

INTRODUZIONE

Il principale scopo che si vuole raggiungere mediante la scrittura di questo elaborato è quello di evidenziare alcune delle questioni applicative, emerse sia in dottrina che in giurisprudenza relativamente all'istituto della esdebitazione, introdotto nel nostro ordinamento con la riforma della legge fallimentare del 2006. Tale istituto consiste nella liberazione del debitore fallito dai debiti che residuano una volta conclusa la procedura fallimentare.

L'analisi dei profili problematici riguardanti l'esdebitazione sarà portata avanti mediante l'analisi delle norme che si riferiscono a tale istituto (artt. 142, 143, 144 l. fall.).

La tesi si articola in 4 capitoli.

Il primo capitolo tratta delle origini storiche dell'esdebitazione, prendendo in considerazione anche le caratteristiche principali dell'antecedente storico della esdebitazione, ovvero sull'istituto della riabilitazione civile.

L'idea della liberazione del debitore dai debiti residui è nata negli ordinamenti di *common law* ed è proprio dall'istituto anglosassone della *discharge* che il nostro legislatore ha attinto per organizzare gli aspetti basilari dell'esdebitazione, pertanto sarà data attenzione anche alle vicende evolutive degli ordinamenti inglese e statunitense.

Il secondo capitolo pone in essere una serie di profili comparatistici con altri Stati, come Stati Uniti e Francia.

Il terzo capitolo descrive il procedimento dell'esdebitazione. In seguito ad un inquadramento generale dell'istituto verranno analizzati, oltre all'ambito soggettivo di applicazione, anche le condizioni fissate dal legislatore come presupposti indispensabili al fine di ottenere il beneficio.

In particolare, la nostra attenzione si soffermerà sul requisito che impone al debitore di aver soddisfatto, almeno in parte i creditori concorsuali.

Il quarto e ultimo capitolo, infine, inerisce l'adozione del provvedimento di esdebitazione, quindi la decisione e gli effetti dello stesso nei confronti dei creditori; il reclamo e l'impugnazione del decreto di esdebitazione.

CAPITOLO 1

L'ESDEBITAZIONE DEL FALLITO

1.1. Origini storiche dell'esdebitazione

L'art. 128 del d.lgs. 6 gennaio 2006, n. 5, subentrando al capo IX della legge fallimentare approvata con il R.D. 16 marzo 1942, n. 267 (artt. 142-145), che regolamentava la riabilitazione del fallito, ha inserito all'interno del nostro ordinamento giuridico l'istituto innovativo della "esdebitazione"¹.

Tale termine non era presente nel vocabolario italiano, il quale invece conosceva il verbo "sdebitare" e la parola "indebitamento" come derivazione del verbo indebitare, per cui in corrispondenza del lessico il legislatore avrebbe dovuto nominare "sdebitamento" il nuovo istituto giuridico, anziché "esdebitazione" neologismo oltretutto cacofonico.

Basandosi sul modello della *discharge*, istituto di provenienza anglosassone, l'art. 142 l. fall. nella nuova formulazione aggiornata dal d.lgs. 12 settembre 2007, n. 1699, non circoscrive esplicitamente l'istituto giuridico dell'esdebitazione, bensì ne indica solamente l'effetto come «liberazione dai debiti residui (del fallito) nei confronti dei creditori concorsuali non soddisfatti».

¹ La liberazione del debitore, sia pure non a seguito del procedimento fallimentare, ma di una procedura di liquidazione giudiziaria del patrimonio di debitori insolventi civili era stata proposta nel progetto Orlando del 1909 («Riforme al codice di procedura civile» nel titolo II («*Disposizioni sull'esecuzione forzata*») capo VI («*Della liquidazione giudiziaria del patrimonio*»), il quale all'art. 70 disponeva: «*ultimata la liquidazione, il tribunale decide se il debitore meriti di essere liberato dalle obbligazioni che non furono per intero soddisfatte, tenendo conto della qualità ed importazione di esse, delle cause del dissesto e di ogni altra circostanza*»: si veda I progetti di riforma del processo civile (1866-1935), a cura di Tarzia e Cavallone, II, Milano, 1989, p. 884 ss.

La relazione ministeriale al d.lgs. n. 5/2006 individua la *ratio* dell'esdebitazione nel fine "di recuperare l'attività economica del fallito per permettergli un nuovo inizio, una volta azzerate tutte le posizioni debitorie"², finalità questa derivata dalla letteratura giuridica di provenienza anglo-americana la quale, definendo la *ratio* della *bankruptcy discharge*, parla di *to make a fresh start in life*.

Si tratta pertanto di una nuova etica del fallimento, per cui questa norma può essere vista come emblematica della filosofia cui il nuovo diritto fallimentare si ispira.³

1.2. Dalla riabilitazione civile all'esdebitazione.

L'istituto della riabilitazione, per mezzo del d.lgs. n. 5 del 2006 (entrato in vigore a partire dal 16 luglio 2006) è stato rimpiazzato da quello dell'esdebitazione.

Al fine di comprendere meglio questo passaggio è utile conoscere l'istituto della riabilitazione civile ex. art. 142 del R.D. 267/194 il quale stabiliva "*la riabilitazione fa cessare le incapacità personali che colpiscono il fallito per effetto della sentenza dichiarativa di fallimento e la sentenza che pronuncia la riabilitazione ordina la cancellazione del nome dal registro dei falliti*".

Il provvedimento inerente la riabilitazione doveva essere domandato dal debitore o dai suoi eredi una volta sentito il P.M. e veniva pronunciato con sentenza a conclusione di un procedimento svoltosi in camera di consiglio.

² Evitando così che il fallito operi di nascosto tramite familiari o prestanomi: cfr. PANZANI, *L'esdebitazione*, cit., p. 2097.

³ F. VASSALLI – F.P. LUISO – E. GABRIELLI, *Gli effetti del fallimento*, Torino, 2014, pp. 791-793.

Nonostante fosse previsto un procedimento camerale, la presenza del P.M. contraddistinta dalla peculiare analisi inquisitoria posta in essere sulla condotta del fallito, sembrava maggiormente indirizzata ad analizzare la presenza dei presupposti per negare il beneficio piuttosto che per concederlo.

Le condizioni per la riabilitazione previste dall'art. 143 della l. fall. erano tre e si ponevano tra loro in maniera alternativa: 1. Pagare completamente tutti i debiti del fallimento inclusi gli interessi e le spese; 2. La percentuale prevista per i creditori chirografari non poteva risultare meno del 25% oltre agli interessi se la percentuale veniva pagata in un termine che superava quello di sei mesi; 3. Provare l'effettiva e costante buona condotta che doveva tenersi per cinque anni dalla chiusura del fallimento.

La seconda condizione regolava un caso più diffuso in cui il tribunale considerava degno del beneficio della riabilitazione il fallito in ragione della percentuale dei crediti soddisfatti e, anche se nel concordato fallimentare non fosse disposta una percentuale minima di gradimento dei creditori in questione, ai fini della riabilitazione era invece fissata una percentuale minima di pagamento per tale categoria di creditori chirografari.

Il tribunale al quale veniva fatta domanda di riabilitazione doveva inoltre verificare un ravvedimento consistente misurato per un periodo di tempo pari a cinque anni e non poteva limitarsi alla mera analisi dell'atteggiamento tenuto dal debitore in relazione alle circostanze del fallimento o le condizioni del concordato.

Gli artt. 144 e 145 della vecchia l. fall. si occupavano rispettivamente del procedimento di riabilitazione e delle condanne penali che impedivano la stessa. L'istanza di riabilitazione veniva pubblicata per mezzo di affissione alla porta esterna del tribunale e, qualsiasi persona intendesse

opporsi a tale succitata istanza poteva farlo entro trenta giorni dalla data in cui l'affissione era avvenuta. Decorso tale termine, il tribunale poteva concedere o, viceversa, negare tale istituto. L'art. 145 prevedeva che la riabilitazione non poteva venire concessa se la persona del fallito aveva subito una condanna per bancarotta fraudolenta o per delitti contro il patrimonio, la fede pubblica, l'industria e il commercio a meno che non fosse intervenuta la riabilitazione prevista dalla legge penale e, nell'ipotesi in cui era in corso il procedimento per uno di tali succitati reati, la pronuncia sull'istanza di riabilitazione era soggetta a sospensione fino a pronuncia della sentenza definitiva.

A tutti gli interessati era poi data la possibilità di proporre reclamo avverso la sentenza che accordava o meno la riabilitazione.

Dallo studio di questi articoli si evidenzia una valutazione alquanto negativa dello *status* del fallito, della sua pericolosità economico-sociale e la sua condizione di cittadino posizionata ai margini del sistema.

Al debitore venivano prescritti traguardi economici particolarmente elevati in relazione alle singole classi di creditori e indispensabilità di giungere ad un giudizio di meritevolezza non solo con riguardo alla condotta tenuta dal debitore prima del verificarsi del fallimento e durante il corso della procedura ma anche nei cinque anni seguenti alla chiusura del fallimento medesimo.

Da tutto ciò ne derivava una compressione dei diritti fondamentali della persona per un periodo di tempo eccessivamente lungo, dal momento che la durata dell'intera procedura con il passaggio in giudicato delle sentenze di assoluzione inerenti al fallito poteva anche superare i venti anni con conseguente violazione del principio di ragionevole durata del processo e della tutela dei diritti fondamentali dell'uomo.

Lo scopo di tale istituto stentatamente poteva essere raggiunto quando il fallito era ancora in vita e per tale ragione sembrava maggiormente pertinente il riferimento contenuto nell'art. 144 all'interesse individuato in capo agli eredi del fallito di giungere *post mortem* a tale risultato.

Dunque, il moderno progredire dei rapporti economici, lo sviluppo di una differente cultura nonché le sentenze mediante le quali la Corte di Strasburgo ha condannato più volte il nostro Paese per l'illegittima violazione dei diritti fondamentali della persona, hanno spalancato le porte all'entrata dell'istituto relativo all'esdebitazione.⁴

1.3. *Ratio* e portata innovativa dell'istituto.

Nella legislazione del nostro Paese, in maniera somigliante a quanto è avvenuto in altre esperienze transnazionali, si è assistito ad un cambiamento nell'approccio ideologico-sistematico al fallimento.

Il fallimento nel corso degli anni ha perso la sua natura sanzionatorio-afflittiva per divenire uno strumento in grado anche di salvaguardare il fallito oltre che i creditori.

Tale concezione sanzionatorio-afflittiva trovava la sua derivazione storica agli inizi della nostra giurisdizione giuridica.

Nel diritto romano antico il creditore, il cui credito fosse stato riconosciuto mediante sentenza, o comunque fosse quantomeno certo, aveva l'opportunità di usufruire di una marcata azione personale: egli infatti

⁴ L. GHIA, *L'esdebitazione, evoluzione storica, profili sostanziali, procedurali e comparatistica*, in *La riforma della legge fallimentare*, a cura di Panzani, Milano, 2008.

poteva condurre il debitore dinanzi al tribunale ottenendo che il magistrato pronunciasse l'*addictio*⁵ del debitore in suo favore.

Il creditore era libero di trascinare il debitore, divenuto *addictus*, in catene presso di sé rispettando tuttavia l'obbligo di condurlo in tre differenti mercati, dichiarando a quanto ammontavano i debiti, in modo tale da poter permettere a coloro che si trovavano presso questi mercati di poterlo riscattare. Se ciò non accadeva il creditore poteva venire venduto come schiavo al di là del Tevere.⁶

A partire dall'età preclassica a tale procedimento appena descritto venne accostato quello relativo alla *bonorum venditio*, mediante cui il creditore veniva immesso dal giudice nel possesso dei beni del debitore, con funzioni di custode e al contempo si dava avviso (*proscriptio*) agli altri creditori che potevano fare il loro intervento.

Il debitore che non provvedeva ad effettuare il pagamento entro il termine di trenta giorni dalla *proscriptio* era colpito da infamia la quale provocava la massima vergogna sociale e l'impossibilità di ricoprire qualsivoglia carica pubblica.

La procedura seguiva poi attraverso la nomina di un *magister bonorum* che provvedeva alla preparazione della vendita all'asta del patrimonio, determinandone le condizioni che dovevano venire accettate dal magistrato.

Si aggiudicava il patrimonio del debitore, e quindi vinceva l'asta, colui che si proponeva di saldare la percentuale più alta di debiti ai creditori.

⁵ L'*addictio* nell'antica Roma era la consegna del debitore al suo creditore da parte del magistrato. Chi la subisce viene definito *addictus* e l'essere tale costituisce una condizione personale limitativa della libertà. Questi, infatti, si trovava nei confronti del suo creditore in una situazione di soggezione personale: con l'*addictio* veniva permessa l'esecuzione personale del debitore inadempiente.

⁶ M. MARRONE, *Lineamenti di diritto privato romano*, Torino, 2006, p. 32 ss.

Nell'età dei Comuni nasce il fallimento come esecuzione posta in essere dalla pubblica autorità e il fallito viene assoggettato a sanzioni penali e ad una serie di infamie, che variano da comune a comune⁷.

L'originaria impostazione del d.lgs. 267/42 risente fortemente della concezione afflittivo-sanzionatoria infamante del fallimento.

Infatti, fino alla novella del 2006 il fallito incappava in pesanti limitazioni, alcune persino non pertinenti all'attività di impresa.

Come è risaputo la disciplina del fallimento di cui al R.D. n. 267/42 prevedeva all'art. 50 la creazione e la conservazione, presso la cancelleria di ogni tribunale, di un registro nel quale dovevano essere inseriti tutti i nominativi di coloro che erano stati dichiarati falliti dal medesimo tribunale.

Ai sensi degli artt. 350 n. 5, 355 e 393 c.c. il fallito non poteva essere nominato tutore, protutore, curatore o arbitro. Non poteva inoltre essere nominato amministratore o sindaco di società di capitali, rappresentante comune degli obbligazionisti né liquidatore o commissario straordinario.

Oltre a queste limitazioni ve ne era un'altra, sicuramente non giustificata rispetto alla situazione del fallito, ossia la perdita dei diritti politici.

La legge 92/2015 infatti disponeva la cancellazione del fallito dalle liste elettorali, con effetto immediato della sentenza anche se non passata ancora in giudicato.

Restano ancora in vigore alcune norme che prevedono peculiari incapacità per il fallito, le quali vengono meno con l'esdebitazione: tra queste la più importante è quella che non permette al fallito, a meno che non abbia ottenuto la riabilitazione, di esercitare l'attività commerciale.

⁷ Tra cui la tortura, l'obbligo di portare un berretto bianco e verde, l'assimilazione a ladri e frodatori nonché la perdita della cittadinanza. E veniva prevista l'iscrizione in un apposito albo, abolito solamente nel 2006. Per uno studio inerente la concezione infamante del fallito nella storia del nostro Paese si veda L. GHIA, *L'esdebitazione. Evoluzione storica, profili sostanziali, procedimenti e comparatistici*, Milano, 2008, pp. 17-51.

Altre perdurano in singole leggi speciali tra le quali individuiamo il divieto di iscrizione nel ruolo di agente e rappresentante di commercio (art. 5, lettera c, legge n.204/1985) nonché di esercizio della professione stessa (art. 5, lettera c, legge 316/1968), il divieto di iscrizione al registro degli intermediari assicurativi e riassicurativi (art.110, comma 1, lettera c, d.lgs. n. 209/05) e infine la preclusione nel poter gestire esercizi di vendita di generi di monopolio (art. 6, n. 4 Legge 1293/1957).

Il testo che precedeva la riforma dell'art. 1 escludeva dal fallimento i piccoli imprenditori:

Sono considerati piccoli imprenditori gli imprenditori esercenti un'attività commerciale, i quali sono stati riconosciuti, in sede di accertamento ai fini della imposta di ricchezza mobile, titolari di un reddito inferiore al minimo imponibile. Quando è mancato l'accertamento ai fini dell'imposta di ricchezza mobile sono considerati piccoli imprenditori gli imprenditori esercenti una attività commerciale nella cui azienda risulta essere stato investito un capitale non superiore a lire novecentomila.

Il requisito delle novecentomila lire e la soppressione dell'imposta di ricchezza mobile, ad opera del D.P.R. 29 settembre 1973, n. 397, aveva portato ad assoggettare al fallimento un'ampia categoria di piccoli imprenditori e causato una disuguaglianza applicativa, da corte a corte, su quali soggetti potessero essere assoggettati a fallimento.

A tal proposito si è reso necessario l'intervento della Corte Costituzionale la quale, con sent. n. 570 del 22 dicembre 1989, ha stabilito che:

Le categorie di piccolo, medio e grande imprenditore, ed insolvente civile, nell'ordinamento economico e giuridico hanno posizioni nettamente differenziate. A fondare la distinzione, specie ai fini dell'assoggettabilità o meno alla procedura fallimentare, occorre un criterio assolutamente idoneo e sicuro. I limiti devono essere stabiliti in relazione all'attività svolta, all'organizzazione dei mezzi

impiegati, all'entità dell'impresa ed alle ripercussioni che il dissesto produce nell'economia generale. La insussistenza di validi presupposti per la diversificazione delle situazioni soggettive, che si volevano diversamente e distintamente disciplinate, crea anche disparità di trattamento, tanto più che, altre norme (artt. 2083 e 2221 del codice civile) pongono più validi criteri di distinzione.

La pronuncia della Corte partiva dal presupposto secondo cui l'ordinamento doveva prevedere in maniera chiara chi doveva essere assoggettato al fallimento e chi no.

Tali esigenze evidenziate dalla Corte hanno condotto alla formulazione del nuovo art. 1 della legge fallimentare⁸, il quale estromette dall'assoggettabilità al fallimento gli imprenditori che esercitano un'attività commerciale, alla presenza congiunta di tre criteri:

1. aver avuto, nei tre esercizi antecedenti la data di deposito della istanza di fallimento o dall'inizio dell'attività se di durata inferiore, un attivo patrimoniale di ammontare complessivo annuo non superiore ad euro trecentomila;

2. aver realizzato, in qualunque modo risulti, nei tre esercizi antecedenti la data di deposito dell'istanza di fallimento o dall'inizio dell'attività se di durata inferiore, ricavi lordi per un ammontare complessivo annuo non superiore ad euro duecentomila;

3. avere un ammontare di debiti anche non scaduti non superiore ad euro cinquecentomila.

Ciò fa sì che dal fallimento vengano esclusi un ampio numero di piccoli imprenditori che, per i motivi sopra riportati, non possono godere dell'esdebitazione.

⁸ Modificato prima con il D.lgs. n. 5 del 9 gennaio 2006 e poi con il D.lgs. 169 del 12 Settembre 2007.

1.4. L'esdebitazione del fallito.

I nuovi artt. 142, 143 e 144⁹ della legge fallimentare hanno provveduto ad inserire nell'ordinamento italiano l'istituto della esdebitazione.

Tale istituto permette al debitore di liberarsi dai debiti che, una volta chiuso il fallimento, sono rimasti insoddisfatti.

⁹ “Articolo 142 Esdebitazione

Il fallito persona fisica è ammesso al beneficio della liberazione dai debiti residui nei confronti dei creditori concorsuali non soddisfatti a condizione che:

- 1) abbia cooperato con gli organi della procedura, fornendo tutte le informazioni e la documentazione utile all'accertamento del passivo e adoperandosi per il proficuo svolgimento delle operazioni;
- 2) non abbia in alcun modo ritardato o contribuito a ritardare lo svolgimento della procedura;
- 3) non abbia violato le disposizioni di cui all'articolo 48;
- 4) non abbia beneficiato di altra esdebitazione nei dieci anni precedenti la richiesta;
- 5) non abbia distratto l'attivo o esposto passività insistenti, cagionato o aggravato il dissesto rendendo gravemente difficoltosa la ricostruzione del patrimonio e del movimento degli affari o fatto ricorso abusivo al credito;
- 6) non sia stato condannato con sentenza passata in giudicato per bancarotta fraudolenta o per delitti contro l'economia pubblica, l'industria e il commercio, e altri delitti compiuti in connessione con l'esercizio dell'attività d'impresa, salvo che per tali reati sia intervenuta la riabilitazione. Se è in corso il procedimento penale per uno di tali reati, il tribunale sospende il procedimento fino all'esito di quello penale.

L'esdebitazione non può essere concessa qualora non siano stati soddisfatti, neppure in parte, i creditori concorsuali.

Restano esclusi dall'esdebitazione:

- a) gli obblighi di mantenimento e alimentari e comunque le obbligazioni derivanti da rapporti estranei all'esercizio dell'impresa;
- b) i debiti per il risarcimento dei danni da fatto illecito extracontrattuale nonché le sanzioni penali ed amministrative di carattere pecuniario che non siano accessorie a debiti estinti.

Sono salvi i diritti vantati dai creditori nei confronti di coobbligati, dei fideiussori del debitore e degli obbligati in via di regresso

Articolo 143 Procedimento di esdebitazione Il tribunale, con il decreto di chiusura del fallimento o su ricorso del debitore presentato entro l'anno successivo, verificate le condizioni di cui all'articolo 142 e tenuto altresì conto dei comportamenti collaborativi del medesimo, sentito il curatore ed il comitato dei creditori, dichiara inesigibili nei confronti del debitore già dichiarato fallito i debiti concorsuali non soddisfatti integralmente.

Contro il decreto che provvede sul ricorso, il debitore, i creditori non integralmente soddisfatti, il pubblico ministero e qualunque interessato possono proporre reclamo a norma dell'articolo 26.

Articolo 144 Esdebitazione per i crediti concorsuali non concorrenti

Il decreto di accoglimento della domanda di esdebitazione produce effetti anche nei confronti dei creditori anteriori alla apertura della procedura di liquidazione che non hanno presentato la domanda di ammissione al passivo; in tale caso, l'esdebitazione opera per la sola eccedenza alla percentuale attribuita nel concorso ai creditori di pari grado).”

In questo modo il creditore torna *in bonis* (ovvero, verrà soddisfatto) riacquisendo così la possibilità di esercitare l'attività d'impresa.

Tale procedimento attivabile in seguito alla chiusura del fallimento, è condizionato dalla presenza di specifici presupposti e requisiti, sia oggettivi che soggettivi.

Si tratta di una delle novità più importanti inserite dalla riforma del fallimento, attuata mediante il D. Lgs n. 5 del 9 gennaio 2006, in seguito poi modificato dal D. Lgs n. 169 del 12 settembre 2007).

Grazie a questa innovazione il fallimento non origina più solamente effetti sconvenienti a carico del fallito, bensì procura al medesimo la possibilità giuridica di conseguire un beneficio che si riversa sul patrimonio, al di là della procedura stessa. Per tale ragione il fallimento costituisce un effetto favorevole che opera nel futuro, agendo sul piano dei rapporti sostanziali.

La novella ha eliminato gli artt. da 142 a 144 dedicati alla riabilitazione. Tale istituto faceva venir meno le incapacità personali scaturenti dalla sentenza dichiarativa di fallimento, disponendo tuttavia il totale pagamento di tutti i crediti ammessi nel fallimento o l'adempimento del concordato. Tuttavia la riabilitazione non estingueva i debiti del fallito, bensì si limitava ad evitare gli effetti maggiormente pregiudizievoli e poteva essere richiesta una volta trascorsi cinque anni dalla chiusura del fallimento.¹⁰

Una volta eliminato il registro dei falliti e cancellate le varie incapacità di natura strettamente personale che originavano dal fallimento, tale istituto era ontologicamente superato.

¹⁰ M. CARDOPATRI, *Riabilitazione ed esdebitazione*, in "Banca, borsa e titoli di credito", V, (2009), pp. 559 ss.

Era pertanto indispensabile la formazione di un nuovo istituto che, da un punto di vista soggettivo, riuscisse a dare consistenza alla nuovo pensiero posto alla base della riforma, diretto al recupero, nel caso in cui era possibile, dell'impresa in situazione di crisi nonché dell'imprenditore "onesto ma sfortunato", nella consapevolezza che il fallimento potesse considerarsi in alcune ipotesi come un evento incolpevole, strettamente correlato al rischio d'impresa.¹¹

Tuttavia l'ordinamento italiano non era riuscito a dar vita a delle soluzioni che potessero essere coerenti con una nuovo impostazione del fallimento e per tale motivo si è rivolto lo sguardo al diritto americano dove, nel *Bankruptcy Code*, è presente la *Discharge* che consente al debitore di essere liberato da tutte le obbligazioni che gravano su di lui per mezzo della liquidazione concorsuale dei beni che gli appartengono, qualunque sia la percentuale che viene riconosciuta ai creditori. L'applicazione della *discharge* rende permette al debitore una sorta di *Fresh Start*, ovvero un nuovo inizio che rende fattibile il suo recupero all'interno dell'economia nazionale.

Il procedimento di esdebitazione presente nel nostro Paese consente di liberare il fallito dai vincoli correlati al mancato pagamento dei creditori, in modo tale da permettergli di ricominciare da zero con un'attività d'impresa (operazione che invece non sarebbe attuabile se permanessero i debiti pregressi).

Si cerca quindi di recuperare un soggetto imprenditoriale, evitando in tal modo che il fallito si senta costretto ad esercitare l'attività di impresa mediante l'ausilio di un prestanome.

Dunque "*L'istituto della esdebitazione, omologo a quello già presente nella legislazione europea ed americana, costituisce una assoluta novità*

¹¹ P. PAJARDI, *Il codice del fallimento*, Milano, 2009, p. 1556.

introdotta nel sistema e consiste nella incentivante liberazione del debitore persona fisica dai debiti residui nei confronti dei creditori concorsuali non soddisfatti integralmente, seppur in presenza di alcune condizioni”¹².

Se si parla di “*incentivante liberazione*” è anche perché tra le ragioni che hanno indotto il legislatore ad inserire la nuova procedura vi è la volontà di creare un rilevante incentivo al fallito che lo spinge a ricorrere alla procedura concorsuale, potendo quest’ultima arrecare un indubbio beneficio.

L’imprenditore è inoltre incoraggiato a cooperare in maniera attiva con gli organi della procedura, dato che il vantaggio può essere conferito unicamente a quei soggetti che si sono comportati onestamente e in maniera collaborativa. Vengono pertanto fissate delle condizioni che concernono la condotta posta in essere dall’ex fallito durante la procedura concorsuale e altre inerenti la condotta precedente al fallimento e le cause che lo hanno determinato.

Altra finalità consiste nel premiare il fallito “onesto ma sfortunato” e, quindi, sostenere l’imprenditore assoggettabile a fallimento tenere, sia prima che nel corso della procedura, un atteggiamento ineccepibile, teso a tutelare le aspettative di gradimento dei creditori.

Alla base pubblicistica dell’esdebitazione viene pertanto individuato il fine di conseguire un reinserimento del fallito nel mondo della produzione e del consumo, con finalità inerenti lo sviluppo del settore economico e l’interesse pubblico a stimolare la correttezza dell’imprenditore-debitore nell’amministrazione della sua azienda e la cooperazione efficiente dello stesso nell’attuazione delle procedura concorsuale.

¹² A. PEZZANO (a cura di), *Il codice dei concordati e delle altre procedure concorsuali negoziali*, Torino, 2014, p. 774.

Quindi indirettamente viene anche garantito l'interesse della collettività dei creditori affinché la procedura si riveli la migliore possibile¹³.

L'introduzione dell'esdebitazione comporta importanti conseguenze nell'ordinamento italiano. In primo luogo il superamento dell'art. 120 l. fall. il quale, come risaputo, al terzo comma, disponeva che *“I creditori riacquistano il libero esercizio delle azioni verso il debitore per la parte non soddisfatta dei loro crediti per capitale e interessi”*.

Oggi a questo articolo è stato aggiunto l'inciso *“salvo quanto previsto dagli articoli 142 e seguenti”*, che per l'appunto provvedono a regolamentare l'esdebitazione.¹⁴

Pertanto l'esdebitazione rappresenta un nuovo meccanismo di inesigibilità dell'obbligazione derogando alla responsabilità patrimoniale personale dell'art. 2740 c.c. il quale dispone che *“il debitore risponde dell'adempimento della obbligazione con tutti i suoi beni presenti e futuri”* e di cui l'art. 120 l. fall. è l'applicazione in ambito fallimentare.

Lo scavalco di un pilastro del nostro ordinamento, quale è quello concernente la responsabilità personale si mostra indecifrabile laddove non si tenga conto che nel diritto americano, l'apertura della procedura di fallimento crea un patrimonio distaccato, disgiungendo il fallito dal proprio patrimonio.

¹³ In realtà, come riporta SANTORO V., *“Esdebitazione”* sub. Art. 142, 143, 144, in La riforma della legge fallimentare, (a cura di Alessandro Nigro e Michele Sandulli), Volume II, Torino, Giappichelli 2006 pag. 848 una forma arcaica e infamante di esdebitazione era presente a Napoli e a Firenze dove vi era l'abitudine di condurre i debitori insolventi presso il tribunale ove venivano denudati e costretti a battere il sedere su una colonna, o su un lastrone di marmo. Attraverso tale tipo di sanzione corporale essi venivano sdebitati.

¹⁴ Sull' istituto si veda anche Laura Marchitto, *Appunti in tema di esdebitazione del Fallito*, in *“Rivista del notariato”*, IV(2008), pp. 843 e seg., Lino Guglielmucci, *Manuale di Diritto Fallimentare*, Padova, Cedam, 2008 pp. 279 e seg. Emilio Norelli, *L'esdebitazione del fallito*, in *“Rivista esecuzione forzata”* IV(2006), pp. 681 e seg., Federica Allegritti, *L'esdebitazione nella legge fallimentare*, in *“Diritto e pratica del Fallimento”*, III (2006), pp. 12-e seg., Stefano Ambrosini, *L'Esdebitazione del fallito fra problemi interpretativi e dubbi di Costituzionalità*, in *“Il fallimento e le altre procedure concorsuali”*, II (2009) pp. 129 e seg.

Il beneficio è assegnato ai falliti persone fisiche, dal momento che sussiste alcun interesse all'applicazione alle società poiché l'art 118 della legge fallimentare impone che in persistenza di debiti non pagati le società siano depennate dal registro delle imprese. Inoltre, nell'ipotesi delle società di capitali è la loro stessa natura ad evitare l'estensione ai soci degli effetti dell'insolvenza.

Va ulteriormente rimarcato che, presumendo il fallimento, l'istituto è applicabile solamente ai soggetti fallibili di cui all'art. 1 l. fall., che, così come scritto dalla riforma del 2006, limita considerevolmente i soggetti a cui è applicabile il fallimento, estromettendo un'ampia categoria di piccoli imprenditori.

Questo rappresenta il basilare limite all'istituto, perché esso non viene applicato a coloro che non sono imprenditori commerciali e pertanto non possono essere dichiarati falliti, né certamente all'insolvente civile.

L'esdebitazione, pur comportando l'estinzione dei crediti rimasti pendenti non trova applicazione nei riguardi di alcune tipologie di crediti, previste dall'art. 142, penultimo comma: si tratta di obbligazioni scaturenti da diritti di carattere sociale, o estranei all'esercizio dell'impresa.

Restano infatti esclusi dal beneficio, e di conseguenza continuano ad essere esigibili, gli obblighi concernenti il mantenimento e gli alimentari e comunque "*le obbligazioni derivanti dai rapporti estranei all'esercizio dell'impresa*", i debiti per il rimborso dei danni derivanti da fatto illecito extracontrattuale, nonché le sanzioni penali e amministrative di tipo pecuniario che non siano accessorie a debiti estinti.

L'effetto è che mediante l'istituto dell'esdebitazione i crediti non appagati diventano inesigibili, pertanto l'esdebitato potrà opporre l'avvenuta esdebitazione al fine di far dichiarare inammissibili le azioni esecutive iniziate contro di lui dai creditori concorsuali.

L'obbligazione non si estingue bensì diventa inesigibile, ed è per tale ragione che l'art. 142, ultimo comma, specifica che restano salvi i diritti ostentati dai creditori nei confronti dei coobbligati, quali i fideiussori, obbligati in via di regresso ecc., analogamente a quanto previsto dagli art 135 e 184 in materia di concordato.

Se si ritiene che l'esdebitazione non estingua i debiti ma li renda inesigibili l'obbligazione esdebitata rimarrà in essere, venendo tuttavia meno la relativa azione.

Pertanto il credito subisce una sorta di declassamento, secondo alcuni autori, ad obbligazione naturale, con l'effetto che al debito esdebitato eseguito si applicherà l'art. 2034 c.c. il quale stabilisce che *“non è ammessa la ripetizione di quanto è stato spontaneamente prestato in esecuzione di obblighi morali o sociali”*¹⁵.

Relativamente all'ambito processuale l'esdebitazione viene concessa mediante decreto del tribunale (che valuterà l'esistenza dei requisiti ex art. 142), o nel medesimo decreto di chiusura del fallimento o su ricorso del debitore, presentato entro l'anno successivo alla dichiarazione del fallimento e sempre su istanza del fallito.

Contro il provvedimento è ammesso reclamo ai sensi dell'art. 26 della legge fallimentare.

¹⁵ Così V. Santoro, “Esdebitazione” cit. pag. 858. Contra Frascaroli Santi Elena, *L'esdebitazione del fallito: un premio per il fallito o una esigenza di mercato?* In “Il Diritto Fallimentare” I (2009), pag. 47.

1.4.1. Presupposti e condizioni soggettive e oggettive

Il debitore persona fisica viene ammesso al beneficio della liberazione dai debiti residui nei riguardi dei creditori concorsuali non soddisfatti a patto che:

1. *Abbia cooperato con gli organi della procedura, fornendo tutte le informazioni e la documentazione utile all'accertamento del passivo e adoperandosi per il proficuo svolgimento delle operazioni.*

Il legislatore in questo modo ha così inteso porre linee di comportamento che ineriscono al generico dovere di collaborazione che deve avere il debitore nei confronti degli organi della procedura.

È quindi palese che, ad esempio, il beneficio non potrà essere elargito al debitore che abbia violato esplicite disposizioni normative: l'art. 16, comma 2, n. 3. 1. fall. che presenta l'obbligo da parte del fallito di consegnare i bilanci e le scritture contabili e fiscali obbligatorie, nonché l'elenco dei creditori, entro tre giorni dall'avvenuta dichiarazione del fallimento, nel caso in cui lo stesso non vi abbia già provveduto ex art. 14 l. fall.; l'art. 41, comma 5, 1. fall., il quale pone l'obbligo in capo al debitore di somministrare informazioni e delucidazioni riconducibili ai più ampi poteri di ispezione riconosciuti ai creditori e al curatore; e ancora l'art. 86, comma 1, 1. fall., che dispone la consegna al curatore del denaro, dei titoli, delle scritture contabili e di ogni altra documentazione appartenente al fallito.

La prassi dà quindi rilevanza all'elemento soggettivo che assumerà valutazioni differenti a seconda della condotta di chi, sapendo dell'esistenza di un bene, non ne abbia riferito al curatore, pur non volendo nascondere, rispetto a chi, volontariamente, decida di non collaborare.

2. *Non abbia in alcun modo ritardato o contribuito a ritardare lo svolgimento della procedura.*

Il Tribunale dovrà verificare se il fallito abbia praticato attività che possono in qualche modo aver intralciato l'opera degli organi fallimentari. Il

riferimento è alla mancata o ritardata consegna alla curatela di beni mobili ovvero al rifiuto di liberare in maniera opportuna beni immobili, in modo così da impedire che si possa procedere velocemente alla loro vendita.

3. *Non abbia violato le disposizioni di cui all'art. 48.*

Questa norma prevede che il fallito debba consegnare al curatore la propria corrispondenza, anche elettronica «*riguardante i rapporti compresi nel fallimento*» affinché, all'inadempimento del fallito possa seguire l'esclusione dal beneficio dell'esdebitazione.

4. *Non abbia beneficiato di altra esdebitazione nei dieci anni precedenti la richiesta.*

L'inserimento del requisito della irripetibilità della concessione del beneficio nell'arco temporale di dieci anni è volto a limitare, effettivamente, il c.d. *moral hazard*. Si vuole cioè rinnovare la necessità di una considerazione minuziosa del rischio economico, circoscrivendo allo stesso tempo il pericolo di un abuso dell'istituto da parte di chi, ad esempio, voglia sfuggire dalla garanzia prevista dall'art. 2740 c.c. ricorrendo al fallimento e alla seguente esdebitazione, proprio con l'intento di sottrarre ai creditori beni che si sa di dover apprendere in futuro.

A tal proposito, la meritevolezza del debitore può venir misurata a partire dalla rilevazione dei dati numerici inerenti l'ammontare totale dell'indebitamento e al valore dell'attivo i quali, spesso, rappresentano indice del comportamento doloso di chi, pur nella coscienza della insufficienza delle risorse economiche da destinare alla propria impresa, prosegua nello svolgimento dell'attività, gravando, così i numeri e gli effetti del dissesto.

È proprio in tale circostanza che va individuata la linea di confine tra rischio d'impresa e azzardo, così da distinguere, rispettivamente ciò che può e ciò che invece deve, senza alcun dubbio, qualificarsi come elemento di colpevolezza se non addirittura di dolo.

5. *Non abbia distratto l'attivo o esposto passività insussistenti, cagionato o aggravato il dissesto rendendo gravemente difficoltosa la ricostruzione del patrimonio e del movimento degli affari o fatto ricorso abusivo al credito.*

Qui il riferimento riguarda singole fattispecie di reato collegate al fallimento come:

- a) La bancarotta fraudolenta (art. 216 l. fall.)
- b) La bancarotta semplice (art. 217 l. fall.);
- c) Il ricorso abusivo al credito (art. 218 l. fall.).

L'interpretazione della norma è estensiva, tale da ricomprendere anche quelle fattispecie che, seppur non penalmente rilevanti, comportino una grave lesione della *par condicio creditorum* (ossia la parità di trattamento dei creditori).

6. *Non sia stato condannato con sentenza passata in giudicato per bancarotta fraudolenta o per delitti contro l'economia pubblica, l'industria e il commercio, e altri delitti compiuti in connessione con l'esercizio dell'attività d'impresa, salvo che per tali reati sia intervenuta la riabilitazione. Se è in corso il procedimento penale per uno di tali reati, il tribunale sospende il procedimento fino all'esito di quello penale.*

Come si ricava distintamente dalla lettera della norma, altro elemento ostativo all'esdebitazione consiste, per il fallito, nell'aver subito una condanna, passata in giudicato, per i summenzionati reati. Elemento di novità è il riferimento al passaggio in giudicato della sentenza, che non veniva riportato nella precedente normativa in tema di riabilitazione, la quale si riferiva unicamente alla mera condanna.

L'intervento correttivo posto dal legislatore mira a vigilare il principio costituzionale inerente la presunzione d'innocenza, secondo il quale,

solamente a seguito della chiusura definitiva del procedimento potrà essere confutata o rilevata l'esdebitazione.¹⁶

L'art. 142, al di là della chiara elencazione dei casi di esenzione dal beneficio esdebitatorio (cfr. comma 3)¹⁷ pone al comma 2 un'ulteriore condizione «*l'esdebitazione non può essere concessa qualora non siano stati soddisfatti, neppure in parte, i creditori concorsuali*». In altri termini si ritiene che la condizione venga soddisfatta anche se in sede di riparto solamente alcune categorie di creditori non abbiano ricevuto nulla.¹⁸

Pertanto, in conclusione, al fine di ottenere l'esdebitazione è necessario soddisfare le condizioni soggettive e oggettive:

- Quanto alle prime, basilare è la chiusura del fallimento con la conseguente soddisfazione parziale dei creditori concorsuali. L'assenza di un pagamento, anche se solamente in minima parte, rendere impossibile la concessione di tale istituto. Questa condizione è dettata dal fatto che la disciplina dell'esdebitazione non viene applicata all'intero debito contratto, bensì alla sola parte di esso rimasta insoddisfatta in seguito alla chiusura del fallimento.
- Quanto alle seconde, viene richiesto un atteggiamento il più possibile improntato sulla trasparenza da parte del fallito. La presentazione di una situazione contabile dell'impresa fallita diversa dalla realtà è impeditiva alla concessione del beneficio dell'esdebitazione.¹⁹

¹⁶ GHIA L., SEVERINI F., PICCININNI C., *Trattato delle procedure concorsuali*, UTET, Torino, 2011.

¹⁷ La legge stabilisce che «*restano esclusi dall'esdebitazione: a) gli obblighi di mantenimento e alimentari e comunque le obbligazioni derivanti da rapporti estranei all'esercizio dell'impresa; b) i debiti per il risarcimento dei danni da fatto illecito extracontrattuale nonché le sanzioni penali ed amministrative di carattere pecuniario che non siano accessorie a debiti estinti*». L'ultimo comma ha cura di precisare che «*Sono salvi i diritti vantati dai creditori nei confronti di coobbligati, dei fideiussori del debitore e degli obbligati in via di regresso*».

¹⁸ *Ibidem*.

¹⁹ RINALDI M., *Come gestire i lavoratori dalla crisi al fallimento*, Maggioli Editore, Rimini, 2013, p. 51.

1.4.2. L'esdebitazione "per buona condotta".

È stata prevista un'esdebitazione limitatamente alle persone fisiche, anche in caso di cessazione del fallimento non fondata su un accordo concordatario, sulla base di un giudizio positivo di meritevolezza.

Tale istituto, come ampiamente precisato sopra, è diretto a favorire il reinserimento dell'insolvente nell'attività produttiva senza il peso dei debiti precedenti e senza dover far ricorso, come invece accadeva prima, all'ausilio dei prestanomi.

Il beneficio dell'esdebitazione può venir concesso come misura premiale di un comportamento collaborativo con gli organi della procedura, specificato ai nn. 1,2 e 3 del comma 1 dell'art. 142, poc'anzi spiegato.

Occorre inoltre che siano stati soddisfatti almeno in parte i creditori concorsuali (il riferimento è a quelli chirografari), come previsto dal comma 2 sempre del medesimo articolo. Tuttavia, con sentenza Cass., sez. un., 18 novembre 2011, n. 24215, si è statuito che *"per la concessione del beneficio dell'esdebitazione non è necessario che tutti i creditori concorsuali siano soddisfatti almeno parzialmente, bensì è sufficiente che almeno parte dei creditori sia stata soddisfatta, essendo invero rimesso al prudente apprezzamento del giudice accertare quando la consistenza dei riparti realizzati, valutati comparativamente rispetto a quanto complessivamente dovuto, costituisca quella parzialità dei pagamenti richiesta per il riconoscimento del beneficio"*. Questa interpretazione sembra essere condizionata dalla considerazione secondo cui, seguendo la tesi più restrittiva, poiché l'attribuzione di una sia pur minima percentuale ai creditori chirografari ipotizza l'antecedente soddisfacimento completo dei creditori privilegiati, il beneficio dell'esdebitazione non potrebbe essere

concordato nei frequenti casi nei quali il fallimento si chiuda con un riparto a favore di alcuni o di tutti i creditori privilegiati, ma non dei creditori chirografari; e infatti, nella motivazione si legge che *“un’applicazione dell’istituto del tutto marginale, marginalità che vanificherebbe sostanzialmente la rilevanza dell’innovazione e dei risultati che da essa il legislatore si proponeva di poter conseguire”*.

Senonché il principio di diritto enunciato dalle Sezioni Unite da una parte introduce un correttivo, rappresentato dall’attribuzione al giudice del potere di *“accertare quando ... la consistenza dei riparti realizzati consenta di affermare che l’entità dei versamenti effettuati, valutati comparativamente rispetto a quanto complessivamente dovuto, costituisca quella parzialità dei pagamenti richiesta per il riconoscimento del beneficio sul quale è controversia”*; dall’altra di permettere una esdebitazione per buona condotta e pertanto senza alcun corrispettivo (neppure quello previsto dall’ordinamento tedesco inerente la cessione dei futuri guadagni) anche quando non sia fattibile un’esdebitazione per concordato.

Anche l’esdebitazione per buona condotta, come quella per concordato, non produce l’estinzione dei debiti residui; infatti l’art. 143, comma 1, specifica che il tribunale *“dichiara inesigibili nei confronti del debitore già dichiarato fallito i debiti concorsuali non soddisfatti integralmente”* e l’art. 142, ultimo comma, dispone che restano salvi i diritti nei confronti di coobbligati, fideiussori e obbligati in via di regresso.

Il premio della buona condotta del fallito si traduce in questo modo in una sorta di penalizzazione dei coobbligati, dei fideiussori e degli obbligati in via di regresso, che continuano a rispondere e, a causa dell’effetto derivante dall’esdebitazione del fallito, perdono il diritto al regresso.²⁰

²⁰ GUGLIELMUCCI L., *Diritto fallimentare*, Giappichelli, Torino, 2017, p. 296-297.

1.5. I crediti esclusi dall'esdebitazione

Alcuni limiti ritenuti essenziali dal legislatore al fine di evitare la formazione di una situazione di sproporzionato privilegio a favore del debitore, concernono alcune tipologie di crediti.

Per espressa previsione normativa sono pertanto esclusi dall'esdebitazione:

- Gli obblighi di mantenimento, alimentari e comunque obbligazioni derivanti da rapporti estranei all'esercizio dell'impresa. L'intenzione legislativa intende tutelare i diritti strettamente personali del fallito e i bisogni vitali suoi e della sua famiglia, facendoli prevalere senza dubbio sulle ragioni creditorie. Inoltre i debiti menzionati sono collegati all'esigenza di sopravvivenza di altri soggetti e non possono estinguersi nell'immediato, qualunque cosa accada al debitore. Gli obblighi di mantenimento e alimentari corrispondono agli obblighi nei confronti del coniuge, anche in ipotesi di separazione e divorzio (art. 156 c.c. e art. 5 l. n. 898/1970), e dei figli legittimi e naturali riconosciuti (artt. 147 e 261 c.c.). gli obblighi alimentari riguardano:
 - I figli naturali non riconosciuti o non riconoscibili (art. 279 c.c.);
 - L'obbligazione nei confronti di chi si trova in stato di bisogno e non è in grado di provvedere autonomamente al proprio mantenimento (art. 438 c.c.), limitatamente ai soggetti ex art. 433 c.c. e al donatario (art. 437 c.c.).

Il riferimento alle obbligazioni nascenti da rapporti estranei a quello dell'esercizio di impresa è stato inserito dal decreto correttivo in sostituzione della diversa dizione «derivanti da rapporti non compresi nel fallimento ai sensi dell'art. 46». Con questa previsione

si è voluto evitare il ricorso alla sola elencazione tassativa di cui all'art. 46 l. fall.

- I debiti per il risarcimento dei danni derivanti da fatto illecito extracontrattuale nonché le sanzioni penali ed amministrative di carattere pecuniario che non siano accessorie a debiti estinti.

Anche in questa ipotesi la volontà educatrice del legislatore punta a scongiurare la possibilità di fallimenti pilotati in maniera tale da potersi disfare anche di tali obbligazioni. La *ratio* dell'esonero del beneficio trova fondamento nella natura personale della responsabilità penale (ex art. 27 Cost.) o amministrativa (ex art. 3, l. n. 689/1981), che non può venir meno per il solo fatto del sopraggiungere dell'esdebitazione del fallito.

Il gruppo di crediti spiegato nella norma si riferisce unicamente alla natura extracontrattuale dell'obbligazione risarcitoria. Questa indicazione pertanto origina una serie di incertezze in sede interpretativa in ragione del fatto che non sempre dottrina e giurisprudenza concordano nell'individuare il carattere extracontrattuale dell'obbligazione.

Per quanto concerne le sanzioni pecuniarie penali, esse riguardano casi di reato quali, ad esempio, il commercio di sostanze alimentari contraffatte o nocive, o alle sanzioni pecuniarie irrogate quali accessori della pena per reati ambientali compiuti nell'ambito dell'attività produttiva di impresa, per i quali il legislatore ha ritenuto di non voler rimuovere la portata sanzionatoria delle norme incriminatrici neanche dinanzi ad un accadimento rilevante come il fallimento, non ritenendo che ciò possa rappresentare di per sé un fattore che dispensi dalla responsabilità penale personale.

Per sanzioni amministrative si intendono, ad esempio, quelle correlate ai molti reati depenalizzati o alla violazione di direttive UE

inerenti i rifiuti pericolosi e così via, come anche sono ricomprese le sanzioni amministrative derivanti dal mancato pagamento dei contributi previdenziali.²¹

²¹ ANGLANI A., CESARIS F., FAUDA G., MARELLI F., SESSA G.C., *Fallimento a altre procedure concorsuali*, Wolters Kluwer Italia Srl, Milano, 2017.