione di consumatore per essa abilitato al piano, come modalità di ristrutturazione del passivo e per le altre prerogative ivi previste, non abbia riguardo in sé e per sé ad una persona priva, dal lato attivo, di relazioni d’impresa o professionali, invero compatibili se pregresse ovvero attuali, purché non abbiano dato vita ad obbligazioni residue, potendo il soggetto anche svolgere l’attività di professionista o imprenditore, invero solo esigendo l’art. 6, co. 2, lett. b) una specifica qualità della sua insolvenza finale, in essa cioè non potendo comparire obbligazioni assunte per gli scopi di cui alle predette*”

⁵ Cass. 1 febbraio 2016 n. 1869

attività ovvero comunque esse non dovendo più risultare attuali, essendo consumatore solo il debitore che, persona fisica, risulti aver contratto obbligazioni — non soddisfatte al momento della proposta di piano - per far fronte ad esigenze personali o familiari o della più ampia sfera attinente agli impegni derivanti dall'estrinsecazione della propria personalità sociale, dunque anche a favore di terzi, ma senza riflessi diretti in un'attività d'impresa o professionale propria, salvo gli eventuali debiti di cui all'art. 7 co. 1 terzo periodo (tributi costituenti risorse proprie dell'Unione Europea, imposta sul valore aggiunto e ritenute operate e non versate) che sono da pagare in quanto tali, sulla base della verifica di effettività solutoria commessa al giudice nella sede di cui all'art. 12 bis co. 3 l. n. 3 del 2012."⁶.

Si rileva che fino a questa sentenza tale accezione era stata esclusa dalla giurisprudenza di merito, secondo la quale vigeva il principio che il requisito soggettivo seguiva l'attore prevalente, da ciò derivandone che la qualità del debitore principale attrae quella del fideiussore ai fini della individuazione del soggetto che deve rivestire la qualità di consumatore; mentre quello oggettivo, visto nell'ipotesi di fideiussione in contratti bancari per l'applicabilità della disciplina delle clausole abusive, in ragione del collegamento contrattuale che intercorre tra il contratto costitutivo del debito principale garantito e quello costitutivo dell'obbligazione fideiussoria rende la seconda subordinata e della stessa natura della prima⁷.

Ma con la sentenza de quo si apre l'estensione del concetto di consumatore a pieno titolo anche per i fideiussori e/o garanti.

Quindi, se una persona fisica si impegna a garantire ad ex. le obbligazioni che una società commerciale ha contratto nei confronti di un istituto bancario in base a un contratto di credito, è considerabile «consumatore» ai sensi dell'art. 2, lettera b), della direttiva 93/13; ciò in quanto un siffatto contratto di garanzia o di fideiussione, sebbene possa essere descritto, in relazione al suo oggetto, come un contratto accessorio rispetto al contratto principale da cui deriva il debito che garantisce⁸, dal punto di

⁶ Cit. Cass. 1 febbraio 2016 n. 1869

⁷ Tribunale di Bergamo, Decreto 12.12.2014 e Tribunale di Milano Ordinanza del 16.5.2015.

⁸ Direttiva 85/577/CEE del Consiglio, del 20 dicembre 1985, per la tutela dei consumatori in caso di contratti negoziati fuori dei locali commerciali (GU L. 372, pag. 31); sentenza Dietzinger, C-45/96, EU:C:1998:111, punto 18

vista delle parti contraenti esso si presenta come un contratto distinto quando è stipulato tra soggetti diversi dalle parti del contratto principale. È dunque in capo alle parti del contratto di garanzia o di fideiussione che deve essere valutata la qualità in cui queste hanno agito. E ciò perché la nozione di «consumatore», ai sensi dell'art 2, lettera b), della direttiva 93/13, ha un carattere oggettivo e deve essere valutata con un criterio funzionale che verifichi se il rapporto contrattuale analizzato risulta estraneo a qualsiasi specie di professione⁹.

Con il D.Lgs 14/19, nonostante all'articolo 2 la crisi e l'insolvenza generanti il sovraindebitamento vengano analizzati relativamente a «... *del consumatore, del professionista, dell'imprenditore minore, dell'imprenditore agricolo, delle start – up innovative di cui al decreto- legge 18 ottobre 2012, n. 179, convertito, con modificazioni, dalla legge 17 dicembre 2012, n. 221, e di ogni altro debitore non assoggettabile alla liquidazione giudiziale ovvero a liquidazione coatta amministrativa o ad altre procedure liquidatorie previste dal codice civile o da leggi speciali per il caso di crisi o insolvenza*», all'articolo 67, quando la norma tratta della ristrutturazione dei debiti del consumatore, dello stesso non dà definizione facendo di conseguenza implicito riferimento a quanto scritto a oggi.

Quanto detto per il D.Lgs 14/19, vale anche nell'applicazione dell'art. 41 bis Finanziaria 2020, in quanto niente è detto all'interno della norma analizzata relativamente alle caratteristiche che deve avere il consumatore? Si ritiene quindi si possa utilizzare quanto a oggi stabilito per la procedura di cui all'articolo 6 e ss. della L. 3/12?

Nihil respondente. Per cui potrebbe essere consumatore anche il professionista o l'imprenditore che abbiano acquistato l'immobile unicamente per uso familiare, o lo può essere anche l'imprenditore e il professionista che pur avendo acquistato l'immobile per uso familiare e avendovi stabilito la propria residenza come prima casa utilizzino però magari una stanza o una parte non predominante dell'immobile per lo svolgimento della loro attività, pur senza aver modificato la natura catastale del bene?

Oppure viene considerato consumatore solo il soggetto che non sia né imprenditore né professionista?

⁹ Sentenza Costea, C-110/14, EU:C:2015:538, punto 21.

Prevale il criterio oggettivo della natura del bene o il criterio soggettivo della natura della persona fisica?

O, in ultimo, si può utilizzare l'estensione di cui alla sentenza della SC¹⁰ elaborata per l'applicazione alle procedure da sovraindebitamento?

La lettera della norma non consente al momento alcuna interpretazione, elemento che probabilmente potrà dar luogo a fraintendimenti nell'applicazione della norma.

1.3 – Qualifica soggettiva del creditore e natura del credito

Il novellato articolo indica quali elementi oggettivi per l'applicazione del dettame legislativo che “... *una banca o una società veicolo, creditrice ipotecaria di primo grado, abbia avviato o sia intervenuta in una procedura esecutiva immobiliare avente ad oggetto l'abitazione principale del debitore*”.

Quello che chiede la norma, quindi, è la presenza di un'esecuzione immobiliare avviata o intervenuta da parte di banche o di società veicolo relativamente a un mutuo con garanzia ipotecaria solo di primo grado sostanziale.

Che il legislatore della Finanziaria abbia inserito all'interno della norma la figura delle società veicolo, cioè le Special Purpose Vehicle (SPV) ovvero le società istituite con la L. 130/1999, successivamente modificata all'articolo 7 con l'aggiunta degli articoli 7-bis e 7-ter della legge n.80 del 14 maggio 2005, per veicolare attività finanziarie cedute da terzi, risulta particolarmente interessante.

L'attività tipica delle SPV è la cartolarizzazione dei crediti “problematici” che acquistano dagli originator con l'emissione di titoli; così da poter versare al cedente il corrispettivo economico ottenuto attraverso il collocamento degli stessi sul mercato.

La principale finalità della suddetta cartolarizzazione è il cosiddetto effetto “*trattamento fuori bilancio*”; ovvero l'eliminazione, dall'attivo del bilancio del cedente, dei crediti deteriorati attraverso un'effettiva cessione del portafoglio alla società veicolo. Una delle caratteristiche principali di queste società è la dotazione di un patrimonio separato, con il quale vengono gestiti i crediti relativi a ogni operazione di cartolarizzazione, destinato

¹⁰ Cit. Cass. 1 febbraio 2016 n. 1869

esclusivamente all'operazione di emissione obbligazionaria e completamente autonomo rispetto a quello della società veicolo.

La società veicolo non è soggetta al rischio di fallimento e non è giuridicamente ancorata alle vicende economiche dell'originator. Gli investitori quindi dovrebbero essere al riparo dal rischio imprenditoriale connesso all'attività dello stesso, perché con il trasferimento dei crediti dall'originator al cessionario (società veicolo), su chi acquista i titoli emessi da quest'ultimo, grava solo il rischio insito in un'operazione che ha a oggetto crediti (in quanto questi, per definizione, possono andare insoluti) e non anche il pericolo dell'eventuale dissesto del cedente.

Le fasi fondamentali della cartolarizzazione sono pertanto:

- selezione di un portafoglio di attività illiquide, intenti a produrre appunto liquidità;
- cessione da parte di un soggetto, appunto originator, dei crediti deteriorati o altre attività finanziarie negoziabili ad una società veicolo;
- emissione dei titoli, con o senza rating (valutazione della solvibilità), da parte delle SVP, da collocarsi presso gli investitori qualificati;
- pagamento dei titoli da parte della Società Veicolo emessi sul mercato, a seguito di esito positivo della cessione.

In base alla normativa vigente la cessione del credito diventa efficace con la pubblicazione in Gazzetta Ufficiale dell'Avviso di Cessione dei crediti (avviso in cui vengono elencate le caratteristiche comuni di tutti i crediti ceduti).

La Banca d'Italia dispone inoltre che il debitore ceduto debba essere avvisato della avvenuta cessione alla prima occasione utile. La legge dispone che le SVP non possano esercitare altre attività, se non quelle connesse all'operazione di cartolarizzazione, e che si debba individuare un soggetto qualificato (cd. "Servicer"), il quale provveda a incassare tutte le somme dovute in relazione ai crediti ceduti e a versare gli importi incassati al nuovo creditore.

Master servicer o servicer nominale sono intermediari finanziari soggetti a controlli di Banca d'Italia ai sensi dell'art. 106 TUB e hanno il compito di monitorare l'attività dei soggetti che intervengono nella gestione degli NPL, che non dispongono di una propria struttura organizzativa per la gestione del credito e

che quindi ricorrono ai servizi di outsourcer specializzati: i Servicer o anche Sub-Servicer, società regolate dall'articolo 115 del Tulp, vigilate dal Ministero degli Interni autorizzate a svolgere l'attività di recupero crediti, dalla gestione dei flussi di pagamento, alle possibili sofferenze fino al recupero di eventuali insoluti e che rappresentano figure cruciali nell'attività di conoscenza e lavorazione del credito con la loro capacità di reperire informazioni.

In questo contesto le aziende di Recupero Crediti sono misurate non solo sulle performance di recupero ma anche sui processi di lavorazione e il loro grado di innovazione, elementi che incidono nel fattore tempo, chiave di successo nella gestione crediti NPL.

Questo il panorama giuridico, e quindi teorico.

Di fatto le SVP hanno avuto un ruolo fondamentale nella bolla immobiliare del 2008 che ha portato alla crisi economica ancora in atto dopo 12 anni.

Non solo, hanno generato il fenomeno delle società di recupero crediti, che hanno sviluppato nel tempo modalità aggressive e vessatorie per la riscossione del dovuto proprio nei confronti di quel consumatore che adesso l'articolo 41 bis sembra tutelare.

Sorge spontaneo quindi un primo dubbio sulla effettiva attività colabitoria che legherà questi soggetti alla volontà di risolvere la crisi del consumatore. Attività invece che rappresenta un tassello indispensabile per il buon esito dell'applicazione della norma.

E' evidente che il legislatore non poteva intervenire sulla libertà del creditore esecutante imponendogli un comportamento etico, ma sicuramente lesivo dei suoi diritti economici; ciò, nonostante quanto affermato e mai smentito dalla Corte delle leggi che ha stabilito il principio per cui rientra nei poteri conferiti al legislatore dall'art. 41 della Costituzione la riduzione ad equità di rapporti che appaiano sperequati a danno della parte più debole¹¹, non poteva insomma emanare una norma che imponesse in qualche maniera ai suddetti creditori l'accettazione delle proposte del sovraindebitato.

D'altra parte tale norma nasce parzialmente inefficace, visto che nega la certezza dell'istituto rimandando a una delle parti la

¹¹Corte Cost., sentenza n. 7 del 1962 e 23 aprile 1965, n. 30

decisione unilaterale di non applicazione del dettame legislativo, pur in presenza degli elementi oggettivi e soggettivi richiesti.

1.4 – Elementi oggettivi

Condizioni oggettive considerate essenziali per l'ammissione alla "esdebitazione" di cui all'art. 41 bis della Finanziaria 2020 sono che il mutuo sia stato : ***"... concesso per l'acquisto di un immobile che rispetti i requisiti previsti dalla nota II-bis) all'articolo 1 della tariffa, parte prima, allegata al testo unico delle disposizioni concernenti l'imposta di registro, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 26 aprile 1986, n. 131, e il debitore abbia rimborsato almeno il 10 per cento del capitale originariamente finanziato alla data della presentazione dell'istanza di rinegoziazione... e sia pendente un'esecuzione immobiliare sul bene oggetto di ipoteca per il credito, il cui pignoramento sia stato notificato tra la data del 1° gennaio 2010 e quella del 30 giugno 2019..."***

L'immobile dovrà quindi avere le caratteristiche dell'immobile prima casa, essere ubicato nel territorio del Comune in cui l'acquirente ha o stabilisca entro 18 mesi dall'acquisto la propria residenza ovvero se diverso in quello in cui l'acquirente svolge la propria attività; che l'acquirente nell'atto di acquisto dichiari di non essere titolare esclusivo (né in comunione col proprio coniuge) dei diritti di proprietà, usufrutto, uso e abitazione di altra casa di abitazione nel territorio del Comune ove è ubicato l'immobile acquistato; che l'acquirente nell'atto di acquisto dichiari di non essere titolare, neppure per quote (e neppure in regime di comunione legale dei beni col proprio coniuge) su tutto il territorio nazionale dei diritti di proprietà, usufrutto, uso, abitazione e nuda proprietà su altra casa di abitazione acquistata; e che l'immobile abbia goduto delle agevolazioni disposte dalle norme richiamate dall'art. 1 – nota II – bis Tariffa Parte I allegata al D.P.R. 131/1986 ossia con le agevolazioni prima casa, non classificabile nelle categorie catastali A/1, A/8 e A/9.

Il soggetto indebitato dovrà aver restituito una quota prefissata del mutuo in oggetto, pari almeno al 10%, e dovrà essere soggetto passivo rispetto a una procedura esecutiva.

1.5 – Le condizioni d’accesso

L’articolo detta poi le ulteriori condizioni affinché il consumatore sovraindebitato possa accedere a quella che viene definita una nuova forma di esdebitazione; stabilendo che: “ *non vi siano altri creditori intervenuti oltre al creditore procedente o, comunque, sia depositato, prima della presentazione dell’istanza di rinegoziazione, un atto di rinuncia dagli altri creditori intervenuti; l’istanza sia presentata per la prima volta nell’ambito del medesimo processo esecutivo e comunque entro il termine perentorio del 31 dicembre 2021; il debito complessivo calcolato ai sensi dell’articolo 2855 del codice civile nell’ambito della procedura di cui alla lettera d) e oggetto di rinegoziazione o rifinanziamento non sia superiore a euro 250.000; l’importo offerto non sia inferiore al 75 per cento del prezzo base della successiva asta ovvero del valore del bene come determinato nella consulenza tecnica d’ufficio nel caso in cui non vi sia stata la fissazione dell’asta. Qualora il debito complessivo sia inferiore al 75 per cento dei predetti valori, l’importo offerto non può essere inferiore al debito per capitale e interessi calcolati ai sensi della lettera g), senza applicazione della percentuale del 75 per cento; il rimborso dell’importo rinegoziato o finanziato avvenga con una dilazione non superiore a trenta anni decorrenti dalla data di sottoscrizione dell’accordo di rinegoziazione o del finanziamento e comunque tale che la sua durata in anni, sommata all’età del debitore, non superi tassativamente il numero di 80; il debitore rimborsi integralmente le spese liquidate dal giudice, anche a titolo di rivalsa, in favore del creditore.*”

La lettura di questa parte dell’articolo mette in evidenza quelle fondamentali criticità, che gli scriventi vogliono sottolineare, nel momento in cui il disposto dell’articolo 41 bis viene osservato dalla prospettiva del D.Lgs 14/19.

Innanzitutto è inverosimile la fattispecie indicata alla lettera e) del comma 2; ovvero che non vi siano altri creditori intervenuti nella procedura esecutiva. Una famiglia che si trova in una crisi finanziaria tale da non riuscire a non pagare le rate del mutuo, difficilmente potrà essere nella situazione di non avere altri debiti. E difficilmente tali debitori avranno evitato di intervenire nella procedura esecutiva; e sicuramente, essendo intervenuti, sembra oltremodo difficile che decidano di rinunciare successivamente.

Relativamente alla fattispecie di cui alla lettera f), l'istanza indicata dalla lettera della norma deve essere presentata in forma congiunta dal debitore e dal creditore; risulta difficile allo scrivente ritenere possibile che la banca o la società veicolo, creditori del sovraindebitato e già attivi nella procedura di esecuzione immobiliare, e soprattutto in una fase antecedente a quella decisionale qualora il sovraindebitato abbia proposto ai soggetti finanziari una ricontrattazione del debito, di concerto con il debitore accettino di presentare istanza per la riduzione del loro avere. E questo nonostante nella previsione della norma sia data all'istituto di credito la possibilità di recedere successivamente dall'istanza congiuntamente presentata.

Per quanto riguarda la lettera g) ci si chiede come sia possibile che la banca, avendo già ottenuto il pignoramento immobiliare e avviato la procedura esecutiva, consenta la rinegoziazione e il ricalcolo della scadenza del mutuo fino a 30 anni; si consideri inoltre che il debitore avente una età superiore a 50 anni non potrà presentare istanze con scadenze a 30 anni.

Ed infine, considerando il costo delle procedure esecutive, ci si chiede come sia possibile al debitore rimborsare integralmente al creditore procedente le spese liquidate dal Giudice alle Esecuzioni.

2. L'art.41 bis e il suo coordinamento con il D.Lgs 14/19

Nel presente capoverso preme l'analisi della lettera m) del comma 2 dell'art. 41 bis: *"...non sia pendente nei riguardi del debitore una procedura di risoluzione della crisi da sovraindebitamento ai sensi della legge 27 gennaio 2012, n. 3"* e del comma 5 del citato articolo: *"A seguito di apposita istanza congiunta, presentata dal debitore e dal creditore, il giudice dell'esecuzione, ricorrendo le condizioni di cui al comma 2, sospende l'esecuzione per un periodo massimo di sei mesi. Il creditore procedente, se è richiesta la rinegoziazione, entro tre mesi svolge un'istruttoria sulla capacità reddituale del debitore. Il creditore è sempre libero di rifiutare la propria adesione all'istanza o di rigettare, anche successivamente alla presentazione dell'istanza congiunta, la richiesta di rinegoziazione avanzata dal debitore. In ogni caso in cui sia richiesto un nuovo finanziamento a una banca diversa dal creditore ipotecario, a questa è*

comunque riservata totale discrezionalità nella concessione dello stesso.” coordinata con la lettura del Capo IX, art. 268 e ss. del D.Lgs 14/19.

L’esame della norma evidenzia una incomprensibile contraddizione.

Poichè la ratio dell’art. 41 bis trova le sue radici nella volontà esplicitamente espressa dal legislatore di addivenire ad una risoluzione della grave crisi economica del consumatore nel momento in cui il sovraindebitamento potrebbe portare alla perdita della casa familiare, ci si chiede quale possa essere il motivo giuridico di prevedere tale soluzione solo per coloro che non abbiano presentato l’accesso alla procedura da sovraindebitamento.

Consideriamo l’evoluzione della normativa sul sovraindebitamento.

La Legge 3/12 è sostanzialmente una legge premiale, di volontaria giurisdizione, i cui presupposti sono la situazione oggettiva di sovraindebitamento e quella soggettiva di assenza di atti in frode commessi dal debitore. Le procedure attuabili dal sovraindebitato sono tre e solo per il piano del consumatore ex art. 6 il soggetto sovraindebitato deve dimostrare oltre all’assenza di atti in frode anche la sua meritevolezza.

L’accesso alle procedure, in presenza dei presupposti indicati dalla norma, è quasi automatico e implica il riconoscimento al diritto alla dignità di vita del sovraindebitato; in base al quale il giudice preposto quantifica il reddito necessario a una vita dignitosa. E quel reddito viene escluso da quanto messo a disposizione dei creditori per il soddisfacimento delle loro pretese.

L’esdebitazione della parte di debiti non pagati nella procedura a cui il debitore ha avuto accesso è automatica per il Piano del Consumatore e l’Accordo del Debitore; mentre nell’istituto di Liquidazione del Patrimonio (in qualche maniera simile al fallimento in proprio) si perviene all’esdebitazione dopo un arco temporale di almeno quattro anni, decorsi i quali il sovraindebitato può presentare al giudice domanda per l’esdebitazione di quanto residua dai pagamenti effettuati. Il D.Lgs 14/19, accorpando la normativa sul sovraindebitamento a quella sul fallimento, ha di fatto continuato a suddividere le tre procedure, con alcuni limiti soggettivi di accesso; ma quella che corrisponde

alla Liquidazione del Patrimonio è stata trasformata in una procedura fallimentare semplificata, trattata nel Capo IX della legge dagli articoli 268 e ss.

Sostanzialmente la differenza fra le due disposizioni legislative sta nel fatto che una delle tre procedure previste per il soggetto sovraindebitato, l'attuale Liquidazione del Patrimonio successivamente Liquidazione Controllata, smette di essere esclusivamente una procedura di volontaria giurisdizione per diventare procedura concorsuale liquidatoria, finalizzata alla soddisfazione dei creditori, in cui l'istituto della salvaguardia della dignità di vita viene completamente cancellato, così come non si parla di più di legislazione in materia di usura ed estorsione. La norma, come il R.D. 16 marzo 1942 n. 267, è imperativa; di ordine pubblico economico e precettiva. Quindi non sarà integrabile e derogabile dalle parti, neanche se la parte è un giudice, se non con un intervento legislativo.

Di fatto, quindi, a partire dal 15 agosto 2020 correranno a fianco soggetti con medesime caratteristiche soggettive e oggettive, con la differenza però che coloro i quali hanno avuto accesso alle procedure prima di tale data si troveranno in un regime premiale previsto dal legislatore prima di tutto per sconfiggere il reato penale dell'usura e poi per la tutela, la salvaguardia e la possibilità del soggetto sovraindebitato di avere un *fresh start* con il riconoscimento alla tutela della sua dignità di vita – anche se con un arco temporale più lungo per l'edebitazione – mentre quelli che avranno accesso alla procedura dopo tale data, qualora rientranti nelle previsioni di cui al Titolo IV, Capo I, Sezioni I e II e Capo II Sezioni I, II e III, Titolo V, Sezione II Capo IX potranno forse partecipare al *fresh start* ma sicuramente non godranno di alcuna protezione derivante da una normativa in materia di usura, finalità assente nel D.Lgs 14/19, e sicuramente non vedranno in alcun modo riconosciuta loro alcuna salvaguardia della dignità di vita.

A questo punto quindi appare legittimo chiedersi per quale motivo il legislatore del DL 26 ottobre 2019, coordinato con la legge di conversione 19 dicembre 2019, non abbia voluto prima dare al soggetto sovraindebitato la possibilità di chiedere l'accesso alla procedura da sovraindebitamento e dopo verificare se sussista una concreta possibilità di ottenere una rinegoziazione ex art. 41 bis. Anche perché, nella norma viene ben sancito che: *“Il creditore procedente, se è richiesta la rinegoziazione, entro*

tre mesi svolge un'istruttoria sulla capacità reddituale del debitore. Il creditore è sempre libero di rifiutare la propria adesione all'istanza o di rigettare, anche successivamente alla presentazione dell'istanza congiunta, la richiesta di rinegoziazione avanzata dal debitore.”

Questo significa che innanzitutto il soggetto debitore, con in corso la procedura esecutiva, si preclude ogni possibilità di accedere in questi mesi alle procedure da sovraindebitamento in quanto dovrà sicuramente prima attendere che vengano pubblicati i decreti attuativi della Legge di conversione 19 dicembre 2019; e questo avverrà non prima del 31 marzo 2020: *“Con decreto del Ministro dell'economia e delle finanze, di concerto con il Ministro della giustizia e con il Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, sentita, la Banca d'Italia, entro novanta giorni dalla data di entrata in vigore della legge 157/19, saranno emanate le norme relative al contenuto e alle modalità di presentazione della domanda di rinegoziazione, alle modalità con cui il giudice dovrà procedere al suo esame, alla verifica del realizzazione delle finalità e del pagamento delle spese procedurali, all'estinzione della procedura esecutiva e alla surroga dell'eventuale banca terza finanziatrice nell'ipoteca, agli eventuali elementi ostativi alla concessione della rinegoziazione/ri-finanziamento e alla stipula dell'accordo, alle modalità e ai termini per il versamento della somma al Fondo di garanzia per la prima casa, le modalità di segnalazione nell'archivio della Centrale dei rischi della Banca d'Italia e in quelli dei sistemi di informazione creditizia, infine i termini, le condizioni e le modalità per l'accesso alle prestazioni della sezione speciale del Fondo di Garanzia per la prima casa”*.

Dovrà poi attendere che il creditore precedente decida se presentare l'istanza congiunta, processo che sicuramente non verrà attuato nell'immediato periodo.

Successivamente si prevede che il creditore si prenda tutti i tre mesi previsti dalla norma per esplicitare l'istruttoria.

Alla fine di tutto questo *iter*, può infine accadere che il creditore possa rifiutare l'adesione o rigettarla successivamente alla presentazione della domanda.

Nell'*itinere* della procedura, nulla di strano che si sia al 15 agosto 2020.

Da quel momento il creditore precedente, con la spesa di € 16,00 di marca da bollo, ai sensi dell'articolo 268, comma 2 D.Lgs 14/19, potrà depositare istanza di liquidazione controllata nei confronti del sovraindebitato. *“Il debitore in stato di sovraindebitamento puo' domandare con ricorso al tribunale competente ai sensi dell'articolo 27, comma 2, l'apertura di una procedura di liquidazione controllata dei suoi beni. 2. La domanda puo' essere presentata da un creditore anche in pendenza di procedure esecutive individuali e, quando l'insolvenza riguardi l'imprenditore, dal pubblico ministero.”*, ; soggetto che invece aveva rinunciato a presentare la medesima istanza nella vigenza della normativa che gli riconosceva la dignità di vita e la salvaguardia ai fini del reato di usura che, vogliamo qua ricordarlo, può interessare anche la stessa banca o la SPV, nella speranza alimentata dalla norma di poter rinegoziare il mutuo in maniera sostenibile.

2.1 - Conclusioni

Giova poi ricordare le ulteriori previsioni del provvedimento legislativo:

a) il quarto comma dell'art.41-bis prevede che i nuovi accordi possano essere assistiti dalla garanzia rilasciata dal Fondo di Garanzia per i mutui di Prima Casa, introdotto con la Legge di Stabilità 2014, nella misura del 50% dell'importo oggetto di rinegoziazione ovvero della quota capitale del nuovo finanziamento.

b) Raggiunto l'accordo circa la nuova rinegoziazione/rifinanziamento, l'eventuale ulteriore cifra debitoria verrà – sostanzialmente – cancellata e non sarà più possibile richiederla da parte del creditore.

c) Le imposte di registro, ipotecaria e catastale relative al trasferimento degli immobili sono applicate nella misura fissa di 200 euro agli atti di trasferimento in sede giudiziale degli immobili e all'eventuale successivo trasferimento dell'immobile residenziale al debitore. Tuttavia, si decade da tale beneficio qualora il debitore non mantenga la residenza nell'immobile per minimo i 5 anni successivi dalla data del trasferimento.

Tenuto conto che le rinegoziazioni dei mutui potranno (e per le banche che comunque dovessero aderire saranno) essere assistite da una garanzia rilasciata dal Fondo di garanzia per la prima

casa, che il Fondo è stato dotato di 5 milioni di euro, che la soglia media dei mutui per l'acquisto di prima casa è di duecentomila euro e che quindi l'intervento al cinquanta per cento sarà pari a circa centomila euro a famiglia, appare immediatamente evidente che alla fine solo cinquanta famiglie potranno beneficiare della garanzia del Fondo.

Concludendo quindi, e tenendo conto che fra le riserve di legge che il Governo ha voluto riservarsi vi è anche quella relativa alla verifica degli elementi che ostacolano la rinegoziazione/rifinanziamento, è auspicabile che il legislatore ponga maggiore attenzione su quelli che sono realmente gli elementi atti a: *“Al fine di fronteggiare, in via eccezionale, temporanea e non ripetibile, i casi piu' gravi di crisi economica dei consumatori...”*