



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TRENTO

Facoltà di Giurisprudenza

Corso di Laurea Magistrale in Giurisprudenza

TESI DI LAUREA

**PROFILI APPLICATIVI DEL NUOVO ISTITUTO DELLA
ESDEBITAZIONE**

Relatrice:

Dott.ssa Laura Baccaglini

Laureanda:

Giorgia Cordioli

PAROLE CHIAVE: Fallimento – Esdebitazione – Effetti – Procedimento di
esdebitazione – Reclamo

Anno Accademico 2010/2011

PROFILI APPLICATIVI DEL NUOVO ISTITUTO DELLA ESDEBITAZIONE

INDICE

| | |
|--------------------|---|
| INTRODUZIONE | 1 |
|--------------------|---|

CAPITOLO PRIMO

ORIGINI DELL'ESDEBITAZIONE NELL'ORDINAMENTO ITALIANO E NEL PANORAMA COMPARATO

| | |
|---|----|
| 1. L'antecedente storico dell'istituto: la riabilitazione civile | 3 |
| 2. L'esdebitazione nel progetto di legge redatto dalla Commissione Trevisanato | 13 |
| 3. I successivi disegni di legge | 17 |
| 4. Le ragioni della regolamentazione | 20 |
| 5. Esdebitazione e diritto comparato: le origini e l'evoluzione della discharge nel diritto inglese e statunitense | 26 |
| 6. (Segue) Riflessioni socio-economiche sull'evoluzione giuridica della procedura fallimentare e suoi riflessi sull'istituto della discharge nei Paesi angloamericani | 31 |
| 7. La situazione attuale e le ultime prospettive di riforma | 35 |

CAPITOLO SECONDO

PROFILI SOSTANZIALI DELLA ESDEBITAZIONE

| | |
|---|----|
| 1. Inquadramento generale dell'esdebitazione | 45 |
| 2. Ambito soggettivo di applicazione | 50 |
| 3. Possibili profili di incostituzionalità quanto all'ambito soggettivo di applicazione dell'istituto..... | 55 |
| 4. Il presupposto oggettivo della esdebitazione: la chiusura del fallimento | 58 |
| 5. I requisiti soggettivi dell'art. 142: condotte poste in essere nel corso della procedura..... | 63 |
| 6. Segue: condizioni riferite a comportamenti del fallito anche anteriori alla dichiarazione di insolvenza..... | 68 |
| 7. La soddisfazione parziale dei creditori: la posizione della dottrina | 75 |
| 8. Segue: la posizione della giurisprudenza | 81 |
| 9. I debiti esclusi dall'esdebitazione | 85 |
| 10. Esdebitazione e regime transitorio..... | 91 |

CAPITOLO TERZO

IL PROCEDIMENTO DI ESDEBITAZIONE

| | |
|---|-----|
| 1. Rilievi introduttivi sul procedimento: competenza, domanda e tempi di proposizione | 95 |
| 2. Oggetto del processo | 99 |
| 3. Legittimazione attiva e passiva nel procedimento di esdebitazione. | 104 |
| 4. La pronuncia della Corte Costituzionale n. 181 del 30 maggio 2008 | 109 |
| 5. Segue: osservazioni critiche in merito alla pronuncia della Consulta | 113 |
| 6. La fase istruttoria: verifica delle condizioni di cui all'art. 142 e giudizio di meritevolezza | 116 |

| | | |
|----|--|-----|
| 7. | Audizione di curatore e del comitato dei creditori | 120 |
|----|--|-----|

CAPITOLO QUARTO

IL PROVVEDIMENTO DI ESDEBITAZIONE: EFFETTI E VICENDE IMPUGNATORIE

| | | |
|-----|---|---------|
| 1. | La decisione: forma, contenuto ed efficacia temporale del provvedimento | 124 |
| 2. | Ambito soggettivo di applicazione del provvedimento: il debitore e i coobbligati | 131 |
| 3. | Segue: l'ammissione al passivo dei fideiussori e coobbligati | 133 |
| 4. | Gli effetti del provvedimento nei confronti dei creditori | 140 |
| 5. | La rinuncia all'esdebitazione..... | 144 |
| 6. | La pronuncia d'ufficio | 149 |
| 7. | Profili processuali del reclamo | 152 |
| 8. | I termini per il reclamo | 156 |
| 9. | Il procedimento di reclamo ex art. 26 | 159 |
| 10. | Esdebitazione: vicende impugnatorie e coordinamento con la disciplina della riapertura del fallimento. | 165 |
| 11. | Altri mezzi di impugnazione e vicende successive all'esdebitazione | 169 |
| 12. | Osservazioni conclusive | 171 |
| | BIBLIOGRAFIA | 182 |

INTRODUZIONE

L'obiettivo di questo lavoro è quello di mettere in luce alcune delle questioni applicative, emerse sia in dottrina che in giurisprudenza quanto al nuovo 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 al termine della procedura fallimentare.

L'analisi dei profili problematici dell'esdebitazione sarà condotta attraverso la disamina delle norme che a tale istituto fanno riferimento (artt. 142, 143, 144 l. fall.).

L'indagine sarà articolata in tre diverse fasi: in un primo momento la descrizione sarà concentrata sulle caratteristiche principali dell'antecedente storico della esdebitazione, ovvero sull'istituto della riabilitazione civile. I due istituti risulteranno profondamente distanti e ciò a causa dell'evoluzione dell'idea di fallimento che è andata sviluppandosi nel nostro ordinamento. Tale evoluzione è stata condizionata in parte anche dalle opinioni espresse dai diversi organi in ambito comunitario e dalle varie esperienze a cui si è potuto attingere sul piano comparato.

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 predisporre gli aspetti essenziali dell'esdebitazione, pertanto saranno messe in luce anche le vicende evolutive degli ordinamenti inglese e statunitense.

La seconda fase dell'indagine permetterà di far luce sui profili sostanziali dell'esdebitazione: dopo un inquadramento generale dell'istituto saranno esaminati, oltre all'ambito soggettivo di applicazione, le condizioni poste dal legislatore come presupposti imprescindibili 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. Come si vedrà, tale circostanza ha creato non pochi problemi sia a livello dottrinale che giurisprudenziale.

La terza fase, infine, riguarderà gli aspetti prettamente processuali della esdebitazione, il cui procedimento è suddiviso in due gradi di giudizio, in quanto, il provvedimento di primo grado con cui il tribunale concede il beneficio potrà essere successivamente reclamato alla Corte d'appello.

Il problema principale che emerge dalla disposizione che disciplina il primo grado di giudizio (art. 143 l.fall.) riguarda l'individuazione dei legittimati passivi: su questo punto è intervenuta anche la Corte costituzionale. In seguito all'analisi di tale pronuncia vedremo quali sono gli aspetti che rimangono critici sia in tema di legittimazione passiva, sia nell'ambito degli effetti derivanti dal provvedimento di esdebitazione, con particolare attenzione al tema dei diritti di coobbligati, fideiussori e obbligati in via di regresso.

La trattazione si concluderà con una disamina del procedimento di reclamo e di alcune delle possibili vicende successive alla chiusura del procedimento di esdebitazione¹.

¹ Ove non diversamente segnalato, gli articoli di legge indicati senza alcuna specificazione si intendono riferiti alla legge fallimentare attualmente in vigore.

CAPITOLO PRIMO

ORIGINI DELL'ESDEBITAZIONE NELL'ORDINAMENTO ITALIANO E NEL PANORAMA COMPARATO

1. L'antecedente storico dell'istituto: la riabilitazione civile

Con il d.lgs. 5/2006, il legislatore ha introdotto nel nostro ordinamento l'istituto della esdebitazione che ha sostituito (in parte allargandone le maglie) l'antecedente storico della riabilitazione civile. Per di affrontare l'indagine sulle caratteristiche, nonché sugli aspetti applicativi e problematici del nuovo istituto, ci sembra opportuno prendere le mosse da una descrizione del quadro normativo precedente, analizzando le caratteristiche principali della riabilitazione civile, sia dal punto di vista tecnico, che dal punto di vista della sua collocazione nel contesto della vecchia legge fallimentare. In seguito, ci si soffermerà sulle tappe che hanno portato all'introduzione della esdebitazione (analizzando in particolare le ragioni della sua introduzione) e sul contesto nel quale si inserisce il nuovo istituto.

La riabilitazione civile puntava al reinserimento del fallito nella società, eliminando le conseguenze giuridiche personali determinate dal fallimento². Il nome del fallito veniva cancellato dal registro dei falliti, creato sulla base dell'art. 50 della vecchia legge fallimentare. Conseguentemente, il suo *status* di soggetto decotto, così come le incompatibilità previste a suo carico e la sospensione di alcune capacità, venivano meno al termine della procedura di fallimento³. La riabilitazione era concessa su istanza del fallito o dei suoi eredi, sentito il pubblico ministero, con sentenza pronunciata in camera di consiglio, dal contenuto costitutivo. Essa veniva considerata quale parte ulteriore e

² Paluchowsky, Pajardi, *Manuale di diritto fallimentare*, Milano, 1993, 726.

³ L'effetto riguardava, naturalmente, quelle incapacità che non venivano meno in maniera automatica con il provvedimento di chiusura del fallimento. Infatti, già la cessazione della procedura faceva venir meno alcune incapacità personali come quella che riguarda la libertà di circolazione del fallito. Quindi è chiaro che la riabilitazione si riferiva a quelle incapacità che residuavano dopo il provvedimento di chiusura. Paluchowsky, Pajardi, *Manuale di diritto fallimentare*, cit., 726.

complementare, seppure separata nel tempo, della statuizione che aveva decretato la chiusura del fallimento⁴.

Naturalmente la riabilitazione civile del fallito non costituiva effetto automatico del venir meno della procedura concorsuale né, tanto meno, poteva considerarsi effetto incondizionato: infatti, come poco sopra accennato, il provvedimento doveva essere richiesto dal debitore o dai suoi eredi e veniva pronunciato dopo aver sentito il pubblico ministero, al termine di un procedimento in camera di consiglio⁵.

Nonostante la riabilitazione costituisse apparentemente un beneficio a favore del debitore, in un sistema fallimentare con finalità meramente punitive nei confronti degli imprenditori insolventi, manteneva comunque una certa coerenza; infatti, l'intervento del pubblico ministero si poneva in un'ottica di tipo inquisitorio e l'indagine compiuta dall'organo giudicante era volta, piuttosto che alla valutazione dei presupposti che potevano portare alla riabilitazione, alla ricerca degli elementi negativi che avrebbero escluso la concessione di tale beneficio⁶.

Per comprendere appieno questa osservazione, è utile analizzare il contenuto del vecchio art. 143 che disciplinava le condizioni per ottenere la riabilitazione. Tale beneficio poteva essere concesso al fallito che avesse pagato interamente tutti i crediti ammessi nel fallimento, compresi gli interessi e le spese. In alternativa si richiedeva che il fallito avesse regolarmente adempiuto il concordato, quando il tribunale lo ritenesse meritevole del beneficio, tenuto conto delle cause e circostanze del fallimento, delle condizioni del concordato e della misura della percentuale. La riabilitazione non poteva essere concessa se la percentuale stabilita per i creditori chirografari fosse stata inferiore al venticinque per cento, oltre gli interessi se la percentuale avesse dovuto essere pagata in un termine maggiore di sei mesi. Infine, per poter ottenere la riabilitazione era necessario che il fallito avesse dato prove

⁴ Satta, *Diritto fallimentare*, Padova, 1974, 331; Provinciali, *Manuale di diritto fallimentare*, Milano, 1970, 1812.

⁵ Ghia, *L'esdebitazione. Evoluzione storica, profili sostanziali, procedurali e comparatistici*, Milano, 2008, 127; Cordopatri, *Riabilitazione ed esdebitazione*, in *Banca borsa tit. cred.* 2009, V, 559, www.dejure.it.

⁶ Ghia, *L'esdebitazione*, cit., 128.

effettive e costanti di buona condotta per un periodo di almeno cinque anni dalla chiusura del fallimento.

La prima condizione enunciata avrebbe potuto realizzarsi solo in casi estremamente rari, ovvero non realizzarsi per nulla: il pagamento di cui discorreva l'art. 143 n. 1 avrebbe dovuto riguardare non soltanto i crediti ammessi, ma anche i crediti concorsuali ma non concorrenti, per i quali la domanda di ammissione al passivo non fosse stata presentata oppure fosse stata rigettata. Il pagamento avrebbe dovuto inoltre comprendere, oltre al capitale, anche gli interessi maturati prima dell'apertura del procedimento (poiché quelli che fossero maturati successivamente sarebbero stati sospesi proprio all'inizio del fallimento stesso) e le spese, comprese quelle relative all'eventuale esercizio provvisorio dell'impresa⁷. In ogni caso, si considera che il pagamento sarebbe potuto intervenire in ogni forma, sia mediante soddisfazione diretta da parte del fallito, sia in via di soddisfazione esecutiva⁸.

Il problema che si poneva in questo contesto era quello di capire se, una volta soddisfatta tale condizione, il fallito avesse acquisito un diritto alla riabilitazione civile, ovvero se il giudice avesse mantenuto ancora dei poteri discrezionali in merito alla concessione del beneficio. Pare corretto propendere per quest'ultima soluzione e quindi considerare l'alternatività delle condizioni menzionate nell'art. 143 come "imperfetta", poiché comunque era necessaria l'indagine sulla meritevolezza del fallito da parte del tribunale. Il debitore fallito non aveva un diritto soggettivo ad ottenere la riabilitazione e quindi la concessione del beneficio rimaneva sempre una facoltà del tribunale che non era mai obbligato a concederlo.

Anche qualora il fallito avesse pagato tutti i suoi debiti, al giudice restava sempre la facoltà di non ritenerlo meritevole rispetto alle cause del dissesto, ovvero al suo contegno nel corso della procedura: quindi, la

⁷ Riguardo questo primo requisito, non sembra che la norma ponga particolari vincoli circa la modalità di soddisfacimento dei crediti che potrà quindi avvenire sia attraverso il pagamento spontaneo da parte del debitore, sia mediante la distribuzione del ricavato della liquidazione da parte degli organi fallimentari. Vitale, voce *Riabilitazione civile*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, 2; Paluchowsky, Pajardi, *Manuale di diritto fallimentare*, cit., 728.

⁸ Satta, *Diritto fallimentare*, cit., 331.

valutazione della buona condotta non si sarebbe risolta in un generico comportamento da “buon cittadino”, ma avrebbe dovuto estendersi allo specifico svolgimento di un’attività volta alla riparazione del danno prodotto col fallimento⁹.

Nella pratica poi occorre osservare che, se il debitore avesse avuto a disposizione le somme per il pagamento integrale dei creditori, compresi gli interessi e le spese, probabilmente non sarebbe stata aperta a suo carico una procedura di fallimento; tutt’al più avrebbe potuto optare per la via della procedura concordataria¹⁰.

La condizione prevista al numero 2 era di certo quella che nella prassi si realizzava più spesso: anche in questo caso, però, l’organo giudicante non avrebbe potuto prescindere dal giudizio di meritevolezza basato, in questo caso, sulla percentuale di soddisfazione dei creditori, nonché sul sacrificio che questi avrebbero potuto subire a causa del concordato.

Rispetto a questa previsione, il periodo di tempo di sei mesi, previsto per il pagamento della percentuale a favore dei creditori chirografari, decorso il quale questi avrebbero acquisito il diritto a percepire anche gli interessi, sarebbe iniziato a decorrere dalla sentenza di omologazione del concordato¹¹.

Qualora fosse intervenuto un concordato fallimentare il debitore, in conseguenza dell’omologazione e dell’esecuzione dell’accordo, sarebbe stato liberato dai debiti residui; tuttavia, sarebbe comunque rimasto fallito, e avrebbe necessitato, pertanto, della riabilitazione civile, al fine di riacquistare tutte le sue capacità.

Nel caso di concordato preventivo con cessione dei beni, se il debitore avesse soddisfatto i creditori chirografari parzialmente (con ciò intendendosi anche la corresponsione di una somma irrisoria), poiché non

⁹ Vitale, voce *Riabilitazione civile*, cit., 2; Provinciali, *Manuale di diritto fallimentare*, cit., 1812; Satta, *Manuale di diritto fallimentare*, cit., 332; Paluchowsky, Pajardi, *Manuale di diritto fallimentare*, cit., 729 afferma che “la riabilitazione non costituisce, pur in presenza delle condizioni, un diritto per il fallito e che quindi in definitiva una indagine di meritevolezza sociale si impone in ogni caso, così come si impone per la natura delle cose la discrezionalità del tribunale nel giudizio di meritevolezza”.

¹⁰ Ghia, *L’esdebitazione*, cit., 128.

¹¹ Vitale, voce *Riabilitazione civile*, cit., 2; Ghia, *L’esdebitazione*, cit., 129.

era stato dichiarato fallito e, pertanto, non era stato iscritto nel relativo registro, non avrebbe necessitato della riabilitazione.

Invece, il debitore sottoposto al fallimento avrebbe dovuto assicurare il pagamento integrale dei creditori privilegiati, nonché parziale (con una quota pari almeno al 25%) dei creditori chirografari¹².

E' proprio sulla differenza che intercorreva tra la disciplina cui era sottoposto il debitore che avesse ottenuto un concordato e il caso in cui questi, a seguito di un fallimento avesse dovuto richiedere la riabilitazione, che emerge il carattere punitivo che permeava, nonostante le apparenze, anche la disciplina della riabilitazione civile¹³.

Comunque, la discrezionalità del giudice appariva maggiormente accentuata rispetto al terzo presupposto. Infatti, in questo caso, l'indagine sulla meritevolezza non era legata ad alcuna circostanza oggettiva, poiché al tribunale era richiesto solamente di valutare se il fallito avesse tenuto, in maniera evidente e verificabile da parte dell'organo stesso, un comportamento onesto e corretto per un periodo di tempo di almeno cinque anni dalla chiusura del fallimento. Tale ultimo requisito non era richiesto per la valutazione dei due precedenti, anche se forse poteva incidervi in maniera indiretta attraverso una valutazione del tribunale relativa anche ai modi in cui si era chiuso il fallimento¹⁴.

Si trattava di un giudizio condizionato dall'evoluzione dell'idea di fallimento che si collocava in ambienti sociali ed economici i quali, con il tempo, sarebbero profondamente mutati. Infatti sono state abbandonate progressivamente, sul punto, le teorie che davano esclusiva o prevalente attenzione ai profili di moralità del fallito e ci si è orientati maggiormente su criteri di tipo economico, per la valutazione della buona condotta¹⁵.

Questo giudizio di meritevolezza aveva lo scopo di individuare l'esistenza di un ravvedimento concreto del debitore, per un periodo di tempo

¹² Ghia, *L'esdebitazione*, cit., 130.

¹³ Ghia, *L'esdebitazione*, cit., 130.

¹⁴ Provinciali, *Manuale di diritto fallimentare*, cit., 1816. Sarebbe auspicabile che il tribunale non concedesse la riabilitazione nel caso in cui "l'ex fallito si fosse dedicato ad altra attività commerciale con metodi illegittimi o biasimevoli o con risultati infausti per i creditori o per l'economia in generale".

¹⁵ Ghia, *L'esdebitazione*, cit., 131.

piuttosto consistente; quindi, non ci si doveva limitare, come per le ipotesi precedenti, ad una valutazione delle cause e circostanze del fallimento ovvero alle condizioni del concordato¹⁶.

Oltre ai presupposti indicati nell'art. 143 che andavano valutati positivamente, nella disciplina della riabilitazione civile non mancavano alcune condizioni che precludevano la possibilità di cancellazione del nome del fallito dal registro di cui all'art. 50, nonché quella di poter riacquistare le capacità sospese.

Infatti il debitore non doveva essere stato condannato per il reato di bancarotta fraudolenta, per delitti contro il patrimonio, la fede pubblica, l'economia pubblica e il commercio¹⁷.

La valutazione di questi presupposti era da estendersi non solo alle previsioni contenute nel codice penale, ma altresì a quelle disciplinate in leggi speciali, avendo quindi riguardo all'oggettività della condotta. L'impedimento rappresentato dalla condanna per uno di questi reati, veniva superato qualora per gli stessi fosse intervenuta a favore del fallito la riabilitazione penale¹⁸.

Un problema che era sorto rispetto alla disciplina della riabilitazione civile riguardava il fatto che la stessa potesse essere applicata anche alle società: in dottrina sul punto si era aperto un dibattito nel quale la soluzione negativa si basava sul fatto che l'obiettivo della riabilitazione era quello di eliminare le incapacità personali, concetto connesso in maniera imprescindibile a quello di persona fisica¹⁹.

¹⁶ Vitale, voce *Riabilitazione civile*, cit., 2; Ghia, *L'esdebitazione*, cit., 131.

¹⁷ Art. 144 l.fall. ante riforma 2006.

¹⁸ La riabilitazione civile e quella penale hanno lo stesso fondamento giuridico che consiste nel recupero sociale di individui che sono stati sottoposti a restrizioni da parte della legge. Nonostante questo fondamento comune si differenziano quanto al modo in cui il risultato viene conseguito: per la riabilitazione civile, come abbiamo visto, il risultato è ottenuto mediante la cancellazione del nome del fallito dal registro. La riabilitazione penale si ottiene invece in modo diretto dal provvedimento del giudice penale, con l'eliminazione anche di tutte le pene accessorie. In campo penale è anche possibile revocare la riabilitazione e, solo in questo caso, è possibile in seguito proporre una nuova istanza, prima che sia trascorso un termine uguale a quello fissato per l'istanza precedentemente rigettata. Vitale, voce *Riabilitazione civile*, cit., 1; Andrioli, voce *Fallimento*, in *Enciclopedia del diritto*, XVI, 459; Provinciali, *Manuale di diritto fallimentare*, Milano, 1970, 1810.

¹⁹ Provinciali, *Manuale di diritto fallimentare*, Milano, cit., 1819.

Chi sosteneva la tesi opposta, invece, fondava la propria opinione sul fatto che il concetto di “fallito” fosse sufficientemente ampio da poter ricomprendere non solo le persone fisiche, ma anche le società e che quindi si sarebbero dovute applicare a queste le norme che non richiedevano quale presupposto essenziale la presenza di una persona fisica, poiché ci sarebbero state delle incapacità personali che anche le società avrebbero avuto interesse a rimuovere come, ad esempio l'esclusione dalle funzioni di esattore²⁰.

Per coordinare questa possibilità con il dato di fatto che alla chiusura del fallimento la società sarebbe stata cancellata dal registro delle imprese, la dottrina in esame distingueva tra lo scioglimento e l'estinzione della società: il problema avrebbe potuto essere risolto considerando che la volontà sociale non si sarebbe esaurita con il conseguimento dello scopo o con l'impossibilità di raggiungerlo e che, fino a quando la società fosse rimasta formalmente in vita, non si sarebbe potuta escludere la possibilità di una rinascita derivante da un atto di volontà dei soci²¹.

Pertanto, secondo questa parte della dottrina, il fallimento avrebbe dovuto essere considerato alla stregua di una causa di scioglimento e non di estinzione delle società le quali, rivivendo, si sarebbero ritrovate “nelle condizioni di un fallito che aspira alla sua riabilitazione”²².

Per completare questa breve trattazione sulla disciplina della riabilitazione civile, è opportuno dare conto anche della norma che forniva indicazioni sul procedimento: l'istanza di riabilitazione, ex art. 144, era pubblicata mediante affissione alla porta del tribunale, che restava comunque libero di ordinare altre forme di pubblicità. Il tribunale competente a pronunciarsi sulla riabilitazione era lo stesso che si era pronunciato sul fallimento tranne nell'ipotesi di fallimenti successivi pronunciati da diversi tribunali. In

²⁰ Satta, *Diritto fallimentare*, Padova 1974, 336. Dello stesso avviso Andrioli, voce *Fallimento*, in *Enciclopedia del diritto*, XVI, 459.

²¹ Satta, *Diritto fallimentare*, cit., 336; Paluchowsky, Pajardi, *Manuale di diritto fallimentare*, cit., 728.

²² Satta, *Diritto fallimentare*, cit., 337. Secondo Provinciali, *Manuale di diritto fallimentare*, cit., 1820 saremmo in presenza di una forzatura interpretativa.

questo caso sarebbe stato competente quello che si fosse pronunciato per ultimo²³.

In seguito all'affissione, chiunque intendeva opporsi alla concessione della riabilitazione avrebbe potuto depositare in cancelleria, entro trenta giorni, le proprie deduzioni. Decorso questo periodo di tempo il tribunale avrebbe provveduto sulla richiesta di riabilitazione e tale pronuncia sarebbe stata reclamabile alla Corte d'appello. Rispetto al procedimento, è di immediata deduzione il fatto che l'affissione alla porta del tribunale dell'istanza di riabilitazione non rappresentava uno strumento idoneo per portare a conoscenza gli interessati della richiesta stessa, nonostante potesse successivamente essere integrata da nuove forme di pubblicità disposte dal tribunale²⁴.

Su questo istituto della riabilitazione civile, così come scandito dalla disciplina positiva, il giudice restava "unico arbitro del proprio tempo", poiché non sembrava legato ai cardini del giusto processo e, quindi, alla ragionevole durata dello stesso, quanto meno rispetto all'istanza di riabilitazione²⁵.

In conclusione, possiamo affermare che la caratteristica più evidente di questo istituto andava ricercata nella tutela dei diritti dei creditori all'interno di una logica di tipo garantista: ed è proprio in quest'ottica che devono leggersi le prescrizioni circa l'ostacolo alla concessione della riabilitazione, rappresentato dalla condanna del fallito per alcuni reati o delitti e la disposizione che prevedeva la sospensione del procedimento di riabilitazione, in pendenza di un processo penale per la condanna ai medesimi reati²⁶.

Pertanto, questo istituto era permeato da una logica ancora fortemente negativa del fallimento, che qualificava il fallito quasi come un pericolo per

²³ Provinciali, *Manuale di diritto fallimentare*, cit., 1811.

²⁴ Ghia, *L'esdebitazione*, cit., 131; Provinciali, *Manuale di diritto fallimentare*, cit., 1820; Paluchowsky, Pajardi, *Manuale di diritto fallimentare*, cit., 732.

²⁵ Ghia, *L'esdebitazione*, cit., 132.

²⁶ Tali condanne penali riguardano il reato di bancarotta fraudolenta e i delitti contro l'economia, il patrimonio, la fede pubblica e il commercio. Ghia, *L'esdebitazione*, cit., 132.

l'economia pubblica, confinandolo ai margini del sistema e rendendo tortuoso il percorso per ottenere la riabilitazione²⁷.

Come si vedrà, le differenze principali che emergono da questa descrizione tra la riabilitazione civile e il nuovo istituto della esdebitazione, le cui caratteristiche saranno esaminate nei capitoli seguenti, riposano sul fatto che mentre la prima si riferiva alla sfera personale del fallito, l'esdebitazione produce i suoi effetti in ambito patrimoniale. Infatti, con il provvedimento del tribunale si ottiene "l'inesigibilità nei confronti del debitore già dichiarato fallito, dei debiti concorsuali non soddisfatti integralmente": pertanto, si tratta di un istituto che si riferisce ai rapporti con i creditori²⁸.

L'istituto della riabilitazione civile non era idoneo ad incidere sui rapporti di natura patrimoniale del fallito e quindi non aveva nessun effetto sulla disposizione di cui all'art. 120, per la quale con la chiusura della procedura i creditori riacquistano il libero esercizio delle loro azioni. Tale differenza di effetti si spiega ponendo l'attenzione sulla *ratio* dei due istituti: mentre con la riabilitazione si cercava di recuperare la qualificazione morale e sociale del fallito, con l'esdebitazione tale recupero avviene per l'impresa, per consentire ad essa una nuova possibilità sul mercato²⁹.

Questo sistema fortemente garantista, però, si scontra con la tutela dei diritti fondamentali della persona (del fallito), che sono compressi per un periodo di tempo piuttosto consistente, in violazione dei principi comunitari sulla ragionevole durata del giudizio e sulla tutela dei diritti fondamentali³⁰.

²⁷ Le garanzie economiche da assicurare ai creditori e i criteri del giudizio di meritevolezza che si spingono fino alla valutazione del comportamento del fallito anche nei cinque anni successivi alla chiusura del fallimento, non rendevano di certo immediato il riscatto sociale del debitore. Ghia, *L'esdebitazione*, cit., 132.

²⁸ Cordopatri, *Riabilitazione ed esdebitazione*, cit., 559.

²⁹ Cordopatri, *Riabilitazione ed esdebitazione*, cit., 559.

³⁰ Ghia, *L'esdebitazione*, cit., 133.

È chiaro che un sistema di questo tipo non poteva rispondere alle esigenze reali che andavano modificandosi, in una prospettiva economica del tutto diversificata ed in continua evoluzione³¹.

I problemi sul rispetto dei diritti fondamentali nell'ambito della riabilitazione civile sono stati di recente affrontati dalla Corte costituzionale che, nella sentenza del 27 febbraio 2008 n. 39, ha affermato innanzitutto come, sulla base dell'art. 117 Cost., le norme della CEDU devono considerarsi vigenti nel nostro ordinamento. La loro interpretazione è riservata alla Corte di Strasburgo la quale, in numerose pronunce, ha considerato le disposizioni contenute nella legge fallimentare lesive dei diritti fondamentali della persona, poiché hanno una forte incidenza "sulla possibilità di sviluppare le relazioni col mondo esteriore e foriere, quindi, di un'ingerenza non necessaria in una società democratica"³². La giurisprudenza europea ha inoltre riscontrato una violazione dell'art. 8 della CEDU in quanto il rispetto della vita privata andrebbe inteso anche con riferimento alle "attività di natura professionale e commerciale, considerato che proprio nell'ambito del lavoro le persone intrattengono un gran numero di relazioni con il mondo esteriore"³³.

L'iscrizione automatica del debitore nel registro dei falliti, le incapacità che da questa derivavano e il tempo necessario per ottenere la riabilitazione si ponevano evidentemente in contrasto con la tutela della vita privata nel senso appena descritto³⁴.

La disciplina della riabilitazione civile sarebbe quindi da ritenere incostituzionale, oltre che per la violazione dell'art. 117 Cost., anche per contrasto con l'art. 3, poiché le incapacità che da essa derivavano a danno del fallito non si fondavano sulle cause del dissesto, oltre al fatto che permanevano anche al termine della procedura fallimentare, assumendo un carattere meramente sanzionatorio³⁵.

³¹ Ghia, *L'esdebitazione*, cit., 133.

³² C. cost. Sent. 39/2008.

³³ C. cost. Sent. 39/2008.

³⁴ Ghia, *L'esdebitazione*, cit., 163.

³⁵ Ghia, *L'esdebitazione*, cit., 163.

2. L'esdebitazione nel progetto di legge redatto dalla Commissione Trevisanato

Nella prospettiva di una riforma della legge fallimentare e dopo i tentativi mal riusciti di due leggi delega che, seppure complete, non furono mai adottate (C-7458 e C-7497) nel 2001, presso il Ministero della Giustizia, era stata istituita la Commissione per la riforma della disciplina delle procedure concorsuali (c.d. Commissione Trevisanato) che avrebbe dovuto elaborare un nuovo progetto di legge delega³⁶.

Tuttavia, nel corso dei lavori della Commissione si crearono alcune divergenze tra i membri della stessa, in ordine alla predisposizione di alcune norme, nonché in ordine al loro contenuto. Pertanto, nel 2003 vennero presentate al Ministero della giustizia due proposte di legge delega elaborate rispettivamente dal gruppo di maggioranza e dal gruppo di minoranza dei commissari³⁷.

Rispetto all'istituto della esdebitazione, i lavori della Commissione costituirono il primo tentativo di introduzione dell'istituto nell'ordinamento giuridico italiano, con ciò segnando una profonda svolta rispetto alle precedenti considerazioni sul fallimento e, più in generale, sull'idea dell'economia e dell'andamento del mercato imprenditoriale³⁸.

I principi ispiratori della riforma emergevano dalla Relazione al testo, o meglio, ai testi elaborati dalla commissione. Nell'ottica di riforma dell'intera procedura fallimentare, in tale Relazione si sottolineava la necessità di

³⁶ La proposta aveva l'obiettivo di sostituire le procedure concorsuali in vigore (fallimento, concordato preventivo, amministrazione controllata, liquidazione coatta amministrativa, amministrazione straordinaria) con una nuova disciplina articolata in meccanismi di prevenzione e di allerta, in una procedura di composizione concordata della crisi e in una procedura di insolvenza. Inoltre, la disciplina proposta non prevedeva procedure differenti sulla base delle dimensioni o delle caratteristiche delle imprese. Infatti, le procedure disciplinate erano applicabili a piccoli imprenditori, individuali e sociali, ad imprenditori commerciali e agricoli, così come a grandi imprese in difficoltà. Questa scelta propende quindi per una differenziazione tra le procedure sulla base del fatto che queste fossero tendenti al risanamento ovvero che, essendo riferite a situazioni di insolvenza irreversibile, perseguissero esclusivamente finalità di tipo liquidatorio.

³⁷ Del gruppo di minoranza facevano parte i membri di Confindustria, della Banca d'Italia e dell'Abi.

³⁸ Ghia, *L'esdebitazione*, cit., 134.

discostarsi dalla concezione del fallimento come rimedio di tipo meramente sanzionatorio e liquidatorio basato su un'arcaica concezione della vita economica e del mercato, per cui un'impresa coinvolta in un dissesto avesse definitivamente perso ogni potenzialità in termini di produzione di ricchezza³⁹.

Inoltre, ci si poneva l'obiettivo di mantenere in vita quelle imprese che, pur in uno stato di crisi, potevano avere ancora un ruolo nel mercato: quindi, in tale contesto, erano poste sullo stesso piano la necessità di valorizzare gli organismi produttivi e quella di soddisfare i creditori.

Un altro principio direttivo che veniva evocato era quello che riguardava il comportamento collaborativo del fallito, utile per una tempestiva emersione della crisi d'impresa: è proprio a questo principio che si può ricollegare l'istituto dell'esdebitazione, nel senso che la liberazione del debitore (proposta qui per la prima volta come nuovo istituto da introdurre nel nostro ordinamento) non sarebbe più stata solo il risultato di un procedimento concordatario, ma sarebbe potuta derivare anche dalla procedura di liquidazione, qualora il debitore avesse tenuto un comportamento collaborativo e non ostruzionistico⁴⁰.

La disciplina del nuovo istituto della esdebitazione, così come proposta dalla commissione Trevisanato, disponeva che il Tribunale potesse concedere il beneficio con il decreto che chiudeva il procedimento di liquidazione, qualora il debitore ne avesse fatto istanza, tenendo conto di alcuni presupposti di tipo sostanziale e del comportamento collaborativo del fallito, fatti salvi i crediti vantati nei confronti di coobbligati e fideiussori⁴¹.

³⁹ Quasi testualmente Relazione *sub* Art. 5. È sulla base di questa nuova concezione dell'economia, del mercato e dello stesso fallimento che la procedura di liquidazione non si dovrebbe più fondare su un criterio di tipo dimensionale.

⁴⁰ Relazione *sub* Art. 2 in www.ilfallimento.it. Il testo dei disegni di legge è reperibile per intero in *Diritto fallimentare*, 2003, VI, 2064 e ss.

⁴¹ Si abbandonava, quindi, l'indifferenziata riabilitazione prevista come sistema che operava in automatico alla chiusura del procedimento. L'istituto sarebbe stato comunque applicabile anche con la cessazione del procedimento di sorveglianza e, pertanto, non più dopo cinque anni nei quali il fallito avrebbe dovuto tenere un comportamento corretto e collaborativo, com'era invece previsto nel caso della riabilitazione civile. Ghia, *L'esdebitazione*, cit., 135.

Era quindi da escludere che l'esdebitazione avesse un "effetto traslativo, [cioè] non poteva essere ricollegata ad un fatto estintivo di natura transattiva, né negoziale", tale da far venir meno anche le obbligazioni a carico di terzi, in deroga al principio civilistico per cui sarebbe dovuto da parte del fideiussore, quanto dovuto dal debitore principale⁴². Contro il decreto di accoglimento era prevista la possibilità di fare opposizione da parte del curatore e dei creditori non integralmente soddisfatti, qualora il debitore avesse "distratto l'attivo o esposto passività inesistenti, cagionato o aggravato il dissesto rendendo gravemente difficoltosa la ricostruzione del movimento degli affari o qualora il debitore avesse fatto ricorso abusivo al credito". Il reclamo era previsto anche per il debitore, nel caso in cui l'esdebitazione fosse stata rigettata⁴³.

Gli effetti del nuovo istituto avrebbero dovuto colpire, per l'intero ammontare del credito, anche i creditori concorsuali non concorrenti salvo che questi non avessero dimostrato, mediante opposizione, che avevano ignorato incolpevolmente l'esistenza della procedura. In tal caso, l'esdebitazione sarebbe stata concessa solo qualora il debitore avesse loro corrisposto quanto questi creditori avrebbero potuto percepire all'interno della procedura⁴⁴.

I presupposti ai quali era subordinata la concessione del beneficio potevano ricondursi alla generale volontà di sanzionare quei comportamenti dolosi che il fallito poneva in essere prima della dichiarazione di fallimento e che non potevano portare a considerarlo come debitore "onesto ma sfortunato".

Veniva menzionata esplicitamente la necessità che il debitore tenesse un comportamento collaborativo e, nell'individuare i presupposti della esdebitazione, si cercava di garantire il soddisfacimento di alcuni diritti in capo ai creditori, rispetto alla porzione del loro credito che sarebbe andata

⁴² Art. 1994 c.c.; Ghia, *L'esdebitazione*, cit., 135, 136.

⁴³ Ghia, *L'esdebitazione*, cit., 134. Il testo fa riferimento all'art. 173 del disegno di legge definitivo e sostitutivo della vecchia legge fallimentare.

⁴⁴ Ghia, *L'esdebitazione*, cit., 136.

scomparendo con l'esdebitazione: si richiedeva, in particolare, che fosse stato pagato almeno il venti per cento dei crediti chirografari⁴⁵.

Nella Relazione al testo proposto dalla maggioranza dei partecipanti alla Commissione, emergeva la necessità di adeguare l'ordinamento italiano in materia di fallimento, alle discipline di altri Stati, in particolare dei paesi di *common law*.

La scelta di introdurre l'istituto della esdebitazione si giustificava considerando la difficoltà che avrebbero incontrato i creditori nell'esperire un'azione esecutiva con esito positivo alla chiusura del fallimento: infatti, oltre al fatto che erano rare le ipotesi in cui l'imprenditore aveva, al termine della procedura, beni sufficienti per un ulteriore pagamento, nella prassi i casi di riapertura del fallimento erano esigui. Inoltre, e forse è questa la giustificazione più pregnante, l'esdebitazione si mostrava in linea con la nuova idea di fallimento che si sarebbe voluto sviluppare nel nostro ordinamento⁴⁶.

La necessità della soddisfazione totale dei creditori privilegiati, e quella parziale (del 20%) di quelli chirografari, era volta a sollecitare la collaborazione del fallito, per ottenere una liquidazione dei beni il più efficace possibile e, non di meno, per evitare comportamenti volti alla sottrazione di beni dall'attivo fallimentare⁴⁷.

La proposta della Commissione Trevisanato, per quanto innovativa rispetto al tema che ci riguarda, presentava qualche lacuna nella disciplina dell'istituto: mancava, per esempio, l'indicazione dei soggetti cui "spettasse l'onere di effettuare le notifiche del ricorso per ottenere l'esdebitazione"⁴⁸. Non erano neppure previste le modalità per rendere nota l'emissione del decreto di esdebitazione e quale fosse il regime dei crediti di regresso vantati dai fideiussori che non vedevano estinta, con l'esdebitazione, la propria obbligazione di pagamento nei confronti dei creditori. Inoltre, nei confronti dei creditori concorsuali non concorrenti, la possibilità di fare opposizione mal si conciliava con i tempi già

⁴⁵ Ghia, *L'esdebitazione*, cit., 135; Relazione *sub* Art.14.

⁴⁶ Relazione *sub* Art.14.

⁴⁷ Relazione *sub* Art.14.

⁴⁸ Ghia, *L'esdebitazione*, cit., 136.

estremamente lunghi della procedura fallimentare e, pur restringendo il campo delle opposizioni ai casi in cui il creditore fosse stato in buona fede, lasciava aperti molti dubbi sul procedimento probatorio⁴⁹.

In ogni caso, i due progetti risultanti dai lavori della Commissione Trevisanato erano così divergenti che il Ministro della giustizia decise di creare una nuova commissione, questa volta più ristretta, con il compito di elaborare direttamente un disegno di legge sostitutivo della vecchia legge fallimentare. Neanche questo disegno di legge, però, raggiunse le aule del Parlamento e fu travolto dalla fine della legislatura⁵⁰.

3. I successivi disegni di legge

Il progetto di legge della Commissione Trevisanato, a causa dei tempi previsti per la sua conclusione, venne scavalcato da un disegno di legge con il quale il Governo intendeva adottare misure urgenti per la modifica, in linea con l'evoluzione giurisprudenziale, della normativa del 1942⁵¹.

Il d.l. 14 marzo 2005 n. 35, denominato "*Piano di azione economico sociale e territoriale*", pur non riguardando direttamente l'istituto della esdebitazione, si poneva nei confronti di questo come presupposto indispensabile, poiché con tale provvedimento si prendeva atto che la legge fallimentare, così come operava nell'ordinamento, costituiva "un vero e proprio ostacolo" allo sviluppo dell'economia in Italia⁵².

Il d.l. 35/2005 si occupava della disciplina del concordato e della revocatoria fallimentare, modificandone la disciplina: in tema di revocatoria fallimentare si introducevano alcune esenzioni a favore dei creditori bancari e per la composizione negoziale della crisi d'impresa, allargando la protezione delle intese privatistiche raggiunte dal debitore

⁴⁹ Ghia, *L'esdebitazione*, cit., 136, 137.

⁵⁰ *La riforma della disciplina della crisi d'impresa in progetto* concorrenza di Confindustria, coordinato da Cipolletta, Micossi, Nardozi, 8. Ghia, *L'esdebitazione*, cit., 138.

⁵¹ Ghia, *L'esdebitazione*, cit., 138.

⁵² Ghia, *L'esdebitazione*, cit., 138.

con i suoi maggiori creditori⁵³. Per quanto riguarda il concordato preventivo, invece, il decreto 35/2005 poneva in essere una modifica sostanziale della precedente disciplina, cercando di superarne le rigidità, così da consentire un utilizzo più esteso dell'istituto tenendo come punto di riferimento i modelli statunitensi di *corporate reorganisation*.

I principi su cui queste modifiche erano state approntate si riferivano in particolar modo alla volontà di consentire all'imprenditore di mantenere in vita la propria attività; nello stesso tempo si cercava di garantire al ceto creditorio il miglior soddisfacimento possibile, nella prospettiva generale di miglioramento del sistema economico⁵⁴.

Le modifiche introdotte in via d'urgenza con il d.l. 35/2005 sono state in seguito fissate con la legge delega 80/2005 che, per quanto ci interessa, conferiva al Governo il potere di apportare una compiuta riforma delle procedure concorsuali, mantenendo in vita le disposizioni introdotte con il decreto n. 35.

La legge delega indicava esplicitamente la volontà di introdurre nell'ordinamento l'istituto della esdebitazione⁵⁵. Nella relazione illustrativa si faceva menzione delle esperienze presenti in altri ordinamenti europei ed alla legislazione americana, sottolineando che l'esdebitazione "costituisce una assoluta novità 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. L'obiettivo era quello di recuperare l'attività economica del fallito per permettergli un nuovo inizio, una volta azzerate tutte le posizioni debitorie"⁵⁶.

Nelle legislazioni in cui l'istituto è già stato sperimentato, l'esdebitazione viene strutturata in maniera tale da prevenire, attraverso impedimenti e/o

⁵³ Osservazioni sulla legge delega 80/2005 e sulla bozza di d. lgs. approvata dal cdm 23.9.2005 sulla riforma della legge fallimentare in www.magistraturademocratica.it

⁵⁴ Il nuovo concordato preventivo, circolare della Fondazione Luca Pacioli, 28 ottobre 2005, in www.irdec.it

⁵⁵ L'istituto entrerà ufficialmente in vigore nell'ordinamento con il d.lgs. 5/2006.

⁵⁶ Relazione illustrativa allo schema di decreto legislativo recante "la riforma organica delle procedure concorsuali di cui al regio decreto 16 marzo 1942, n. 267" in www.ilcaso.it.

preclusioni, utilizzi impropri della procedura concorsuale a danno dei creditori⁵⁷.

In verità, anche nel nostro ordinamento, nel corso della storia, si sono adottati istituti con finalità esdebitatoria. Esempi di questo genere si ritrovano nel diritto intermedio in alcuni Regni costituiti sul territorio italiano, nei quali la liberazione dai debiti poteva ottenersi attraverso la sottoposizione ad una punizione di tipo corporale: questo strumento aveva l'obiettivo di assicurare la pace sociale "al prezzo della pubblica vergogna del debitore insolvente"⁵⁸.

Prima ancora che entrasse in vigore la legge fallimentare del 1942, Carnelutti aveva sottolineato l'importanza dell'esdebitazione a favore del debitore (anche se con riferimento al sistema concordatario), poiché era necessario garantire la produzione e lo sviluppo dell'economia, interessi che sarebbero stati da considerare superiori a quelli dei creditori e che avrebbero potuto essere raggiunti solo attraverso la liberazione del debitore dai suoi debiti residui, che risulterebbe quindi funzionale ad un interesse superiore a che "si disseccino, nei limiti del possibile, i rami della pianta produttiva"⁵⁹.

⁵⁷ *Relazione illustrativa allo schema di decreto legislativo recante "la riforma organica delle procedure concorsuali di cui al regio decreto 16 marzo 1942, n. 267"* in www.ilcaso.it.

⁵⁸ Santoro, *Commento sub art. 142 in La riforma della legge fallimentare*, a cura di Nigro, Sandulli, Torino, 2006, 848.

⁵⁹ Frascaroli Santi, *L'esdebitazione del fallito: un premio per il fallito o un'esigenza di mercato?* In *Diritto Fallimentare*, 2008, 35. Carnelutti, *Espropriazione del creditore*, in *Rivista di diritto commerciale*, 1930, I, 676 distingue innanzitutto tra inadempimento e insolvenza sostenendo che "il trattamento del debitore insolvente dev' essere diverso, anzi, in certo senso, contrario a quello che si usa col debitore semplicemente moroso" poiché, solitamente, al termine di un fallimento "resta un debitore senza un soldo [...] oberato dal peso dei debiti, che la procedura non è riuscita ad estinguere". Proprio per questo, in seguito, lo stesso autore afferma che la soluzione più corretta, in questi casi, è quella della liberazione del debitore (all'epoca consentita solo mediante la procedura concordataria) e l'importanza di tale soluzione emerge dal numero di fallimenti che si chiudono senza che i debiti siano stati interamente pagati.

4. Le ragioni della regolamentazione

Per analizzare più nel dettaglio le ragioni che hanno portato all'introduzione dell'esdebitazione nel nostro ordinamento e gli obiettivi che con questa si intendono perseguire, occorre fare qualche considerazione circa l'evoluzione dell'intero sistema fallimentare e del mondo dell'economia e del mercato degli ultimi tempi.

Prima di compiere questa indagine più generale sul significato del fallimento ricordiamo che, durante i lavori preparatori, il termine "esdebitazione" era stato considerato con diverse accezioni, che prendevano spunto dai vari modelli stranieri, presenti sulla scena europea e non solo. Infatti, inizialmente, l'esdebitazione avrebbe dovuto essere un beneficio a favore di quei soggetti che non potevano subire una procedura concorsuale; l'accezione che, infine, ha prevalso è però quella di un istituto volto alla liberazione dei debiti pregressi dell'imprenditore fallito⁶⁰.

Il punto di partenza più adatto per affrontare questa indagine sui motivi che stanno alla base delle procedure concorsuali, nonché dell'evoluzione dell'economia e del mercato sembra essere quello della Relazione ministeriale di accompagnamento alla riforma della legge fallimentare e quindi del d.lgs. 5/2006, nella quale si prende atto che il precedente sistema fallimentare, essendo basato su una prospettiva puramente sanzionatoria che mira, senza prevedere molte alternative, alla liquidazione del patrimonio del debitore, non è più in linea con le finalità a cui il nuovo sistema economico è orientato.

Infatti, nella precedente formulazione, il recupero del patrimonio del fallito e la possibilità che questo intraprenda una nuova attività imprenditoriale ha un ruolo del tutto marginale, mentre nel nuovo contesto economico, mosso da una sensibilità particolare verso la conservazione delle componenti positive dell'impresa, si dà risalto proprio a finalità di tipo recuperatorio⁶¹.

⁶⁰ Costantino, *L'esdebitazione*, in *Foro italiano*, 2006, V, 208.

⁶¹ *Relazione ministeriale illustrativa della riforma delle procedure concorsuali* in www.procedure.it

Nonostante vi sia la volontà di favorire il risanamento dell'impresa, nella Relazione ci si preoccupa anche di sottolineare che i presupposti per ottenere il beneficio sono disposti al fine di prevenire abusi da parte dei debitori. Qualora questi abusi dovessero realizzarsi, la finalità dell'istituto sarebbe distorta ed il sistema, di conseguenza, sbilanciato a danno dei creditori, con il risultato di una lesione allo sviluppo dell'economia. In questo modo si avrebbe un "irrigidimento del sistema creditizio, bancario e finanziario, ma anche del sistema delle forniture" e ciò produrrebbe un rallentamento del ciclo economico⁶².

Sempre nella Relazione illustrativa si afferma che questa riforma deve necessariamente essere in linea con i principi espressi a livello comunitario. È proprio a questo punto che vogliamo analizzare una Comunicazione della Commissione europea al Consiglio e al Parlamento. Si tratta di un documento di centrale rilievo con cui, nel 2007, viene fotografata la situazione degli Stati in merito ad interventi favorevoli alla "politica della seconda possibilità"⁶³.

L'attività imprenditoriale è costellata di rischi e pertanto deve essere intrapresa tenendo in considerazione il fatto che la possibilità di fallimento della stessa fa parte ormai della realtà economica moderna. Tuttavia, questa visione del mercato non è ancora sedimentata nell'immaginario comune e i fallimenti non sono ancora accettati come normale evoluzione dell'economia: la percezione dell'insolvenza di un imprenditore è ancora fortemente ancorata ad un'idea di incapacità personale o frode⁶⁴.

La Commissione europea ritiene che un ambiente più aperto e tollerante potrebbe portare ad una diminuzione dei fallimenti in Europa ed è per questo che invita gli Stati ad adottare misure che favoriscano l'attività

⁶² *Relazione ministeriale illustrativa della riforma delle procedure concorsuali*; Ambrosini, *L'esdebitazione del fallito fra problemi interpretativi e dubbi di incostituzionalità*, in *Il fallimento*, 2009, II, 131.

⁶³ COM(2007)584 del 5 ottobre 2007 *Comunicazione della Commissione al Consiglio, al Parlamento europeo, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni*, intitolato "Superare la stigmatizzazione del fallimento aziendale- per una politica della seconda possibilità. Attuazione del paternariato di Lisbona per la crescita e l'occupazione".

⁶⁴ COM(2007)584.

imprenditoriale e soprattutto gli imprenditori in crisi: si dovrebbe quindi assistere maggiormente le imprese in crisi e favorire le nuove ripartenze⁶⁵. Uno degli strumenti che meglio risponde a queste esigenze riguarda la possibilità che al debitore venga concessa la cancellazione del debito: infatti, spesso, al termine dell'esercizio di un'impresa causato da insolvenza, rimangono forti debiti che non consentono all'imprenditore di intraprendere una nuova attività. Si dovrebbe però distinguere, nell'ottica di un bilanciamento di tutti gli interessi in gioco e con l'obiettivo di consentire una nuova ripartenza, tra falliti fraudolenti e falliti non fraudolenti⁶⁶.

Anche la dottrina italiana si è espressa sull'idea del fallimento, così come percepito socialmente, sottolineando l'inutilità di un rito che non consente di salvare le risorse dell'impresa e sollecitando invece un nuovo corso, che dia maggiore spazio al risanamento dell'attività imprenditoriale, così come agli accordi tra il debitore e i creditori. Si vuole dare maggior peso alla tutela del "diritto all'errore", per restituire il prima possibile all'imprenditore una nuova possibilità di agire sul mercato⁶⁷.

Perché sia possibile un'attuazione di questa nuova logica, è necessario che tutti i protagonisti agiscano secondo un nuovo punto di vista che, per il debitore, consisterà nel prevedere ed analizzare anticipatamente il futuro della sua attività imprenditoriale, per prendere eventualmente coscienza di uno stato di crisi e, dopo aver metabolizzato le ragioni del suo insuccesso, per ripartire con una nuova attività⁶⁸.

⁶⁵ COM(2007)584. Nella Comunicazione, la Commissione europea propone molti esempi concreti per dimostrare che gli imprenditori che subiscono un fallimento sono poco incentivati a intraprendere una nuova attività imprenditoriale, per il fatto che, per come sono strutturati i procedimenti di insolvenza, l'imprenditore subisce dal fallimento un forte impatto che fa cadere la sua autostima. L'ambiente circostante del resto non aiuta, poiché i finanziatori ed i possibili clienti sono piuttosto contrari ad investire in una società che ha alle spalle un fallimento proprio perché la si considera inaffidabile.

La Commissione, in seguito, precisa che da parte di alcuni Stati è stata presa qualche iniziativa per favorire una seconda possibilità; questi progressi, comunque, lasciano aperta la strada per ulteriori modifiche, improntate su un atteggiamento più positivo nei confronti dell'imprenditorialità.

⁶⁶ COM(2007)584.

⁶⁷ Ghia, *L'esdebitazione*, cit., 139.

⁶⁸ Ghia, *L'esdebitazione*, cit., 106.

Pertanto, per come è strutturato l'istituto della esdebitazione, (come vedremo più nel dettaglio in seguito) il fallito dovrà porre in essere, sin dall'inizio della sua attività imprenditoriale, dei comportamenti "coerenti con la realtà della situazione economica": la decisione di affrontare la crisi in termini di chiarezza ed onestà è una scelta preventiva dell'imprenditore, che si rivelerà fondamentale per poter ottenere, al termine di una eventuale procedura fallimentare nella quale comunque l'imprenditore dovrà collaborare attivamente con gli organi della procedura, il beneficio della liberazione dai debiti residui. In tal caso potrà, in seguito, tentare una ripartenza con una nuova attività economica senza dover ricorrere a meccanismi poco limpidi come quello di utilizzare prestanomi⁶⁹.

Qualunque soggetto, sapendo che potrà beneficiare della esdebitazione, sarà incentivato ad iniziare un'attività imprenditoriale e ad assumersi i relativi rischi e, pertanto, farà funzionare il mercato: in questo senso è come se l'esdebitazione fosse "un'assicurazione contro il rischio di non essere in grado di pagare"⁷⁰.

Inoltre, nel caso in cui dovesse sopraggiungere uno stato di insolvenza, il debitore sarà anche incentivato a ricorrere per tempo alla procedura concorsuale, sebbene questo non sia un requisito positivamente richiesto per ottenere l'esdebitazione: l'imprenditore è l'unico a disporre di tutte le informazioni relative all'esercizio della sua attività e quindi sarà in grado di far emergere la crisi, prima che l'impresa possa solamente disperdere il proprio patrimonio⁷¹.

La logica che sta alla base dell'istituto della esdebitazione sarebbe, quindi, quella per cui, attraverso una ricollocazione del rischio d'impresa, si tende ad una rimozione immediata dell'insolvenza: l'impossibilità di

⁶⁹ Ghia, *L'esdebitazione*, cit., 107; Scarselli, *La esdebitazione della nuova legge fallimentare*, in *diritto fallimentare*, 2007, I, 31; così anche Norelli, *L'esdebitazione del fallito* in www.judicium.it, 2.

⁷⁰ Castagnola, *L'esdebitazione*, in *Giurisprudenza commerciale* 2006, III, 458; dello stesso avviso Marcucci, *L'insolvenza del debitore civile e "fresh start", le ragioni di una regolamentazione*, in *Analisi giuridica dell'economia*, 2004, II, 227.

⁷¹ Santoro, *Commento sub art. 142*, cit., 849. Il debitore non è obbligato a richiedere la propria dichiarazione di fallimento per poter ottenere l'esdebitazione e ciò sottolinea il carattere privatistico dell'istituto: il legislatore ha voluto lasciare nell'autonomia del fallito la scelta circa l'emersione della crisi d'impresa e circa il suo superamento con strumenti alternativi rispetto al fallimento. Norelli, *L'esdebitazione del fallito*, cit., 2.

adempiere, infatti, è una situazione spesso imprevedibile e gli effetti che deriverebbero da tale situazione vengono oggi addossati in parte anche sui creditori. In tal modo, attraverso la liberazione dai debiti residui, si consentirà al fallito di rientrare nel mercato sia come consumatore individuale, sia come organismo produttivo. Tale sistema prende atto del fatto che, spesso, nella realtà dei mercati la posizione di creditore viene assunta, per la maggior parte, da istituti finanziari ovvero da soggetti in grado di poter sopportare un eventuale inadempimento da parte del debitore⁷².

A fondamento della esdebitazione si porrebbe anche un interesse pubblicistico alla “temporaneità dei rapporti obbligatori, in vista di un possibile reinserimento del fallito nel mondo della produzione e del consumo”⁷³: tale interesse potrebbe essere perseguito solo qualora l'imprenditore fosse responsabile delle obbligazioni contratte prima del fallimento per un periodo di tempo limitato⁷⁴.

Resta comunque chiaro che, a prescindere da quali siano state le ragioni che hanno indotto il legislatore ad introdurre questo istituto nell'ordinamento, l'esdebitazione in sé e per sé è volta a garantire un interesse meramente privatistico. La giurisprudenza ritiene che questo beneficio apporti una modifica eccezionale, e valida solo per alcuni soggetti, al generale principio civilistico per cui i debiti vanno pagati anche con beni futuri, salvo che sopraggiunga una remissione ovvero che il diritto di credito si prescriva.

Si osserva inoltre, che non vi sono ostacoli costituzionali che impediscono *tout court* la liberazione dai debiti ma, trattandosi di un beneficio del tutto eccezionale, deve essere sorretto da specifiche motivazioni⁷⁵.

⁷² Frascaroli Santi, *L'esdebitazione del fallito: un premio per il fallito o un'esigenza di mercato?*, cit., 40; Castagnola, *L'esdebitazione*, cit., 458.

⁷³ Norelli, *L'esdebitazione del fallito*, cit., 2.

⁷⁴ Per quanto riguarda la volontà di limitare nel tempo la durata delle obbligazioni, questa deriverebbe dalla volontà di evitare restrizioni troppo pesanti alla libertà personale. Norelli, *L'esdebitazione del fallito*, cit., 2, 29.

⁷⁵ Corte Costituzionale, Ord., 30 novembre 2007, n. 411, Pres. Bile, in *Il fallimento*, 2008, II, 152.

Nella disciplina del nuovo istituto viene richiamata, forse inconsapevolmente, la teoria della “cooperazione del debitore”, in linea con quanto sostenuto dalla Commissione europea: sulla base di questo sistema che caratterizza l’intera evoluzione dell’istituto nel diritto statunitense, è necessario tenere separata la posizione del debitore collaborativo da quella del debitore che, invece, adotta comportamenti che possono ostacolare il pagamento dei creditori. Per questi ultimi sarà esclusa la possibilità di ottenere una soddisfazione del loro credito in un tempo posteriore al fallimento; comunque, agli stessi sarà garantita, proprio nel corso della procedura concorsuale, una maggiore soddisfazione delle loro pretese, attraverso l'emersione immediata di tutti i cespiti patrimoniali⁷⁶.

La legislazione statunitense è tra le prime nelle quali si sono sviluppate queste nuove idee che si pongono oggi alla base anche del nostro fallimento: la dottrina già da tempo aveva messo in luce la necessità che nel mercato ci fossero sempre più consumatori, risultato che poteva essere raggiunto contemperando diverse esigenze: da un lato quella di un reinserimento del debitore nel mercato, possibile in tempi rapidi solo ove questo fosse liberato dai suoi debiti residui in seguito ad un fallimento. D'altra parte si doveva tener conto dell’esigenza di perseguire lo scopo principale derivante dalla liquidazione del patrimonio del debitore, ovvero la soddisfazione dei creditori⁷⁷.

La differenza fondamentale che intercorre tra il nostro ordinamento e quello statunitense è che quest’ultimo fa parte di quegli ordinamenti che vengono definiti *debtor oriented*, poiché in essi il fallimento è utilizzato, principalmente, come mezzo per la tutela del debitore. Invece, la struttura dell'ordinamento italiano è da considerarsi più *creditor oriented*, poiché è la tutela dei creditori ad essere prioritaria. È chiaro come, in un’ottica di

⁷⁶ Ferri, *L’esdebitazione*, in *Il fallimento*, 2005, IX, 1085.

⁷⁷ Frascaroli Santi, *L’esdebitazione del fallito: un premio per il fallito o un’esigenza di mercato?*, cit., 36.

questo tipo, l'istituto della esdebitazione possa risultare un po' isolato nella legge fallimentare e di difficile comprensione⁷⁸.

5. Esdebitazione e diritto comparato: le origini e l'evoluzione della discharge nel diritto inglese e statunitense

Prima di analizzare nel dettaglio le caratteristiche della esdebitazione così come disciplinata dal d.lgs. 5/2006 e dalle successive modifiche del d.lgs. 169/2007, proponiamo, in una rapida sintesi, le tappe principali dell'evoluzione della *discharge* negli ordinamenti di *common law*. È proprio qui, infatti, che l'istituto della esdebitazione è nato e si è sviluppato. L'obiettivo è quello di capire quali caratteristiche della esdebitazione dei paesi di *common law* si ritrovano nel corrispondente istituto italiano; quali sono i problemi emersi in tali ordinamenti e se, tali problemi, sono stati colti ed in qualche modo risolti dal nostro legislatore. L'indagine del contesto comparato sarà svolta da un punto di vista temporale iniziando dalle origini dell'istituto, (nato in Inghilterra nel XVI secolo) e dal suo sviluppo nell'ordinamento statunitense. In seguito esamineremo la situazione attuale in entrambi gli ordinamenti, mettendo in luce gli aspetti critici del sistema attuale e le recenti modifiche per farvi fronte.

L'esdebitazione o *discharge* venne introdotta nel Regno Unito a partire dal 1705 con la legge *4 Anne ch. 17*. In questo contesto il beneficio non interveniva in modo automatico alla chiusura del fallimento, ma era condizionato ad un parere reso dai *bankruptcy commissioners* che certificasse come il comportamento del debitore fosse conforme a quanto previsto dalla legge. In questa prima fase i creditori non erano presi in considerazione e la liberazione dai debiti era connessa solamente

⁷⁸ Castagnola, *L'esdebitazione del fallito*, cit., 454.

all'opinione, peraltro totalmente discrezionale, di questi *bankruptcy commissioners*⁷⁹.

In ogni caso, alcuni comportamenti del fallito costituivano un ostacolo alla esdebitazione, come per esempio il fatto che il fallito avesse eccessivi debiti di gioco.

Nell'ottica di consentire al fallito l'occasione di un nuovo inizio si concedeva allo stesso, oltre alla possibilità di liberarsi dei suoi debiti, anche la cosiddetta *allowance*, che consisteva nella possibilità di trattenere una somma di denaro, la quale veniva calcolata sulla base della percentuale di soddisfacimento dei creditori, e serviva al fallito per fare fronte ai bisogni propri e della famiglia. Nella prima versione della *discharge*, così come introdotta dalla legge 4 Anne, si nota il riferimento alla quota minima di soddisfazione dei creditori, che rimase in vigore anche nel diritto statunitense fino alla fine dell'Ottocento⁸⁰.

Nel caso in cui il fallito non avesse rispettato le prescrizioni legislative e quindi non avesse collaborato mediante la consegna di tutti i beni e rendendo noti i propri affari, sarebbe incorso nel reato di *fraudolent bankrupt*, che veniva punito con la pena capitale.

In questa prima versione si osserva che l'istituto della *discharge* non è stato introdotto solamente come risultato di un atteggiamento "liberale e umanitario" nei confronti del debitore, ma si è posta l'attenzione principalmente sull'aspetto sanzionatorio, come strumento di prevenzione delle ipotesi di reato, nell'interesse sia pubblico che dei creditori⁸¹.

L'anno successivo, ovvero nel 1706, entrò in vigore la legge 5 Anne ch. 22, che introdusse la necessaria partecipazione dei creditori, subordinando la concessione della *discharge* al loro consenso. Infatti i creditori dovevano sottoscrivere il provvedimento con cui l'esdebitazione

⁷⁹ I *bankruptcy commissioners* fungono da supervisori nella procedura di fallimento e sono nominati dal cancelliere. Tabb, *A brief history of bankruptcy law*, www.wisbar.org. Castagnola, *la liberazione del debitore (discharge) nel diritto fallimentare statunitense*, Milano, 1993, 5.

⁸⁰ Castagnola, *La liberazione del fallito (discharge) nel diritto fallimentare statunitense*, cit., 6.

⁸¹ Castagnola, *La liberazione del fallito (discharge) nel diritto fallimentare statunitense*, cit., 7.

era concessa (*certificate of conformity*) e il debitore poteva essere liberato solo se vi fosse stato l'assenso di quattro quinti dei creditori, calcolati per numero e valore dei loro crediti. Il consenso del ceto creditorio era del tutto discrezionale ed erano nulle le eventuali convenzioni con cui i creditori subordinavano il loro consenso al pagamento di un corrispettivo⁸².

Durante il regno di Giorgio II, e più precisamente nel 1732, veniva riformata in maniera rilevante la normativa fallimentare con una legge intitolata "Un atto per prevenire la commissione di frodi da parte dei falliti", che costituì la legge fallimentare inglese per oltre un secolo e divenne la prima legge fallimentare americana nel 1800. Questa legge ricalcava nella sostanza le precedenti e disponeva, quindi, che il fallito che avesse posto in essere una frode fosse punito con la pena capitale. Invece coloro che potevano beneficiare della esdebitazione avevano altresì diritto ad una *allowance* per il proprio sostentamento e per quello della propria famiglia. Questa legge prevedeva anche dei casi di esclusione dal beneficio della esdebitazione. La liberazione del debitore poteva essere ottenuta solo su istanza ed era subordinata al consenso dei creditori oltre che ad un giuramento del debitore stesso, con il quale egli dichiarava di aver agito senza frode. Tale dichiarazione poteva naturalmente essere smentita dai creditori attraverso una prova della frode del fallito⁸³.

Come abbiamo poco sopra accennato, questa stessa legge venne adottata anche nell'ordinamento giuridico statunitense, ma la sua applicazione fu piuttosto limitata nel tempo, poiché già nel 1803 venne abrogata. Dopo un periodo di vuoto normativo in tema di fallimento, nel 1841 fu emanata una nuova legge federale di centrale importanza poiché, per la prima volta, fu concesso anche al soggetto non commerciante di fallire⁸⁴.

⁸² Castagnola, *La liberazione del fallito (discharge) nel diritto fallimentare statunitense*, cit., 7.

⁸³ Castagnola, *La liberazione del fallito (discharge) nel diritto fallimentare statunitense*, cit., 10.

⁸⁴. La possibilità data anche al soggetto non commerciante di fallire rappresenta una conseguenza della crisi economica di qualche anno precedente. Paluchowski Pajardi,

Per quanto riguarda l'esdebitazione, la nuova normativa prevedeva che la liberazione del debitore potesse avere luogo sempre, salvo l'opposizione della maggioranza dei creditori, con ciò attenuando l'importanza della loro partecipazione rispetto alle disposizioni precedenti. D'altra parte però, furono aumentati i motivi che impedivano la concessione del beneficio ricomprendendo, oltre alla frode, anche i casi di occultamento dei beni o il compimento di atti preferenziali nei confronti di alcuni creditori. In ogni caso la *discharge* operava come un'eccezione e quindi doveva essere fatta valere in giudizio dal debitore ed i creditori potevano ostacolarne l'operatività dimostrando l'esistenza di atti di frode a carico del debitore⁸⁵. Nei successivi interventi di riforma si sono susseguite una serie di norme che hanno progressivamente ampliato il novero di motivi di diniego della *discharge* e, per la prima volta nel 1867, veniva introdotto il presupposto per il quale il debitore poteva essere liberato solo qualora avesse pagato i creditori per un ammontare prestabilito. Tale prescrizione è stata comunque eliminata di lì a poco, insieme alla necessità del consenso dei creditori⁸⁶.

È nel 1898 che ritroviamo la prima definizione legislativa di *discharge*, qualificata come liberazione da tutti i debiti dimostrabili nel fallimento, ad eccezione di quelli esclusi. Proprio con il medesimo atto, il *Chandler Act*, l'ordinamento statunitense ha preso una strada del tutto autonoma rispetto all'esperienza inglese: il tratto comune che continuerà ad accomunare l'esperienza dei due Paesi in tema di esdebitazione sarà quello della mancanza di qualsiasi strumento di partecipazione o di coinvolgimento dei creditori.

Il controllo dei presupposti era devoluto al tribunale (nella legislazione inglese), ovvero alla legge (in quella statunitense). Quindi, negli Stati Uniti,

Manuale di diritto fallimentare, Torino, 2008, 727; Castagnola, *La liberazione del fallito (discharge) nel diritto fallimentare statunitense*, cit., 15 e ss

⁸⁵ Paluchowski Pajardi, *Manuale di diritto fallimentare*, cit., 727; Castagnola, *La liberazione del fallito (discharge) nel diritto fallimentare statunitense*, cit., 19.

⁸⁶ Castagnola, *La liberazione del fallito (discharge) nel diritto fallimentare statunitense*, cit., 20 e ss.

il giudice era privo di discrezionalità, salvo la possibilità di valutare le motivazioni addotte dai creditori in merito al comportamento del fallito⁸⁷.

Gli aspetti salienti delle successive riforme riguardarono il fatto che la discrezionalità del giudice venisse ampliata, altresì, alla possibilità di liberare il fallito anche qualora vi fosse stata una distruzione totale o parziale, ovvero l'occultamento delle scritture contabili. L'onere della prova sui fatti da cui derivavano comportamenti fraudolenti spettava, naturalmente, a coloro che si opponevano alla *discharge* e, in seguito, veniva concesso al fallito di replicare con delle controprove.

Con il tempo, la dichiarazione di fallimento venne qualificata come domanda implicita di *discharge* alla quale, in qualche ipotesi, il fallito poteva rinunciare.

Così, negli Stati Uniti, l'esdebitazione diventava un tassello fondamentale della legislazione sul fallimento, tanto che la Corte Suprema sarebbe arrivata a qualificare quali "leggi fallimentari" solamente quei provvedimenti che avessero contenuto la disciplina della *discharge*.

In Inghilterra diventava invece uno dei fondamentali motivi di applicazione della *voluntary bankruptcy*. Non si riteneva corretto che sopravvivesse la responsabilità del debitore per i debiti che andavano soddisfatti proprio sul patrimonio espropriato: la conseguenza derivante dal fallimento infatti era quella dell'espropriazione dei beni del debitore che quindi avrebbe dovuto essere liberato⁸⁸.

Un altro intervento di grande rilievo nella legislazione statunitense è quello del *Bankruptcy reform Act* del 1978 e i suoi successivi emendamenti: è attraverso questa serie di atti che viene a determinarsi il fulcro della *discharge* statunitense che, seppure con qualche modifica, resta applicabile tutt'oggi.

Si tratta di una normativa la cui particolarità principale è rappresentata dal fatto che l'istituto della *discharge* non è più applicabile per le *corporation* o per le *partnership*, ma resta valido solamente per il debitore civile. A

⁸⁷ Castagnola, *La liberazione del fallito (discharge) nel diritto fallimentare statunitense*, cit., 22 e ss.

⁸⁸ Castagnola, *La liberazione del fallito (discharge) nel diritto fallimentare statunitense*, cit. 35 e ss.; Rossi, *Il fallimento nel diritto americano*, Padova, 1956, 143, 144, 145.

favore di quest'ultimo sono predisposte anche norme protettive contro atti di tipo discriminatorio che il fallito potrebbe subire da parte dei creditori a causa del mancato pagamento dei crediti esdebitati⁸⁹.

Sempre in questo contesto, compare per la prima volta la *riaffirmation of debts*, di cui si tratterà più approfonditamente in tema di rinuncia alla esdebitazione e che consiste, a grandi linee, nella possibilità che alcuni crediti, che sarebbero soggetti alla *discharge*, vengano in ogni caso pagati dal debitore⁹⁰.

6. (Segue) Riflessioni socio-economiche sull'evoluzione giuridica della procedura fallimentare e suoi riflessi sull'istituto della discharge nei Paesi angloamericani

Le diverse riforme che hanno plasmato nel tempo la *discharge*, a partire dalla sua origine fino ad arrivare alle modifiche più recenti, possono essere suddivise in tre fasi⁹¹.

La prima fase è caratterizzata da un'idea di fallimento unicamente rivolta alla tutela dei creditori: l'istituto della esdebitazione era del tutto inesistente poiché il fallimento aveva carattere sanzionatorio. Dal 1705 inizia la seconda fase, nella quale l'idea di fondo non muta, nel senso che la tutela dei creditori è ancora preminente.

⁸⁹ Queste norme protettive consentono al fallito di conservare alcuni beni che vengono sottratti alla disponibilità dei creditori. Marcucci, *L'insolvenza del debitore civile e "fresh start", le ragioni di una regolamentazione*, cit., 227; Paluchowski Pajardi, *Manuale di diritto fallimentare*, cit., 727; Castagnola, *La liberazione del fallito (discharge) nel diritto fallimentare statunitense*, cit., 49.

⁹⁰ Castagnola, *La liberazione del fallito (discharge) nel diritto fallimentare statunitense*, cit., 49.

⁹¹ Castagnola, *La liberazione del fallito (discharge) nel diritto fallimentare statunitense*, cit., 62.

Tuttavia, viene introdotto l'istituto dell'esdebitazione che ha lo scopo principale di incentivare il fallito a collaborare, facendo emergere tempestivamente tutti i cespiti del suo patrimonio, al fine di una migliore soddisfazione dei creditori. La tutela preminente del ceto creditorio, che non consente ancora di poter annoverare l'esdebitazione tra i provvedimenti mossi dal *favor debitoris*, è evidente nel fatto che la sanzione per la mancata collaborazione con gli organi della procedura consiste nella pena capitale.

Contrariamente alla fase precedente, si inizia qui a prendere in considerazione la posizione del debitore collaborativo, che verrà definito "onesto ma sfortunato": alla base della distinzione tra questa posizione e quella del debitore "disonesto" vi era una ragione di carattere sociale per la quale prevaleva a favore del debitore onesto uno spirito umanitario, ed una di carattere più economico per cui si prendeva atto che il mantenimento di un debitore in carcere era molto costoso per la società, soprattutto qualora la pena non fosse sorretta da comportamenti fraudolenti o penalmente rilevanti del soggetto⁹².

La terza fase vede la *discharge* come mezzo per assicurare una nuova possibilità al debitore fallito e quindi si supera, da questo momento, la visione tipicamente liquidatoria.

Il momento iniziale di questa fase può riferirsi alla riforma del 1841, con la quale si introduce la possibilità che sia il debitore a chiedere il proprio fallimento e, di conseguenza la *discharge*: infatti, da questo momento l'esdebitazione assume il carattere prevalente di mezzo per ottenere la liberazione del debitore e ciò è dimostrato anche dal fatto che, da allora in avanti sarà esclusa per i creditori la possibilità di richiedere il fallimento del proprio debitore⁹³.

Tuttavia, l'inizio della terza fase può coincidere anche con il momento in cui, a partire dal 1867, non era più richiesto il consenso dei creditori come presupposto per ottenere l'esdebitazione: l'interesse dei creditori

⁹² Castagnola, *La liberazione del fallito (discharge) nel diritto fallimentare statunitense*, cit., 64.

⁹³ Castagnola, *La liberazione del fallito (discharge) nel diritto fallimentare statunitense*, cit., 66.

assumeva, da questo momento, un ruolo secondario, rispetto ad una nuova esigenza pubblica a che i falliti potessero di nuovo partecipare al mercato attraverso un meccanismo di *fresh start*.

Il fondamento della *discharge* consiste proprio nell'interpretazione di questo interesse pubblico: inizialmente il sentimento predominante, come abbiamo poco sopra accennato, era fondato su un'idea di solidarietà ed umanità nei confronti del debitore onesto che doveva far fronte a problemi di insolvenza; si trattava di un comportamento correttivo nei confronti di un agire impulsivo che sottovalutava i rischi del ricorso al credito⁹⁴.

In seguito, sopraggiunsero anche ragioni di tipo economico, riferibili soprattutto all'industrializzazione, allo sviluppo del mercato e alla connessa trasformazione del credito. La diminuzione del prezzo dei beni rendeva necessario l'aumento degli acquirenti sul mercato e questo era possibile ampliando la sfera dei creditori, coinvolgendo anche coloro che non svolgevano un'attività imprenditoriale⁹⁵.

È proprio con la nascita del credito al consumo che si assiste ad un consistente indebitamento dei soggetti, sì che l'esdebitazione non costituiva più un evento straordinario, ma rappresentava ormai, quasi la quotidianità nelle relazioni economiche e l'indebitamento era percepito come costo inevitabile del sistema⁹⁶.

In questo tipo di mercato, la *discharge* rappresentava l'unico strumento idoneo a consentire al debitore di fare nuovamente il suo ingresso nella vita economica.

Il mancato pagamento dei debiti non era più percepito nella società americana come un fatto solamente negativo: non per i commercianti (che lo consideravano come un rischio che deve essere necessariamente corso nell'intraprendere un'attività imprenditoriale); e nemmeno per i

⁹⁴ Marcucci, *L'insolvenza del debitore civile e "fresh start", le ragioni di una regolamentazione*, cit., 227.

⁹⁵ Castagnola, *La liberazione del fallito (discharge) nel diritto fallimentare statunitense*, cit., 68 e ss.

⁹⁶ I creditori, in questo tipo di mercato, sono di solito banche o comunque soggetti professionali che potranno ripartire le perdite subite o su debitori solvibili attraverso l'aumento del tasso di interessi, ovvero sulla collettività mediante la deduzione delle perdite dai redditi. Castagnola, *La liberazione del fallito (discharge) nel diritto fallimentare statunitense*, cit., 70.

consumatori finali poiché la responsabilità, in questo caso, gravava ancora una volta sui commercianti che esercitavano forti pressioni per indurre i consumatori all'acquisto. In questo contesto si percepiva come equo il fatto che i rischi connessi al mercato fossero ripartiti tra creditori e debitore.⁹⁷

A corollario di quanto sin d'ora affermato, va ricordato che le leggi fallimentari statunitensi hanno sempre fatto la loro comparsa al termine di periodi di crisi economica.

È allora di immediata percezione come la *discharge* si atteggiasse a tentativo di salvare il sistema economico- sociale, attraverso il recupero del debitore e il suo reinserimento nel mercato. Pertanto, non saremmo in presenza di un meccanismo solamente di tipo premiale, bensì di uno strumento di salvataggio dell'economia, generalmente vantaggioso, dal quale la società trae profitto⁹⁸.

Gli effetti che l'esdebitazione ha sul sistema produttivo si riferiscono ad un duplice punto di vista: da un lato si vuole tutelare la libertà negoziale, dall'altro si deve porre l'attenzione sulle possibili interferenze di terzi, con ciò intendendosi principalmente gli organi pubblici. Il problema è quello di mediare tra questi due interessi, cercando di comprendere quanto l'esdebitazione vada ad incidere sulla libertà negoziale, nel senso di pregiudicare la fiducia nelle contrattazioni, situazione che porterebbe i creditori ad innalzare le garanzie richieste⁹⁹.

Comunque, quanto a questo aspetto, bisogna tenere presente che negli Stati Uniti l'esdebitazione opera a favore del debitore civile e non del soggetto imprenditore. Si tratta, come noto, di una scelta non condivisa da tutti gli ordinamenti: ad esempio, l'Italia esclude la liberazione dai debiti per il consumatore. Questa esclusione è applicata nei diversi ordinamenti con vari metodi: o attraverso l'esclusione del debitore civile da qualsiasi tipo di procedura concorsuale (come avviene in Italia), ovvero

⁹⁷ Castagnola, *La liberazione del fallito (discharge) nel diritto fallimentare statunitense*, cit., 72, 73.

⁹⁸ Castagnola, *La liberazione del fallito (discharge) nel diritto fallimentare statunitense*, cit., 74.

⁹⁹ Marcucci, *L'insolvenza del debitore civile e "fresh start", le ragioni di una regolamentazione*, cit., 229.

ammettendo la partecipazione al concorso, senza prevedere l'ipotesi della liberazione. Infine, alcuni ammettono la liberazione solo in presenza di un'apposita istanza ed al verificarsi di alcuni presupposti¹⁰⁰

7. La situazione attuale e le ultime prospettive di riforma

Attualmente, nel Regno Unito esistono procedure differenziate a seconda che l'insolvenza faccia capo ad una persona fisica ovvero ad una società. L'ultima riforma che ha portato ad un profondo cambiamento alla base del sistema è l' EA2002, atto a partire dal quale il fallimento è orientato principalmente al recupero della situazione del debitore¹⁰¹. Oggi il debitore persona fisica, che si trova in stato di insolvenza può percorrere due vie: una è quella dell'*Individual Voluntary Arrangement (IVA)*, che consiste in un accordo con il ceto creditorio per il pagamento di una parte del credito. I creditori concedono una dilazione per quanto riguarda i termini del pagamento: la proposta viene fatta dal debitore e successivamente approvata dai creditori che rappresentino almeno il 75% della massa passiva. Attraverso questa procedura il debitore rimane comunque nel possesso dei suoi beni e mantiene la facoltà di amministrarli¹⁰².

¹⁰⁰ Del primo gruppo fanno parte, oltre all'Italia, ad esempio Grecia, Turchia, Bulgaria, Argentina e Messico. Del secondo gruppo Repubblica Ceca, Cile ed Egitto, mentre gli ordinamenti più moderati sono quelli di Svezia, Norvegia, Finlandia, Germania Austria e Francia. Marcucci, *L'insolvenza del debitore civile e "fresh start", le ragioni di una regolamentazione*, cit., 230. Le motivazioni alla base di scelte così diverse sono di tipo principalmente economico e possono per esempio fare riferimento alla "vulnerabilità finanziaria" dei cittadini nei diversi paesi: dove i consumatori hanno facile accesso al credito ma poche garanzie a livello sociale, di solito, è favorita la politica del *fresh start*. Invece, dove il mercato è ancora regolamentato ed esiste un *welfare* molto forte, i governi tendono a limitare l'utilizzo della *discharge*. Marcucci, *L'insolvenza del debitore civile e "fresh start", le ragioni di una regolamentazione*, cit., 232.

¹⁰¹ Rispetto al procedimento di *Bankruptcy* la riforma modifica sia effetti personali nei confronti del fallito, (ad esempio, eliminando alcune fattispecie del reato di bancarotta, ovvero alcune incapacità relative alla professione svolta dal fallito quali l'impossibilità di assumere la carica di parlamentare o di membro di un'autorità locale), sia effetti patrimoniali: poiché i tempi della procedura possono essere di molto ridimensionati, il versamento del compenso a favore degli organi, inizialmente previsto fino alla chiusura della procedura stessa, viene protratto anche oltre i limiti di questa, per consentire agli organi la percezione di una somma adeguata alle funzioni da loro svolte. Inoltre, si consente di ritardare la vendita della casa dove il debitore abbia la propria residenza per un periodo di un anno dall'atto di nomina del *trustee* (che nell'ordinamento inglese svolge funzioni simili a quelle svolte dal curatore). Mecatti, *L'insolvenza del debitore civile nel Regno Unito*, in *Analisi giuridica dell'economia*, 2004, II, 358.

¹⁰² È possibile che il tribunale, tra il momento della richiesta di *voluntary arrangement* e quello dell'approvazione da parte dei creditori, conceda in via provvisoria e cautelare la

L'altra strada che il debitore civile può percorrere è quella di un procedimento di liquidazione, parallelo a quello previsto per le società (il cosiddetto *Bankruptcy*). Questa procedura sospende le azioni esecutive individuali (ad eccezione di quelle proposte da creditori muniti di garanzia) e si fonda sul principio della *par condicio creditorum*. Legittimati a formulare istanza di *bankruptcy* sono il debitore stesso, i creditori, l'organo deputato al controllo dell'IVA ed i creditori che ad essa hanno aderito¹⁰³. Se la richiesta viene accolta, il tribunale ordinerà lo spossessamento del debitore e affiderà la gestione del patrimonio ad un amministratore straordinario.

Al termine della liquidazione, il fallito sarà esdebitato e la *discharge* potrà essere automatica, decorso un periodo di tempo prefissato, ovvero disposta con un provvedimento del giudice. Sui tempi dell'esdebitazione l'EA2002 ha apportato importanti modifiche, distinguendo tra la posizione del debitore *innocent* o *culpable* e attribuendo una posizione di maggior favore al primo¹⁰⁴. Infatti per questo l'esdebitazione interverrà decorso al massimo un anno dall'apertura della *bankruptcy*, se si attesta che il debitore ha soddisfatto tutte le obbligazioni e si è comportato correttamente. Questa disposizione non opera in alcune ipotesi, nelle quali si può individuare un comportamento colpevole del debitore e perciò,

sospensione delle azioni esecutive pendenti contro il debitore. Nel momento in cui l'accordo viene approvato sarà vincolante per tutti i creditori, anche per quelli che avevano dato parere contrario. Mecatti, *L'insolvenza del debitore civile nel Regno Unito*, cit., 352.

¹⁰³ Qualora la proposta provenga dai creditori occorre che il loro credito sia superiore ad una determinata soglia pari a £750,00, che sia immediatamente esigibile, ovvero lo diventi in un futuro prossimo; inoltre, è necessario che tale credito non sia garantito e il debitore non abbia sufficienti mezzi per il pagamento, nemmeno se coattivo. Mecatti, op. ult., cit., 354.

¹⁰⁴ Il comportamento dei debitori *culpable* è caratterizzato da azioni avventate, poste in essere in maniera irresponsabile nonché disonesta. In particolare tale categoria di debitori viene definita nel *White Paper "The Insolvency Service, Productivity and Enterprise – Insolvency: A Second Chance"* come una "*small minority who have acted recklessly, irresponsibly or dishonestly*". Questo documento è il frutto di un'ampia discussione a livello governativo, cui ha fatto seguito la *Part 10* dell'EA 2002. Il testo integrale è reperibile in www.legislation.gov.uk/compwp.htm; Mecatti, *L'insolvenza del debitore civile nel Regno Unito*, cit., 356.

emerge con chiarezza, l'intento del legislatore di favorire il ritorno *in bonis* del debitore "onesto ma sfortunato"¹⁰⁵.

Il rischio di un simile sistema è dato da una sua possibile esposizione ad abusi o usi distorti, da parte di chi intenda utilizzare la procedura di liquidazione quale mezzo per evitare il pagamento dei propri debiti. È questa la ragione per la quale la legge inglese sottopone il controllo del procedimento ad uno specifico organo, che avrà la facoltà di bloccare l'esdebitazione automatica fino ad un determinato momento, ovvero fino al compimento di una specifica obbligazione.

Anche dopo la concessione della *discharge* possono essere disposte nei confronti del fallito delle restrizioni personali che, generalmente, dovrebbero decadere con la concessione del beneficio, o meglio con la chiusura della liquidazione. Anche in questo caso si distingue tra debitore colpevole ed incolpevole¹⁰⁶. L'imposizione di tali restrizioni può intervenire solo con un provvedimento giudiziale. La finalità perseguita è di interesse pubblicistico e riguarda la volontà di protezione della comunità dai debitori disonesti¹⁰⁷.

A differenza di quanto sin d'ora osservato con riguardo alla legislazione inglese, l'ordinamento Statunitense prevede tre diversi procedimenti.

¹⁰⁵ È esclusa l'applicazione della *discharge* qualora emerga che il debitore non rispetta gli oneri derivanti dall'apertura della procedura, come quello di collaborazione, ovvero quando il debitore sia stato condannato per il reato di bancarotta. Mecatti, *L'insolvenza del debitore civile nel Regno Unito*, cit., 356.

¹⁰⁶ Dalle attività di controllo svolte dal curatore fallimentare possono emergere motivi di applicazione dei BRO (*Bankruptcy Restrictions Orders*, Ingiunzioni relative a restrizioni dovute al fallimento), quali svolgere attività commerciale durante il periodo di insolvenza, contrarre debiti senza ragionevoli possibilità di ripagarli oppure irregolarità contabili. Con i BRO il tribunale applica restrizioni ai falliti per un periodo compreso tra due e quindici anni.

I BRO possono essere applicati non solo ai falliti "disonesti", ma anche a quelli incuranti e sconsiderati, a prescindere al fatto che siano commercianti. Nel Regno Unito parlando in termini generali di "falliti disonesti" si parla in realtà una serie di fattori che stabiliscono se un determinato comportamento fallimentare costituisca una minaccia a livello economico e commerciale. Commissione Europea- Direzione generale per le imprese, *Progetto BEST "Ristrutturazioni, fallimenti e nuovo inizio". Relazione finale del gruppo di esperti*, in ec.europa.eu.

¹⁰⁷ Tra le restrizioni possibili vi è, ad esempio, l'incompatibilità a ricoprire la carica di amministratore di società, il divieto di ottenere credito entro determinati limiti e solo dopo aver informato i creditori circa l'imposizione della restrizione ed il divieto di avviare una nuova attività commerciale con un nome diverso da quello del provvedimento di *bankruptcy*. Mecatti, *L'insolvenza del debitore civile nel Regno Unito*, cit., 361.

La prima a venire in gioco è la procedura di liquidazione vera e propria disciplinata al *chapter 7* e oggetto di applicazione indistinta tanto per i debitori comuni quanto per le imprese. Lo scopo è quello della liquidazione del patrimonio del debitore. Per l'attivazione volontaria della procedura (cioè su richiesta del debitore) non sono richiesti né una soglia di indebitamento né tanto meno lo stato di insolvenza. Nel caso in cui la procedura sia *involuntary* (cioè venga aperta su istanza dei creditori) i requisiti sono piuttosto stringenti essendo richieste, a seconda del numero di creditori che prendono l'iniziativa, diverse percentuali di credito che costoro devono possedere¹⁰⁸.

Nel caso di procedura volontaria il debitore dovrà depositare presso il tribunale l'elenco dei creditori e l'ammontare dei rispettivi crediti, nonché un prospetto che testimoni le sue entrate. In ogni caso, la procedura volontaria non può essere iniziata qualora il debitore abbia ottenuto, nei sei anni precedenti, una *discharge* a suo favore all'interno di un altro procedimento di liquidazione.

In seguito al deposito dei documenti richiesti, il tribunale provvederà con l'*order of relief* a sottoporre ufficialmente il debitore alla procedura. Gli effetti di questo provvedimento sono l'*authomatic stay*, cioè la sospensione di tutte le azioni civili nei confronti di quel soggetto, e lo spossessamento dei beni del debitore ad eccezione di quelli strettamente personali. Al termine della liquidazione il debitore ottiene la *discharge*, anche se sono previsti alcuni casi nei quali il beneficio non opera. Tali casi sono stati ampliati nel tempo per evitare abusi a danno dei creditori¹⁰⁹.

Se il debitore non vi rinuncia o se i creditori non fanno opposizione (*uncontested discharge*), il tribunale dovrà concedere la liberazione dal pagamento dei debiti residui qualora sussistano i requisiti: il debitore deve essere persona fisica, non deve aver rinunciato al beneficio e non devono

¹⁰⁸ Marcucci, *L'insolvenza del debitore civile negli USA*, in *Analisi giuridica dell'economia*, 2004, II, 365.

¹⁰⁹ Questi motivi che ostano alla liberazione del debitore devono essere fatti valere attraverso un'opposizione espressa. Esempi ne sono i comportamenti che riguardano la mancata consegna, da parte del debitore, della documentazione contabile, il falso giuramento, ovvero l'omessa giustificazione circa la perdita di un bene. Marcucci, *L'insolvenza del debitore civile negli USA*, cit., 366 e ss.

essere state proposte mozioni di *substantial abuse*. Invece, se queste mozioni sono state presentate, il tribunale può concedere provvisoriamente la *discharge* fino a quando non avrà deciso sull'esistenza dell'abuso¹¹⁰. Nel caso in cui non vi siano rinuncia o opposizione, l'esdebitazione opera in tempi piuttosto rapidi, nel senso che il debitore sarà liberato decorsi al massimo novanta giorni dall'adunanza dei creditori. Anche nel diritto statunitense ci sono dei debiti per i quali la liberazione non opera: si tratta, in particolare, dei debiti per alimenti, o per il mantenimento dei minori, ovvero per motivi di studio. Se questi debiti non sono stati integralmente pagati nel corso della procedura, il debitore continuerà a risponderne.

Il tribunale potrà anche revocare il provvedimento di *discharge* qualora il debitore stesso sia stato acquirente dei beni del proprio patrimonio fallimentare¹¹¹.

La seconda procedura prevista nel diritto statunitense è quella della *reorganisation*, disciplinata al *chapter 11*. La domanda di accesso alla procedura comporta come primo effetto quello dell'*automatic stay* ed è formulata mediante la presentazione di un piano che preveda la soddisfazione per intero dei creditori muniti di garanzia e, in parte, dei creditori chirografari: questi ultimi devono ricevere una soddisfazione almeno tale a quella che avrebbero ottenuto nella procedura di liquidazione¹¹².

In seguito, questo piano deve essere approvato dai creditori ed omologato dal tribunale: a questo punto sarà vincolante per tutto il ceto creditorio, compresi quei creditori che hanno espresso un voto contrario.

Nella *reorganisation* il debitore mantiene la disponibilità dei beni e, dal momento dell'omologazione del piano, ottiene anche la *discharge* dei debiti esistenti fino a quel giorno. Se il debitore è una persona fisica, le ipotesi di diniego della *discharge* sono le medesime previste per la

¹¹⁰ Il procedimento prende il nome di *contested discharge* se i creditori si oppongono alla liberazione. Castagnola, *La liberazione del fallito (discharge) nel diritto fallimentare statunitense*, cit., 233 e ss.

¹¹¹ Marcucci, *L'insolvenza del debitore civile negli USA*, cit., 368, 369.

¹¹² Castagnola, *La liberazione del fallito (discharge) nel diritto fallimentare statunitense*, cit., 311 e ss.

liquidation. In ogni caso, il debitore non potrà accedere al beneficio qualora il piano preveda la liquidazione di tutti i beni, quando il debitore non eserciti un'attività di impresa dopo il trasferimento dei beni e qualora, nella sostanza, la procedura consista in una liquidazione più che in una riorganizzazione¹¹³.

Il terzo procedimento potrebbe definirsi di ristrutturazione e consiste nell'*Adjustment of debts of an individual with regular income*. Come emerge dalla dicitura, tale procedimento non è generalmente applicabile, ma si riferisce solamente alle persone fisiche che abbiano redditi regolari. Pertanto è esclusa, tanto per le *corporation* quanto per le *partnership*, la possibilità di una ristrutturazione dei debiti. Anche in questo caso, verrà predisposto un piano per la ripartizione del patrimonio del debitore sulla base del quale i creditori verranno pagati attraverso versamenti dilazionati nel tempo: infatti costoro riceveranno un pagamento rateale, che coprirà in tutto o in parte la somma loro dovuta, entro un termine di tre anni, durante i quali sono paralizzate tutte le azioni ordinarie volte al recupero di tali crediti.

I creditori privilegiati dovranno essere soddisfatti per intero e, se il ceto creditorio viene suddiviso in classi, all'interno di ciascuna di esse deve sussistere una parità di trattamento¹¹⁴.

Qualsiasi individuo può essere ammesso alla ristrutturazione purché i suoi debiti non garantiti non superino una determinata soglia indicata nella legge. L'iniziativa è consentita solamente al debitore, il quale dovrà presentare una documentazione analoga a quella prevista nell'ipotesi di liquidazione.

Il blocco delle azioni esecutive, in questo caso, assume una forma particolare poiché riguarda solamente i debiti contratti dal soggetto in qualità di consumatore, anche se garantiti. I creditori per ragioni di carattere professionale potranno quindi proseguire le azioni volte al recupero di crediti riguardanti l'attività d'impresa. Dal momento in cui viene

¹¹³ Castagnola, *La liberazione del fallito (discharge) nel diritto fallimentare statunitense*, cit., 311 e ss.

¹¹⁴ Marcucci, *L'insolvenza del debitore civile negli USA*, cit., 369, 371.

ammesso alla procedura di ristrutturazione, il debitore rimane sotto la sorveglianza del tribunale fino al compimento dei pagamenti previsti dal piano. Quest'organo vigila sul fatto che i pagamenti pianificati siano iniziati nei 30 giorni successivi alla presentazione dell'istanza per accedere alla procedura¹¹⁵.

A differenza di quanto avviene nell'ipotesi di riorganizzazione, il piano di ristrutturazione non è sottoposto al voto dei creditori (che hanno comunque la possibilità di discuterne nel corso dell'adunanza), ma solamente all'approvazione da parte del tribunale e deve prevedere, in calce, la corresponsione all'organo competente di importi determinati secondo scadenze temporali prefissate. Le somme così ottenute saranno successivamente distribuite, da parte degli organi competenti, ai creditori. Per ottenere il pagamento della quota prevista dal piano, i creditori chirografari devono chiedere al tribunale di essere ammessi a partecipare alla procedura.

Se il piano non è approvato dal tribunale il debitore, oltre alla possibilità di modificarlo, può anche chiedere che il suo procedimento sia convertito in una *liquidation*, sulla base di quanto previsto dal *chapter 7*. Anche la conversione opposta è possibile dopo l'inizio della procedura di liquidazione, così come è possibile una modifica del piano, successiva all'approvazione, nel caso in cui ci siano circostanze sopravvenute¹¹⁶.

Le previsioni del piano di ristrutturazione sono vincolanti per tutti, sia per i creditori che per il debitore, il quale non può contrarre altri debiti, senza l'autorizzazione degli organi addetti. Se poi il debitore viene meno alle previsioni del piano, il procedimento sarà immediatamente convertito nella procedura del *chapter 7*. Quando i pagamenti del piano saranno stati integralmente effettuati il debitore otterrà la *discharge*, con margini più ampi di quelli previsti per la liquidazione¹¹⁷.

¹¹⁵ Marcucci, *L'insolvenza del debitore civile negli USA*, cit., 371.

¹¹⁶ Marcucci, *L'insolvenza del debitore civile negli USA*, cit., 372.

¹¹⁷ L'esdebitazione riguarderà tutti i debiti previsti nel piano ad eccezione di alcune obbligazioni quali quelle restitutorie di mutui o ipoteche. Marcucci, *L'insolvenza del debitore civile negli USA*, cit., 373.

In questo quadro articolato in tre procedimenti, la dottrina americana si è concentrata soprattutto sull'analisi delle condotte abusive dei debitori, che cercavano di accedere alla procedura di liquidazione, per poter ottenere una rapida liberazione dai debiti, conservando un patrimonio a volte elevato, sulla base delle esenzioni previste¹¹⁸. Un altro problema legato alle procedure di insolvenza riguardava il caso della ristrutturazione dei debiti: il piano volto alla soddisfazione dei creditori (stando alla disciplina legislativa) avrebbe potuto essere approvato anche quando il pagamento previsto fosse stato di poco superiore allo zero, e ciò in conseguenza del fatto che solo alcuni dei redditi futuri del debitore sarebbero stati vincolati a tale piano¹¹⁹.

A questi problemi che hanno portato, nel concreto, ad un aumento del numero dei fallimenti e delle insolvenze attraverso un utilizzo distorto della legge, consentito dalle lacune della disciplina, ha tentato di porre rimedio la riforma votata dal parlamento americano il 14 aprile 2005.

Il *bankruptcy abuse prevention and consumer protection Act* è la riforma più consistente dopo quella del 1978, con la quale era stata predisposta la disciplina sino a qui descritta. L'obiettivo della riforma del 2005 era quello di riportare nel fallimento integrità e responsabilità personale; le disposizioni si riferiscono principalmente al fallimento del debitore civile, ma possono riguardare, in alcuni casi, anche *corporations* o altri organismi, così come casi di fallimenti transfrontalieri¹²⁰.

Tra le novità più rilevanti c'è quella dell'introduzione del *means test*, attraverso il quale si cerca di costringere i debitori, mediante un controllo sul loro reddito medio per un periodo di sei mesi, a seguire, ove possibile, la procedura di ristrutturazione piuttosto che quella di liquidazione, in modo tale da poter valorizzare gli elementi attivi del patrimonio. Quindi, il parametro oggettivo sul quale viene verificata l'esistenza di un *substantial*

¹¹⁸ Marcucci, op. ult. cit., 373.

¹¹⁹ Marcucci, *L'insolvenza del debitore civile negli USA*, cit., 373.

¹²⁰ *Bankruptcy overhaul enacted- new rules for bankruptcy implemented*, in *CCH bankruptcy reform act briefing: bankruptcy abuse prevention and consumer protection act of 2005*, www.cch.com

abuse è quello del reddito corrente, da cui andranno sottratti una parte dei debiti garantiti e di quelli privilegiati, nonché alcune spese autorizzate¹²¹.

Ogni Stato fissa dei limiti di reddito al di sopra di quali i debitori vengono sottoposti a questo test e, in base ai risultati dello stesso, verrà decretata la procedura da applicare, nel senso che, in presenza di determinati redditi (che consentirebbero la realizzazione di un piano di ristrutturazione) l'abuso viene presunto¹²².

L'obiettivo è quindi quello di evitare abusi nell'utilizzo della procedura del *Chapter 7* da parte dei debitori individuali che, attraverso questa procedura, accorcerebbero i tempi per la liberazione, rispetto a quelli previsti per la procedura del *Chapter 13*, che consente il *fresh start* dell'imprenditore trascorso un periodo di cinque anni¹²³.

I debitori che, al termine di un'udienza nella quale hanno proposto istanza per accedere alla procedura di liquidazione, vedranno rigettata la loro proposta, dovranno predisporre un piano di ristrutturazione della durata di 5 anni (prima della riforma erano tre) per poter successivamente ottenere la super- *discharge*, sulla base della disciplina del *chapter 13*: l'elenco dei debiti esclusi dalla esdebitazione è in questi casi di molto ridotto, rispetto a quello previsto per la *discharge* al termine della procedura di liquidazione¹²⁴.

Infine, il debitore andrà informato attraverso un *credit counseling* ed una rieducazione finanziaria: nel caso in cui un soggetto contragga debiti per consumi, prima di essere ammesso ad una delle procedure, riceverà un *briefing* individuale o di gruppo da parte di un'agenzia autorizzata¹²⁵.

¹²¹ *Bankruptcy overhaul enacted- new rules for bankruptcy implemented*, in *CCH bankruptcy reform act briefing: bankruptcy abuse prevention and consumer protection act of 2005*, cit; Gilardini, Sebastiani, *Stati Uniti: commercio internazionale e investimenti esteri*, Milano, 2007, 156; Ghia, *L'esdebitazione*, cit., 63.

¹²² *Bankruptcy overhaul enacted- new rules for bankruptcy implemented*, in *CCH bankruptcy reform act briefing: bankruptcy abuse prevention and consumer protection act of 2005*, cit; Gilardini, Sebastiani, *Stati Uniti: commercio internazionale e investimenti esteri*, cit., 156; Ghia, *L'esdebitazione*, cit., 63.

¹²³ Ghia, *L'esdebitazione*, cit., 62.

¹²⁴ Gilardini, Sebastiani, *Stati Uniti: commercio internazionale e investimenti esteri*, cit., 156; Castagnola, *La liberazione del debitore (discharge) nel diritto fallimentare statunitense*, cit., 327 e ss.

¹²⁵ Gilardini, Sebastiani, *Stati Uniti: commercio internazionale e investimenti esteri*, cit., 156.

CAPITOLO SECONDO

PROFILI SOSTANZIALI DELLA ESDEBITAZIONE

1. Inquadramento generale dell'esdebitazione

Dopo aver svolto un'analisi sull'antecedente storico della esdebitazione, sulle motivazioni che hanno portato all'introduzione dell'istituto nel nostro ordinamento, nonché sulle caratteristiche e problemi principali che lo stesso ha creato a livello comparato (ed in particolare nell'ordinamento statunitense), passiamo ora all'analisi vera e propria delle caratteristiche dell'esdebitazione, così come disciplinata nel nostro ordinamento.

Da alcuni, l'istituto che consente la liberazione dai debiti residui viene per certi tratti equiparato all'espropriazione per pubblica utilità: una prima conferma di tale somiglianza deriva dall'analisi della procedura che può essere aperta, come vedremo, senza il necessario consenso dei creditori e dove l'unico accertamento riguarda la sussistenza dei presupposti disciplinati all'art. 142¹²⁶.

Si noti che, come nell'espropriazione per pubblica utilità il proprietario sarà spogliato del suo diritto di proprietà a meno che non riesca a dimostrare l'assenza dei presupposti necessari per l'espropriazione stessa, così nella esdebitazione il creditore sarà privato della soddisfazione (giudiziale o meno) del proprio credito, vedendo così estinta la propria pretesa, salva la possibilità di dimostrare l'assenza dei requisiti richiesti per accedere al beneficio.

Nonostante questi tratti comuni, sono evidenziate anche le differenze tra i due istituti, che possono dare voce ad alcune critiche sulla disciplina dell'esdebitazione.

¹²⁶ Scarselli, *L'esdebitazione della nuova legge fallimentare*, in *Dir. Fall.* 2007, I, 34; l'espropriazione per pubblica utilità è definita nell'omonima voce a cura di Landi in *Enciclopedia del diritto*, Milano 1996, XV, 806 come "sottrazione coattiva", locuzione che potrebbe adattarsi anche all'effetto che produce l'esdebitazione del fallito nei confronti della posizione creditoria.

Innanzitutto si osserva che, mentre nell'espropriazione per pubblica utilità il proprietario ha diritto ad un indennizzo, così non avviene per il creditore del fallito, per il quale l'effetto esdebitatorio si produce senza la possibilità di un ristoro. L'espropriazione per pubblica utilità inoltre, è una procedura posta in essere dall'autorità amministrativa, cui può seguire un controllo da parte del giudice in tutti i gradi previsti dalla disciplina; l'inesigibilità del credito per effetto dell'esdebitazione, invece, viene posta in essere dalla stessa autorità giudiziaria, creando una "commistione di ruoli tra organi della decisione e organi di controllo della decisione tale da minare la neutralità del giudizio stesso"¹²⁷.

Da non trascurare è anche l'analisi dei presupposti alla base dei due istituti: mentre l'espropriazione per pubblica utilità è predisposta per motivi di interesse generale indicati dalla legge, in conformità a quanto previsto dall'art. 42 comma 3 Cost., l'esdebitazione sembrerebbe posta in essere, al contrario, per la tutela degli interessi di un singolo soggetto¹²⁸.

Allargando l'orizzonte dell'indagine, possiamo notare che negli ordinamenti anglosassoni dove l'istituto dell'esdebitazione nasce, sono posti alla base dello stesso interessi che superano quello del singolo debitore. Infatti, ci si pone in un'ottica di mercato non ancora radicata nel nostro sistema, dove la perdita del credito viene vista come un rischio che va corso per dare al debitore sfortunato una nuova opportunità tale da consentirgli di essere nuovamente produttivo e nuovamente consumatore, favorendo lo sviluppo del mercato¹²⁹.

Analizziamo ora sinteticamente quelli che sono stati proposti, da alcuni, come interessi generali alla base dell'istituto, partendo dal presupposto che qualora l'esdebitazione fosse volta alla tutela di un interesse generale, l'esistenza di tale interesse avrebbe dovuto essere accertata, quale condizione ostativa, nell'indagine istruttoria¹³⁰.

¹²⁷ Scarselli, *L'esdebitazione della nuova legge fallimentare*, cit., 34.

¹²⁸ Voce *Espropriazione per pubblica utilità (principi)* in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1996, XV, 811.

¹²⁹ Castagnola, *L'esdebitazione del fallito*, cit., 449.

¹³⁰ Castagnola, *L'esdebitazione del fallito*, cit. 456; Frascaroli Santi, *L'esdebitazione del fallito: un premio per il fallito o un'esigenza di mercato*, cit. 37.

La prima ipotesi è quella di un generale interesse allo sviluppo dell'economia, che del resto è quella che maggiormente viene accolta nell'ordinamento statunitense: la conseguenza che deriva da questa teoria è che la posizione del debitore, sia pur meritevole, si porrebbe al di sopra del generale principio di responsabilità patrimoniale, sancito dall'art. 2740 c.c.¹³¹.

Altri sostengono che il principio su cui si fonda il beneficio dell'esdebitazione sia, invece, quello per cui nel caso di insolvenza di un soggetto debbano prevalere le norme concorsuali così come per l'azione revocatoria¹³². A tal proposito occorre però ricordare che questo principio è posto a tutela della *par condicio creditorum* e non va ad incidere sulla responsabilità patrimoniale del debitore.

Dal confronto tra esdebitazione ed espropriazione per pubblica utilità, possiamo ricavare un primo aspetto di criticità del nuovo istituto: il legislatore avrebbe qui introdotto una sorta di espropriazione nei confronti dei creditori, che si vedono privati della loro pretesa, senza mutuare dalla normativa pubblicistica garanzie sostanziali e procedurali¹³³. In realtà, l'unica ipotesi di espropriazione prevista nel nostro ordinamento è proprio quella di beni, realizzata per motivi di interesse generale; nel prevedere questa espropriazione di crediti, il legislatore ha pensato di rispondere ad esigenze di equità, consentendo al debitore fallito di intraprendere una nuova attività: si tratta di un buon proposito e di un "modo più umano di affrontare il fenomeno del fallimento"¹³⁴, ma questa modalità non si può far rientrare nella tutela di un interesse generale.

Il procedimento di espropriazione per pubblica utilità presenta, nell'ordinamento pubblicistico, una disciplina dettagliata nella quale emerge come, nonostante la posizione del privato sia evidentemente di totale svantaggio, allo stesso sono concesse garanzie di diverso tipo.

¹³¹ Carratta, *Dell'esdebitazione del fallito e della sua illegittimità costituzionale*, in *Giurisprudenza italiana*, 2009, I, 403.

¹³² Frascaroli-Santi, *L'esdebitazione del fallito: un premio per il fallito o un'esigenza di mercato*, cit. 37.

¹³³ Scarselli, *L'esdebitazione della nuova legge fallimentare*, cit., 34.

¹³⁴ Scarselli, *Ancora sulla esdebitazione (una questione intertemporale e altre più generali)*, in *Il fallimento*, 2009, XI, 1339.

Prima della dichiarazione di pubblica utilità il privato può partecipare al procedimento evidenziando le ragioni, di carattere generale o contingenti, per le quali ritiene più utile localizzare l'opera pubblica in un luogo diverso¹³⁵. In seguito alla dichiarazione e al termine di uno scambio di proposte tra la pubblica amministrazione e il privato, quest'ultimo ha comunque la possibilità di non concordare la determinazione dell'indennità di esproprio, dando quindi avvio ad un'ulteriore verifica tecnica per modularne definitivamente l'ammontare¹³⁶. La sua posizione è quindi tutelata sia dal punto di vista sostanziale (in quanto può attivamente partecipare alla determinazione dell'indennità), sia dal punto di vista processuale, poiché è posto in condizione di venire a conoscenza di ogni singolo passo compiuto dall'amministrazione, essendo destinatario delle notificazioni dei relativi atti e provvedimenti.

Nella nota sentenza della Corte Costituzionale n. 181 del 2008 in un passaggio la consulta afferma che è "evidente [...] l'effetto pregiudizievole che, sotto l'aspetto sostanziale, l'applicazione dell'istituto ha sulla posizione soggettiva dei creditori concorsuali non integralmente soddisfatti".

In dottrina ci si è chiesti se, proprio in riferimento a questa soggezione, sia riscontrabile una compatibilità con l'art. 42 Cost. in merito appunto all'espropriazione della proprietà privata, che può attuarsi solo nei casi previsti dalla legge e , come già affermato, previo indennizzo¹³⁷.

Secondo un'altra parte della dottrina l'istituto della esdebitazione dovrebbe essere considerato alla stregua di un'eccezione al generale principio di responsabilità patrimoniale disciplinato all'art. 2740 c.c., per il quale il debitore risponde delle proprie obbligazioni con tutti i suoi beni presenti e futuri¹³⁸.

L'esdebitazione si porrebbe come eccezione di tale principio poiché, colui che intraprende un'attività imprenditoriale (prendendo naturalmente in

¹³⁵ Ferrazzi, *La realizzazione dell'opera pubblica*, in *Diritto urbanistico e delle opere pubbliche* a cura di Daria De Pretis, Torino, 2009, 128.

¹³⁶ *Testo unico sulle espropriazioni per pubblica utilità (D.P.R. 327/2001)*.

¹³⁷ Carratta, *Dell'esdebitazione del fallito e della sua illegittimità costituzionale*, cit. 403.

¹³⁸ Santoro, *Commento sub art. 143*, in *La riforma della legge fallimentare*, a cura di Nigro, Sandulli, Torino, 2006, 848.

considerazione solo gli imprenditori fallibili) sa già in partenza che tenendo un comportamento onesto, nell'ipotesi in cui dovesse fallire potrebbe beneficiare della esdebitazione, qualora collaborasse con gli organi deputati a svolgere le diverse operazioni nel corso della procedura. Pertanto, tale imprenditore sa già che al limite potrebbe rischiare il patrimonio esistente al momento del fallimento, ma nulla di più, e quindi la sua responsabilità patrimoniale sarebbe limitata¹³⁹.

Tuttavia, a ben vedere, l'istituto che ci accingiamo ad esaminare non rappresenterebbe una violazione ovvero un'eccezione al principio della responsabilità patrimoniale: il suo effetto è quello di rendere inesigibili i debiti residui. Quindi, per tali debiti, proprio in quanto inesigibili non potrà verificarsi una violazione dell'art. 2740 c.c. in quanto per tali prestazioni il debitore non è (più) responsabile. Per i debiti che vedremo essere esclusi dagli effetti esdebitatori, invece, continuerà ad essere valida la disciplina della responsabilità patrimoniale prevista nel codice civile¹⁴⁰.

Il nuovo istituto sembrerebbe, in realtà, costituire una deroga ai principi civilistici per i quali il debitore che non adempie alla sua prestazione non può liberarsi dall'obbligazione salvo il consenso del creditore e rimane obbligato perpetuamente, poiché non rileva l'impossibilità soggettiva della prestazione¹⁴¹.

A tal proposito si può accennare all'istituto della remissione del debito: tale istituto è disciplinato in particolare all'art. 1236 c.c. e consiste in una dichiarazione del creditore di rinuncia del proprio credito. Il debitore, dal canto suo, potrebbe decidere di non avvalersi della remissione attraverso una dichiarazione da far pervenire al creditore. La qualificazione giuridica della dichiarazione del creditore secondo alcuni dovrebbe considerarsi come atto unilaterale recettizio e, allo stesso modo, dovrebbe essere considerata l'eventuale dichiarazione del debitore. Un'altra parte della dottrina, invece, qualifica la rimessione come contratto di estinzione delle obbligazioni: in tal caso lo schema che potrebbe applicarsi sarebbe quello

¹³⁹ Santoro, *Commento sub art. 143*, cit., 848.

¹⁴⁰ Norelli, *L'esdebitazione del fallito*, cit., 19. Al contrario Castagnola, *L'esdebitazione del fallito*, cit., 457.

¹⁴¹ Norelli, *L'esdebitazione del fallito*, cit., 18.

del contratto con obbligazioni per il solo proponente e il consenso del debitore consisterebbe nel silenzio¹⁴².

Nel caso della esdebitazione, l'effetto in capo ai creditori è il medesimo nel senso che questi non potranno più richiedere la prestazione dovuta. La differenza sta nel fatto che mentre nella rimessione del debito il creditore è libero di scegliere se rinunciare o meno alla prestazione, nel caso della esdebitazione costui non avrebbe tale possibilità.

L'unico modo che avrebbe per evitare l'estinzione del suo credito sarebbe quello di dimostrare al tribunale la mancanza di una condizione per la concessione del beneficio, e quindi la presenza di una causa ostativa tra quelle indicate all'art. 142¹⁴³.

2. Ambito soggettivo di applicazione

L'esdebitazione è un beneficio a favore del fallito persona fisica¹⁴⁴.

Quindi, potranno essere liberati dai debiti residui gli imprenditori individuali che rispettano i requisiti dell'art. 1 e che sono stati sottoposti alla procedura fallimentare¹⁴⁵. Tuttavia, l'esdebitazione non potrà essere

¹⁴² www.dirittoprivatoinrete.it; www.diritto-civile.it.

¹⁴³ Scarselli, *L'esdebitazione della nuova legge fallimentare*, cit., 33.

¹⁴⁴ Comunque, si tenga presente che, nel corso dei lavori preparatori sono state mosse diverse obiezioni circa la scelta di limitare il beneficio alle persone fisiche. In particolare si vedano i documenti citati da Lazzara, *L'esdebitazione*, in *Il nuovo fallimento: commentario al R.d. 16 marzo 1942 n. 267 coordinato con le modifiche apportate dalla legge 14 maggio 2005 n. 80 e dal d.lgs. 9 gennaio 2006 n. 5*, a cura di Santangeli, in *Le nuove leggi civili*, Milano, 2006, 648.

¹⁴⁵ Gli artt. 1 e 5, indicano i criteri, anche dimensionali, rispetto ai quali viene individuato l'imprenditore fallibile. Sulla base del disposto dell'art. 1 non sono soggetti al fallimento gli imprenditori i quali dimostrino il possesso congiunto dei seguenti requisiti:

a) 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;

b) 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;

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

Il fallimento può essere dichiarato se l'imprenditore versa in stato di insolvenza, che viene definito all'art. 5 come quella situazione nella quale emerge che il debitore non è più in grado di soddisfare regolarmente le proprie obbligazioni. Il concetto di insolvenza

concessa quando i soggetti cui l'istituto si rivolge, siano stati dichiarati falliti, ma il loro fallimento sia stato successivamente revocato ex art. 18: pertanto, per l'applicazione della esdebitazione sarà necessario che la sentenza dichiarativa di fallimento sia passata in giudicato¹⁴⁶.

Nel novero dei soggetti cui può essere accordato il beneficio della liberazione dai debiti residui vanno compresi, comunque, anche i soci illimitatamente responsabili di società in nome collettivo e i soci accomandatari di società in accomandita semplice o per azioni. Infatti, la norma non fa riferimento solo all'imprenditore "dichiarato fallito in proprio" e pertanto sarà applicabile anche a coloro che subiscono il fallimento in estensione ex art. 147¹⁴⁷. Secondo questa norma, il fallimento dei soci illimitatamente responsabili non può essere dichiarato, decorso un anno dallo scioglimento del rapporto sociale o dalla cessazione della responsabilità illimitata, e ciò anche nel caso di trasformazione, fusione o scissione della società, qualora questi eventi siano stati resi noti sulla base delle forme di pubblicità previste¹⁴⁸.

La dichiarazione di fallimento in estensione è possibile solo se l'insolvenza della società attenga, in tutto o in parte, a debiti esistenti alla data della cessazione della responsabilità illimitata. Anche dopo il fallimento della società con relativa estensione ai suddetti soci, qualora emerga l'esistenza di ulteriori soci illimitatamente responsabili, fino a quel

è un concetto dinamico nel senso che si tratta di un fenomeno che agisce su un soggetto (l'impresa) in continua trasformazione. Proprio questo dinamismo impone, nel momento della verifica, anche un giudizio prognostico sulla base dei fatti accertati e del comportamento del debitore. Paluchowski, Pajardi, *Manuale di diritto fallimentare*, ult. cit., 95.

¹⁴⁶ Norelli, *L'esdebitazione del fallito*, cit., 3.

¹⁴⁷ Norelli, *L'esdebitazione del fallito*, cit., 4; Cavalli, *Gli effetti del fallimento per il debitore*, in *La riforma della legge fallimentare: profili della nuova disciplina*, a cura di Ambrosini, Bologna 2006, 110; dello stesso avviso anche Paluchowsky, Pajardi, *Manuale di diritto fallimentare*, ult. cit., 729; Castagnola, *L'esdebitazione del fallito*, cit., 450; Bonfatti, Censoni, *Manuale di diritto fallimentare*, Padova, 2009, 424, rileva che, qualora non si accogliesse questa interpretazione, si avrebbe una forte disparità di trattamento tra il fallito imprenditore individuale e il socio illimitatamente responsabile di una società fallita. Altri autori, comunque, fanno emergere una diversa interpretazione del silenzio del legislatore: infatti, questo silenzio starebbe a significare una volontà del legislatore di escludere dal beneficio tutti i soci illimitatamente responsabili, anche qualora si dovesse trattare di persone fisiche. Panzani, *Commento sub art. 142*, in *Il nuovo diritto fallimentare, Commentario* a cura di Iorio, Fabiani, Bologna, 2007, II, 2108.

¹⁴⁸ Art. 147.

momento rimasti occulti, il fallimento verrà esteso anche a costoro. Inoltre, sempre in riferimento alla disciplina positiva dell'art. 147, dovrà procedersi nella stessa maniera "qualora dopo la dichiarazione di fallimento di un imprenditore individuale risulti che l'impresa è riferibile ad una società di cui il fallito è socio illimitatamente responsabile".

A tal proposito la giurisprudenza ha sottolineato che questi soci debbano rispondere con il proprio patrimonio di debiti che non possono essere considerati loro estranei, poiché appunto riconducibili all'esercizio dell'impresa. Sono altresì responsabili, e dovranno quindi elargire somme ulteriori rispetto a quelle del conferimento iniziale, qualora i fondi della società non dovessero risultare sufficienti per il soddisfacimento del ceto creditorio: in questa ipotesi è da escludersi la possibilità che nasca un credito di regresso dei soci nei confronti della società¹⁴⁹.

Per i soci accomandatari di società in accomandita per azioni, la situazione è parzialmente diversa: tra questi soci e la società, che essendo di capitali ha, oltre all'autonomia patrimoniale anche personalità giuridica, sussiste un rapporto particolare, poiché i soci accomandatari devono rivestire la funzione di amministratori della società ai sensi dell'art. 2455 c.c. Pertanto, il possibile fallimento del socio accomandatario è legato direttamente alla sua attività di amministrazione all'interno della società, per la quale risponde, a differenza di quanto normalmente avviene nelle società di capitali, con l'intero patrimonio¹⁵⁰.

Anche in questi casi, come di consueto, sarà possibile impugnare il provvedimento del tribunale mediante reclamo per cui, per l'applicazione del beneficio esdebitatorio si dovrà attendere il passaggio in giudicato anche di questa pronuncia.

¹⁴⁹ I soci illimitatamente responsabili, quindi, non vanno considerati come fideiussori *ex lege*, poiché si prende in considerazione, nel fallimento, direttamente il patrimonio dei soci, facendo emergere il carattere del tutto strumentale dell'autonomia patrimoniale della società. (questa osservazione vale solo rispetto alle società di persone). Panzani, *Commento sub art. 142*, cit., 2108.

¹⁵⁰ Panzani, *Commento sub art. 142*, cit., 2108.

È chiaro che, se questi soci illimitatamente responsabili fossero persone giuridiche, non potrebbero in ogni caso godere del beneficio, poiché questo è limitato alle persone fisiche¹⁵¹.

Come corollario al tema dei soci illimitatamente responsabili pare corretto segnalare che la giurisprudenza, in tema di concordato, ha affermato che il debito dichiarato inesigibile a favore del socio fallito in estensione resterà ugualmente inesigibile, anche qualora il soggetto abbia assunto, rispetto a quella obbligazione, un autonomo vincolo fideiussorio¹⁵².

Per quanto riguarda i soggetti che restano esclusi dal campo di applicazione della esdebitazione, dall'indicazione fornita dall'art. 142, (per il quale possono essere esdebitati solo i falliti persone fisiche) possiamo facilmente dedurre alcune conseguenze: la liberazione dai debiti residui non potrà riguardare i soggetti esclusi dal fallimento sulla base dei criteri indicati all' art. 1. Inoltre, sono da escludere quei soggetti che, pur essendo assoggettabili al fallimento non sono persone fisiche, bensì persone giuridiche, nonché i soggetti non imprenditori, ovvero i debitori civili¹⁵³.

Rispetto a quest'ultima categoria ci limitiamo qui ad osservare che si tratta del gruppo di soggetti che, a livello comparato, beneficiano maggiormente della liberazione dai debiti. In alcuni ordinamenti, come ad esempio negli Stati Uniti, alcune procedure sono addirittura riservate al debitore civile, come quella del *Chapter 13*, descritta nel capitolo precedente.

Tuttavia l'aspetto più rilevante nel nostro ordinamento è quello che riguarda l'esclusione degli organismi collettivi: infatti le società non potranno godere del beneficio liberatorio. Tale scelta di politica legislativa, che restringe sensibilmente il campo di operatività dell'istituto, potrebbe trovare una giustificazione nel fatto che per le società (di capitali) i soci godono già di un beneficio assimilabile all'esdebitazione: infatti

¹⁵¹ Panzani, *Commento sub art. 142*, cit., 2108.

¹⁵² Panzani, *Commento sub art. 142*, cit., 2108.

¹⁵³ Norelli, *L'esdebitazione del fallito*, cit., 4.

risponderanno per le obbligazioni sociali, solo in maniera corrispondente alla quota del capitale sociale a questi riferibile¹⁵⁴.

Alcuni ritengono che questa esclusione possa giustificarsi per il fatto che, alla chiusura del fallimento sociale, non vi sia più un soggetto da tutelare nei confronti di azioni esecutive da parte dei creditori¹⁵⁵. Le obbligazioni sociali si estingueranno dopo che la società sarà stata cancellata, su richiesta del curatore, dal registro delle imprese.

In questi casi non potrebbe trovare applicazione il disposto dell'art. 2495 c.c., sulla base del quale i creditori sociali, al termine della liquidazione, potrebbero rivolgersi ai soci per recuperare il loro credito e questi ultimi sarebbero responsabili in misura pari all'ammontare delle somme ricevute a seguito del bilancio finale di liquidazione. Infatti, qualora la società fallisca, verrà liquidato l'intero patrimonio per soddisfare i creditori sociali e pertanto, non residueranno più beni¹⁵⁶; non vi sarà più, a questo punto, alcun obbligato e pertanto le obbligazioni sociali saranno estinte.

In sintesi, qualora il fallimento della società si chiuda per i motivi di cui ai n. 1 e 2 dell'art. 118 primo comma, cioè qualora non vi siano crediti ammessi o quelli che erano stati ammessi si siano poi estinti, non vi saranno debiti residui da cui la società potrebbe essere liberata. Se invece il fallimento si chiudesse per compiuta ripartizione finale dell'attivo, la società verrebbe cancellata dal registro delle imprese e non vi sarebbe più alcun soggetto da tutelare tramite l'esdebitazione.

Non è da escludersi totalmente la possibilità che le società siano liberate dai debiti residui, ma ciò potrà avvenire solamente qualora la crisi

¹⁵⁴ Santoro, *Commento sub art. 142* in *La riforma della legge fallimentare*, a cura di Nigro, Sandulli, Torino, 2010, 1869; Buoncore, Bassi, *Trattato di diritto fallimentare*, III, Padova, 2011, 554.

¹⁵⁵ Norelli, *L'esdebitazione del fallito*, cit., 4. Secondo Santoro, *Commento sub art. 142*, cit., 1869, ritenere che a seguito di un fallimento di una società di capitali il debito resti formalmente in vita, ma non esista più il soggetto obbligato al pagamento, è un'osservazione che non deve essere considerata come sostegno alla tesi per cui al termine della procedura di fallimento la società si estingue, poiché questa conseguenza è legata all'adempimento formale di cancellazione della stessa dal registro delle imprese.

¹⁵⁶ Se dovessero residuare dei beni questi andrebbero liquidati per soddisfare i creditori ammessi al passivo, ovvero i debiti di massa, ovvero, qualora ne residuassero di ulteriori, andrebbero riconsegnati agli amministratori della società che, a questo punto, non potrebbe essere cancellata dal registro della imprese. Norelli, *L'esdebitazione del fallito*, cit., 4.

d'impresa venga affrontata ricorrendo ad una procedura minore, quale ad esempio quella del concordato fallimentare¹⁵⁷.

Sempre con riferimento all'ambito soggettivo di applicazione dell'istituto, non si può prescindere da quanto previsto nell'ultimo comma dell'art. 142: infatti tale disposizione prevede che siano fatti salvi i diritti vantati dai creditori nei confronti dei fideiussori del fallito, così come dei coobbligati ed obbligati in via di regresso.

Quindi possiamo affermare con certezza che anche nei confronti di tali soggetti non opera l'effetto esdebitatorio: i fideiussori e coobbligati resteranno responsabili nei confronti dei creditori, per la parte che questi ultimi non potrebbero recuperare dal debitore, a causa dell'intervenuta esdebitazione. Nell'ambito della descrizione degli effetti della esdebitazione tratteremo più approfonditamente questo tema, cercando di far emergere gli aspetti problematici della posizione di fideiussori e coobbligati.

3. Possibili profili di incostituzionalità quanto all'ambito soggettivo di applicazione dell'istituto

Attraverso un'osservazione generale sui soggetti che possono beneficiare della liberazione dai debiti residui, può sorgere qualche dubbio circa la legittimità costituzionale dell'art. 142.

Alcuni autori hanno sottolineato che dal combinato disposto degli artt. 1, 6 e 142 emergerebbe una violazione del principio di uguaglianza, di cui all'art. 3 Cost.: ciò in quanto, non consentendo al debitore non imprenditore di essere dichiarato fallito, lo si lascerebbe esposto per sempre alle azioni di esecuzione dei creditori, creando una ingiustificata disparità di trattamento, soprattutto per quei soggetti che comunque

¹⁵⁷ Paluchowski, Pajardi, *Manuale di diritto fallimentare*, ult. cit., 729; Castagnola, *L'esdebitazione*, cit., 450; Conte, *Procedimento di esdebitazione ex art. 143 l. fall., principio del contraddittorio e diritto di difesa dei creditori*, in, *Giurisprudenza Italiana*, 2008, XII.

esercitano un'attività imprenditoriale, ma non rispondono ai requisiti previsti per il fallimento¹⁵⁸.

Poiché come abbiamo già avuto modo di dire nel capitolo precedente, l'esdebitazione è volta a recuperare per un nuovo inizio nel mercato i soggetti meritevoli, non si comprende come possano essere considerati meritevoli a questi fini, solamente gli imprenditori assoggettabili al fallimento e non anche i piccoli imprenditori o gli imprenditori agricoli. La *ratio* alla base dell'istituto non diverge a seconda che l'esecuzione sia fatta nei confronti di un imprenditore individuale ovvero collettivo¹⁵⁹.

Anche in giurisprudenza ci si è interrogati sul punto: con un'ordinanza del 20 dicembre 2006 il Tribunale di Bolzano ha sollevato una questione di legittimità costituzionale, proprio del disposto dell'art. 142, nella parte in cui "in modo irrazionale introduce l'istituto della esdebitazione e, in subordine, limita l'istituto [...] al soggetto imprenditore fallito e ai fallimenti chiusi dopo l'entrata in vigore della legge": infatti il tribunale ritiene che l'istituto "finirebbe per privilegiare ingiustificatamente solo i grossi imprenditori, ignorando i piccoli imprenditori ed i debitori non imprenditori"¹⁶⁰. La Consulta non è entrata nel merito della decisione: il ricorso è stato dichiarato inammissibile, poiché il quesito è stato posto in maniera contraddittoria. Il ricorrente aveva esso stesso ritenuto non applicabile al caso concreto la disciplina dell'esdebitazione, per ragioni di tipo intertemporale, determinando così la manifesta inammissibilità della questione¹⁶¹.

È possibile che il legislatore abbia fatto questa scelta circa l'ambito soggettivo sulla base di alcuni studi condotti negli Stati Uniti, dove l'istituto esdebitatorio è molto più radicato: tali indagini statunitensi, per lo più di tipo economico, hanno rilevato che un regime esdebitatorio troppo

¹⁵⁸ Norelli, *L'esdebitazione del fallito*, cit., 4; Panzani, *Commento sub art. 142*, cit., 2108; così anche Cordopatri, *Luci e ombre della nuova esdebitazione*, in *Il diritto fallimentare*, 2009, I, 1; Panzani, *Commento sub art. 142*, cit., 2109; Santoro, *commento sub art.142*, cit., 850.

¹⁵⁹ Frascaroli, Santi, *L'esdebitazione, del fallito: un premio per il fallito o un'esigenza di mercato?*, cit., 40.

¹⁶⁰ Corte cost. Ord., 30 novembre 2007, n. 411- Pres. Bile, in *Il fallimento*, 2008, I, 152.

¹⁶¹ Nardecchia, *Osservazioni sull' Ord., 30 novembre 2007, n. 411- Pres. Bile*, in *Il fallimento*, 2008, I, 154.

favorevole ai debitori induce i creditori a chiedere sempre maggiori garanzie, portando ad un aumento del costo del credito, a discapito dei soggetti più deboli¹⁶².

Inoltre, per giustificare la disparità di trattamento sono stati richiamati i riferimenti fatti, sia nell'art. 142 sia nell'art. 14, alle scritture contabili, che non risultano obbligatorie né per il piccolo imprenditore né per l'imprenditore agricolo: comunque non è da escludere la possibilità che anche questi soggetti optino per la tenuta della contabilità, in quanto il fatto che non sussista un obbligo non esclude che questi soggetti possano comunque scegliere di tenere le scritture contabili. Ed è proprio in quest'ultimo caso che emergerebbe la disparità di trattamento tra il piccolo imprenditore e l'imprenditore agricolo, nei confronti del soggetto fallibile¹⁶³.

In ogni caso gli stessi autori sottolineano che, probabilmente, un tale dubbio di costituzionalità non verrebbe accolto dal Giudice di legittimità, poiché la materia concorsuale sarebbe materia di ordine pubblico: infatti, per provare quanto detto si dovrebbe fare riferimento al fatto che le dichiarazioni del fallito, rese per la valutazione dei presupposti del fallimento, non sono da considerarsi alla stregua di una confessione. Tali dichiarazioni non sono nella disponibilità delle parti, proprio in quanto attengono all'ordine pubblico economico¹⁶⁴.

In un contesto di riforma come quello nel quale si è trovato il legislatore italiano, è certo che il fallimento, per i costi che comporta, non dovrebbe riguardare un numero troppo vasto di soggetti. Però, è anche vero che non si comprende perché, sempre avendo riguardo ai principi ispiratori

¹⁶² Santoro, *Commento sub art. 142*, cit., 1867.

¹⁶³ Norelli, *L'esdebitazione del fallito*, cit., 4.

¹⁶⁴ Norelli, *L'esdebitazione del fallito*, cit., 30. L'autore si riferisce anche ad alcune pronunce della Corte costituzionale, nelle quali si fa riferimento al fatto che l'istituto abbia "prevalenti finalità pubblicistiche", che giustificerebbero l'iniziativa officiosa del tribunale. È chiaro, però, che questi riferimenti non possono essere presi in considerazione nella discussione attuale intorno al tema dell'illegittimità costituzionale dal punto di vista dei soggetti ammessi al beneficio della esdebitazione. Infatti, l'iniziativa officiosa per la dichiarazione del fallimento è stata espunta dall'ordinamento con il d. lgs 5/2006. Sul fatto che le dichiarazioni del debitore non possano essere valutate alla stregua di una confessione Paluchowski, Pajardi, *Manuale di diritto fallimentare*, ult. cit., 150, afferma che: "poiché non si è di fronte ad un processo di cognizione ordinaria piena, e soprattutto perché la confessione deve vertere su diritti disponibili e la sussistenza o meno dei presupposti legali per il fallimento non è diritto disponibile, la confessione non ha la stessa valenza prevista dall'art. 228 c.p.c.".

della riforma, l'esdebitazione non possa essere concessa né al piccolo imprenditore, né al debitore civile. A tal proposito non si deve tralasciare il fatto che, con la riforma del diritto societario del 2003, il legislatore ha voluto favorire, in maniera piuttosto marcata, la costituzione di società di capitali da parte delle imprese più grandi. La situazione dunque è piuttosto strana: se si scegliessero le tipologie sociali nelle quali la responsabilità dei soci è illimitata, verrebbe favorito l'istituto della esdebitazione, ma gli sforzi del legislatore per agevolare società di capitali perderebbero valore; ovvero potrebbe capitare che le imprese scelgano, nonostante la prospettiva di una possibile liberazione, di condurre la propria attività secondo le regole delle società di capitali: in questa seconda ipotesi, l'istituto della esdebitazione perderebbe rilievo.

Questa posizione marginale che verrebbe attribuita alla esdebitazione è tanto più accentuata se si pensa ai soggetti ai quali essa si riferisce: infatti, se non è applicabile al debitore civile ovvero ai piccoli imprenditori (o meglio o a quegli imprenditori che non raggiungono le soglie previste per il fallimento) e se le imprese di medio grandi dimensioni preferissero la forma della società di capitali, a cui l'istituto resta del tutto estraneo, è facile dedurre che questo beneficio sarà destinato ad avere sempre meno rilievo, se non addirittura a scomparire¹⁶⁵.

4. Il presupposto oggettivo della esdebitazione: la chiusura del fallimento

Una delle condizioni necessarie affinché il tribunale possa valutare la possibilità di concedere l'esdebitazione è quella che la procedura fallimentare sia stata chiusa per compiuta ripartizione finale dell'attivo, ex art. 118 n. 3.

La necessità che il fallimento sia chiuso deriva, non solo dalla disposizione per cui il tribunale deve pronunciarsi con il decreto di chiusura, o comunque con un atto posteriore allo stesso, ma anche e

¹⁶⁵ Santoro, *Commento sub art. 142*, op. ult. cit., 1867.

soprattutto, dagli effetti che l'esdebitazione produce: infatti con il provvedimento del tribunale vengono dichiarati inesigibili i debiti che residuano al termine della ripartizione dell'attivo, cioè quei debiti che non sono stati soddisfatti integralmente. È chiaro a questo punto, che affinché queste condizioni possano verificarsi, occorre che il fallimento sia stato chiuso. In caso contrario, la ripartizione dell'attivo potrebbe non essere completa e non si parlerebbe di debiti residui, poiché la percentuale del residuo potrebbe successivamente mutare¹⁶⁶.

Per "chiusura del fallimento" deve intendersi il momento in cui si potrebbero produrre gli effetti dell'art. 120, cioè il momento a partire dal quale i creditori avrebbero la possibilità di proseguire, salvo appunto il caso di esdebitazione, le loro azioni esecutive. Tuttavia, questo momento non coincide con la pronuncia del tribunale: infatti, la disciplina della chiusura deve coordinarsi con quella delle impugnazioni del decreto stesso. Se il reclamo avverso il decreto di chiusura fosse accolto, sarebbe come se la procedura non fosse mai stata chiusa. Gli effetti di cui all'art. 120 quindi, non possono prodursi fino a quando il decreto di chiusura non formi giudicato sostanziale, ex art. 2909 c.c.¹⁶⁷. Al coordinamento di questa disciplina con quella dell'esdebitazione verrà dedicato spazio durante la trattazione dei mezzi di impugnazione del decreto di esdebitazione. Basti per il momento notare che, nonostante l'art. 26 dichiari espressamente che la proposizione del reclamo non sospende l'esecuzione del provvedimento, non è possibile ipotizzare un'efficacia immediata del decreto di chiusura: infatti, qualora questo fosse successivamente revocato, il fallimento dovrebbe considerarsi di nuovo aperto, creando uno spazio temporale tra la chiusura e la revoca del relativo decreto, al termine del quale non sarebbe chiara la sorte degli effetti che si potrebbero eventualmente produrre.

Tale lasso temporale non è in alcun modo previsto né disciplinato dalla normativa sulla chiusura del fallimento, pertanto deve ritenersi che la disposizione dell'art. 26 vada interpretata nel senso che, dopo il decreto di

¹⁶⁶ Norelli, *L'esdebitazione del fallito*, cit., 5.

¹⁶⁷ Norelli, *L'esdebitazione del fallito*, cit., 5.

chiusura, non possono più compiersi attività relative alla procedura, salvo chiaramente quelle necessarie di conservazione dei beni¹⁶⁸.

Sul presupposto della chiusura del fallimento dobbiamo chiederci, a questo punto, se ai fini della esdebitazione sia necessario che il procedimento si chiuda per compiuta ripartizione finale dell'attivo, ovvero se gli stessi effetti potrebbero prodursi anche nel caso in cui il fallimento si chiuda per una delle altre situazioni previste all'art. 118. Dalla lettura della disciplina inerente alla esdebitazione dovrebbe risponderci al quesito in maniera negativa.

Infatti, i prerequisiti dell'esdebitazione sono la sussistenza di debiti residui e, come vedremo, la soddisfazione almeno parziale dei creditori. A questo proposito si può genericamente affermare che, se la soddisfazione fosse nulla l'esdebitazione non potrebbe essere concessa, mentre nel caso in cui il pagamento fosse integrale, non residuerebbero debiti sui quali l'esdebitazione potrebbe produrre i suoi effetti¹⁶⁹.

Passando ad un'analisi più puntuale delle diverse ipotesi di chiusura del fallimento possiamo osservare in modo più completo che: se il fallimento fosse chiuso per mancata proposizione di domande di ammissione al passivo (ipotesi di cui al n. 1 art. 118) non potrà sussistere il requisito della soddisfazione parziale dei creditori concorsuali. Infatti, per ottenere un pagamento i creditori devono essere stati ammessi al passivo¹⁷⁰.

La chiusura del fallimento ex art. 118 n. 2, ovvero per totale soddisfacimento dei creditori, non lascerebbe sopravvivere nessun debito, precludendo la possibilità che residuino debiti sui quali potrebbe operare l'esdebitazione. Non può escludersi che, alla chiusura, rimangano crediti non ammessi non soddisfatti ma, in questi casi, non sarebbe in ogni caso possibile l'esdebitazione poiché quest'ultima fa riferimento ai crediti concorsuali, cioè a quei crediti che sono stati ammessi al passivo; quelli non ammessi non potranno trovare alcuna soddisfazione all'interno della procedura. Ciò è confermato dal fatto che, per tali crediti, è prevista

¹⁶⁸ Norelli, *L'esdebitazione del fallito*, cit., 6.

¹⁶⁹ Norelli, *L'esdebitazione del fallito*, cit., 6; Paluchowski, Pajardi, *Manuale di diritto fallimentare*, ult. cit., 729.

¹⁷⁰ Norelli, *L'esdebitazione del fallito*, cit., 6.

un'apposita disposizione (l'art. 144) che indica il trattamento che questi verranno a subire in seguito alla esdebitazione¹⁷¹. Ciò nonostante, in questo caso, si potrebbe prospettare comunque l'operatività della esdebitazione rispetto agli interessi maturati sui crediti chirografari. La sospensione del decorso degli interessi, di cui all'art. 55, ha una portata limitata solamente "agli effetti del fallimento sui debiti pecuniari". Pertanto questi interessi, guardando al rapporto tra il debitore e i creditori, continuano a decorrere e potranno essere richiesti sia nel caso di revoca del fallimento sia, al più tardi, quando il fallimento viene chiuso¹⁷².

A ben vedere, a questo punto si potrebbe dire che questo discorso sugli interessi non sia da riferire solamente agli interessi dei creditori integralmente soddisfatti, ma potrebbe riguardare anche la posizione di coloro che hanno ricevuto un pagamento solo parziale. Letteralmente l'art. 142 si riferisce in via esclusiva ai "debiti concorsuali non soddisfatti integralmente": vengono tralasciati gli interessi che non dovrebbero, pertanto, essere compresi nella categoria dei debiti concorsuali. Di conseguenza nei confronti di questi, alla chiusura del fallimento, i creditori potrebbero proseguire, ovvero far partire *ex novo*, azioni esecutive¹⁷³.

Alcuni autori per risolvere questa situazione hanno proposto di applicare, anche per quanto riguarda gli interessi maturati sui crediti, la disciplina dell'art. 144¹⁷⁴. La critica che viene opposta riguarda il fatto che l'art. 144 si riferisce solamente ai crediti anteriori al fallimento (poiché parla di crediti concorsuali non concorrenti), per i quali non è stata presentata domanda di ammissione al passivo: si tratta di un'ipotesi diversa da quella dei creditori che sono stati ammessi al passivo e che hanno maturato interessi sul loro credito, da poter far valere alla chiusura del fallimento¹⁷⁵. Un'altra possibile collocazione dei crediti per interessi potrebbe essere quella che li ricomprende tra i crediti esclusi dalla esdebitazione a norma

¹⁷¹ Norelli, *L'esdebitazione del fallito*, cit., 6.

¹⁷² Ghia, *L'esdebitazione*, cit., 183.

¹⁷³ Ghia, *L'esdebitazione*, cit., 183.

¹⁷⁴ Ghia, *L'esdebitazione*, cit., 184.

¹⁷⁵ Ghia, *L'esdebitazione*, cit., 184.

dell'art. 142: questa possibilità verrà analizzata più precisamente, proprio trattando delle esclusioni (vedi *infra*).

L'ultima ipotesi da prendere in considerazione è quella in cui il fallimento si chiude perché, nel corso della procedura, emerge che l'attivo fallimentare risulta insufficiente per il pagamento anche parziale dei creditori, delle spese della procedura, nonché dei crediti prededucibili (n. 4 art. 118): in questo caso si verifica proprio la situazione per cui non sono stati soddisfatti neppure in parte i creditori concorsuali e quindi l'esdebitazione sarà esclusa¹⁷⁶.

Per concludere l'analisi dei presupposti temporali, ricordiamo che un effetto esdebitatorio può derivare anche dalla chiusura del procedimento mediante concordato fallimentare, quando la proposta sia stata presentata da un terzo assuntore e qualora gli obblighi previsti nella proposta riguardino solamente i crediti ammessi al passivo (anche se non in via definitiva), ovvero a quelli che hanno proposto domanda di ammissione tardiva o si sono opposti allo stato passivo. Anche nel caso del concordato, la disciplina esdebitatoria si avvicina a quella prevista dall'art. 144, poiché il debitore resterà obbligato solo per la percentuale proposta dall'assuntore¹⁷⁷.

In questi casi è chiaro che l'omologazione del concordato andrà ad assorbire il provvedimento di concessione della esdebitazione. Il fatto che i creditori non potranno più esercitare, verso il debitore, azioni esecutive volte al recupero del credito deriva dal fatto stesso che costoro abbiano prestato consenso alla prospettiva di risanamento o ristrutturazione proposta¹⁷⁸.

¹⁷⁶ Norelli, *L'esdebitazione*, cit., 6.

¹⁷⁷ Norelli, *L'esdebitazione*, cit., 7.

¹⁷⁸ Ghia, *L'esdebitazione*, cit., 119.

5. I requisiti soggettivi dell'art. 142: condotte poste in essere nel corso della procedura

Dall'analisi delle condizioni esposte nel primo comma dell'art. 142, possiamo individuare delle caratteristiche comuni ad alcuni dei presupposti e raggruppare gli stessi in categorie. Infatti, notiamo che qualche condotta elencata riguarda il comportamento del fallito nel corso della procedura fallimentare; invece altre si riferiscono al suo comportamento anche in un momento anteriore all'apertura della procedura concorsuale ed attengono altresì alle cause che hanno portato all'insolvenza.

Nella prima categoria possono annoverarsi i requisiti di cui ai nn. 1, 2, 3, che si riferiscono alla collaborazione prestata dal fallito agli organi fallimentari. Nel secondo gruppo rientrano invece le cause impeditive di cui ai nn. 4, 5, 6 che appunto riguardano la situazione del debitore anteriore all'apertura della procedura¹⁷⁹.

In ogni caso la disciplina dell'art. 142 impone al debitore di effettuare una scelta preventiva circa il suo comportamento nell'affrontare la crisi dell'impresa. L'analisi della situazione economica dell'impresa in via preventiva e il fatto che l'imprenditore decida di affrontarla in termini di onestà e chiarezza, consentirà al debitore fallito di usufruire della liberazione dai debiti residui¹⁸⁰.

Infatti le condizioni previste sono tutte riconducibili a suoi comportamenti e la loro valutazione da parte del tribunale può risolversi in una verifica meramente oggettiva, ovvero, in altri casi, comportare una valutazione di merito. I requisiti richiesti non sono alternativi ma devono sussistere cumulativamente perché al fallito possa essere concessa l'esdebitazione¹⁸¹.

Prima di procedere ad un'analisi puntuale delle condizioni ostative che concernono condotte poste in essere dal fallito nel corso della procedura

¹⁷⁹ Cavalli, *Gli effetti del fallimento per il debitore*, cit., 108,109. La stessa classificazione viene riproposta anche da Buoncore, Bassi, *Trattato di diritto fallimentare*, cit., 562.

¹⁸⁰ Ghia, *L'esdebitazione*, cit., 107.

¹⁸¹ Norelli, *L'esdebitazione*, cit., 7.

fallimentare, dobbiamo ricordare che è necessario che l'imprenditore persona fisica sia stato dichiarato fallito con sentenza definitiva. Questa dichiarazione potrebbe essere qualificata come preconditione per l'accesso alla esdebitazione poiché, in caso contrario, non sarebbe nemmeno necessaria la pronuncia di esdebitazione, da far valere in un giudizio esecutivo promosso nei confronti del fallito¹⁸².

Il primo requisito positivamente richiesto è che "il fallito 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" (art. 142 primo comma n. 1). In generale si tratta di un presupposto molto rilevante che si riferisce principalmente alla fase di accertamento del passivo, ma riguarda comunque l'intero iter fallimentare e ciò comporta che il fallito debba adoperarsi anche nell'attività di conservazione dei beni acquisiti all'attivo, nonché nella ricerca di possibili acquirenti. Infatti un suo comportamento anche solo disinteressato potrebbe costituire ostacolo alla concessione della esdebitazione, qualora abbia inciso negativamente sulle possibilità di realizzo¹⁸³.

La sussistenza di questa condizione sarà valutata principalmente dal curatore, attraverso un giudizio che riguarderà anche la buona o mala fede del fallito, nonché la sua volontà o negligenza¹⁸⁴.

Scendendo più nel dettaglio, possiamo osservare che tale presupposto richiede che il fallito abbia rispettato alcune disposizioni normative a suo carico, come quella che lo invita a depositare, dopo la dichiarazione di fallimento, i bilanci e le altre scritture contabili obbligatorie, nonché l'elenco dei creditori concorsuali: tale elenco sarà eventualmente accompagnato da notizie aggiuntive che il fallito dovrà dare al curatore per consentire a questo di compilare un elenco completo del ceto creditorio,

¹⁸² Paluchowski, Pajardi, *Manuale di diritto fallimentare*, ult. cit., 729.

¹⁸³ Panzani, *Commento sub art. 142*, cit., 2103.

¹⁸⁴ Ghia, *L'esdebitazione*, cit., 189.

dal quale risulti sia l'ammontare dei crediti, che l'esistenza di cause di prelazione nonché di garanzie reali o personali¹⁸⁵.

Il fallito deve anche presentarsi davanti al giudice delegato per fornire chiarimenti in ordine alla procedura, nonché per rispondere alla richiesta di notizie o chiarimenti, fatta dal comitato dei creditori o dai creditori singolarmente¹⁸⁶. Il fallito sarà altresì tenuto a consegnare denaro contante, cambiali e altri titoli, nonché le scritture contabili se non sono già state depositate, al curatore, sulla base degli obblighi di cui all'art. 86. L'art. 87 gli impone di comunicare tutte le attività che non sono emerse in precedenza e che potrebbero essere comprese nell'inventario. Nel caso in cui il fallito non adempia, oltre al fatto che il suo comportamento omissivo potrebbe far venir meno il requisito della meritevolezza ai fini della esdebitazione, potrebbe anche portare alla comminazione di una pena detentiva ex art. 220.

Oltre a questi adempimenti previsti dalla legge, per ritenere sussistente il requisito di cui al n. 1 dell'art. 142 è necessario che il fallito tenga comportamenti genericamente collaborativi, che andranno valutati come un "adoperarsi per il proficuo svolgimento della operazioni"¹⁸⁷. In sintesi, sulla base di questo presupposto, viene richiesto al fallito di consentire agli organi della procedura di avere un quadro dettagliato della situazione debitoria, per permettere una rapida nonché veritiera ricostruzione del passivo¹⁸⁸. Quello che pare assurdo, in questo contesto, è che il fallito sia tenuto a fornire informazioni sul passivo, la cui completezza non rientra tra gli interessi principali dei creditori e non debba invece fornire informazioni circa l'attivo fallimentare, rispondendo alla maggiore esigenza di

¹⁸⁵ Questa integrazione delle informazioni circa il ceto creditorio deriva dal combinato disposto degli artt. 49 e 89. Norelli, *L'esdebitazione del fallito*, cit., 8.

¹⁸⁶ Norelli, *L'esdebitazione del fallito*, cit., 7. Gli adempimenti richiesti sono quelli previsti agli artt. 16, 41, 49. In quest'ultimo caso è "fatta salva l'ipotesi in cui il giudice delegato abbia autorizzato il fallito a comparire per mezzo di un mandatario.

¹⁸⁷ È chiaro che questi comportamenti andranno valutati caso per caso, ma possiamo ricomprendervi quelli volti ad una completa acquisizione dell'attivo, come la puntuale e tempestiva attività volta all'emersione di tutti i cespiti patrimoniali, ovvero relativa alle azioni da intraprendere o proseguire nel corso della procedura, da parte degli organi a ciò autorizzati. Norelli, *L'esdebitazione del fallito*, cit., 8.

¹⁸⁸ Zanichelli, *La nuova disciplina del fallimento e delle altre procedure concorsuali*, Milano, 2008, 383.

informazione del ceto creditorio. Infatti, tali informazioni potrebbero essere ricomprese solo nell'ambito dei chiarimenti che il fallito dovrà eventualmente fornire al comitato dei creditori¹⁸⁹.

Il secondo requisito per la concessione della esdebitazione è che il fallito non abbia ritardato in alcun modo lo svolgimento della procedura, ovvero non abbia contribuito al ritardo. In questo caso, la formulazione della norma è negativa, al contrario di quanto avviene per il requisito di cui al n.1. La valutazione di questo presupposto appare più agevole poiché ha ad oggetto, prevalentemente, comportamenti commissivi da parte del fallito. Tuttavia, è possibile che quest'ultimo ritardi lo svolgimento della procedura anche con comportamenti omissivi, che potrebbero essere individuati qualora, ad esempio, il fallito non fornisca al curatore le informazioni richieste. È evidente che in questi casi, il confine con il requisito in precedenza analizzato sia piuttosto labile, poiché questi comportamenti omissivi potrebbero riferirsi ad obblighi posti in capo al fallito. Nella valutazione di questa seconda condizione ostativa il tribunale avrà ampi spazi di manovra e dovrà di certo tenere in considerazione anche un elemento di tipo soggettivo: pertanto, qualora il comportamento non fosse intenzionale, dovrebbe per lo meno configurarsi come colposo¹⁹⁰.

La disposizione in esame si riferisce allo svolgimento della procedura: con ciò si intende che il comportamento del fallito non verrà valutato in ordine all'apertura del fallimento e perciò, non sarà considerato come un comportamento volto a ritardare la procedura, quello del fallito che abbia esitato a depositare in tribunale la domanda per la propria dichiarazione di fallimento¹⁹¹. Su questa condizione ostativa alla concessione della esdebitazione si è di recente pronunciata anche la Suprema corte di

¹⁸⁹ Castagnola, *L'esdebitazione del fallito*, cit., 451.

¹⁹⁰ Norelli, *L'esdebitazione del fallito*, cit., 8.

¹⁹¹ Zanichelli, *La nuova disciplina del fallimento e delle altre procedure concorsuali*, cit., 383 considera che questo sia un grave limite della norma, poiché altre disposizioni in tema di esdebitazione sono volte a far emergere tempestivamente lo stato di crisi: pertanto, in tale ottica, sarebbe stato più opportuno condizionare l'applicabilità della esdebitazione al cosiddetto "fallimento in proprio"; Norelli, *L'esdebitazione del fallito*, cit., 8.

Cassazione, la quale ha affermato che “il termine ritardare è sinonimo di ostacolare ed è indicativo di un comportamento antiggiuridico, perché in contrasto con la durata ragionevole del processo di cui all’art. 6 della Convenzione Europea dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali ed all’art. 111 Cost., comma 2. La generica espressione “in alcun modo” implica che qualsiasi azione o comportamento [...] rientri nell’ambito di applicazione di detta norma e che, pertanto, debbano esservi incluse anche eventuali azioni giudiziali, introdotte dal debitore fallito, che si siano rivelate destituite di fondamento e pretestuose e che possano, quindi, ritenersi proposte all’unico scopo di ritardare [...] lo svolgimento della procedura concorsuale”¹⁹². Quanto alla dichiarazione di fallimento, contrariamente alla dottrina che abbiamo poco sopra citato, la Corte considera come comportamento ostativo alla concessione della esdebitazione anche quello dell’imprenditore che, nella consapevolezza dell’irreversibilità del suo stato di insolvenza, ometta di chiedere il proprio fallimento¹⁹³.

Il presupposto successivo riguarda la necessità che il fallito non abbia violato gli obblighi di corrispondenza, stabiliti nell’art. 48. Pare che l’impossibilità di poter conseguire l’esdebitazione sia l’unica sanzione prevista dalla legge per la violazione di questo obbligo¹⁹⁴.

¹⁹² Cass. Civ., Sent. 11279 del 23 maggio 2011 in www.dejure.it. Inoltre, la Suprema corte indica quali ulteriori comportamenti riconducibili al ritardo nello svolgimento della procedura anche gli “atti di disposizione del proprio patrimonio posti in essere dall’imprenditore, nella consapevolezza dell’irreversibilità della crisi d’impresa, avendo da tale momento il dovere di astenersi dal compiere tutti quegli atti che possono [...] ritardare la liquidazione dei beni dell’impresa”.

¹⁹³ Cass. Civ., Sent. 11279 del 23 maggio 2011 in www.dejure.it.

¹⁹⁴ L’art. 48 prevede che il fallito sia tenuto a consegnare al curatore tutta la corrispondenza inerente i rapporti compresi nel fallimento. La corrispondenza da consegnare può essere di ogni genere, compresa quella elettronica. Non sembra possano individuarsi giustificazioni per il mancato rispetto di questo obbligo, neppure il caso fortuito o la forza maggiore. Così Norelli, *L’esdebitazione del fallito*, cit., 8.

6. Segue: condizioni riferite a comportamenti del fallito anche anteriori alla dichiarazione di insolvenza

Alla condizione di cui al n. 4 dell'art. 142 primo comma si richiede che il fallito non abbia beneficiato dell'esdebitazione nei dieci anni precedenti la nuova richiesta. Con tale requisito si vogliono evitare i cosiddetti "esdebitati abituali": la possibilità di essere liberati dai propri debiti residui viene concessa dall'ordinamento a patto che non si tratti di un motivo che porta all'esercizio abitudinario di attività d'impresa svolte senza possesso di idonee capacità, ovvero con colpa¹⁹⁵.

Il *dies a quo* dal quale tale periodo decorre è quello in cui la precedente esdebitazione diviene operativa: dovrà quindi farsi riferimento non alla data del provvedimento, ma al momento in cui questo diviene efficace. Un problema pratico che potrebbe porsi è quello per il quale la nuova istanza venga proposta poco prima della scadenza del termine decennale. Il tribunale dovrebbe, in tal caso, rigettare la richiesta per la mancanza di uno dei requisiti. Tuttavia qualora poco tempo dopo, il decennio scadesse e fosse proposta una nuova istanza, il tribunale dovrebbe accoglierla (sempre nel caso in cui sussistano le altre condizioni). Per evitare la situazione assurda nella quale la stessa istanza dovrebbe essere rigettata e concessa in un breve lasso di tempo, sarebbe da considerare che l'intenzione del legislatore è quella di evitare che il beneficio sia concesso prima che sia decorso un periodo di dieci anni. Quindi, il debitore potrà essere liberato se i dieci anni siano trascorsi al momento della decisione sulla nuova esdebitazione¹⁹⁶.

Si ritiene che sulla base di questo requisito non possa godere della esdebitazione neppure il soggetto che nei dieci anni precedenti sia stato

¹⁹⁵ Paluchowski, Pajardi, *Manuale di diritto fallimentare*, ult. cit., 731.

¹⁹⁶ Norelli, *L'esdebitazione del fallito*, cit., 8; Zanichelli, *La nuova disciplina del fallimento e delle altre procedure concorsuali*, cit., 384 ritiene, con un'osservazione peraltro condivisibile, che sarebbe stato meglio riferire il periodo di buona condotta del debitore alla data di apertura del nuovo fallimento e non alla data della nuova istanza edebitoria. Possiamo anche notare l'analogia tra questa disposizione e quella del vecchio art. 160 (anteriore alla riforma del 2007) in tema di concordato preventivo, la quale non consentiva all'imprenditore di richiedere l'ammissione al concordato preventivo, qualora ne avesse già beneficiato nei cinque anni precedenti. Panzani, *Commento sub art. 142*, cit., 2100.

ammesso alle procedure di concordato preventivo ovvero fallimentare, in seguito alle quali avrebbe in ogni caso ottenuto il medesimo effetto liberatorio¹⁹⁷.

Il presupposto di cui al n. 5 dell'art. 142 dispone che il fallito "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"¹⁹⁸.

Il problema che sorge nell'analisi di questo requisito riguarda l'affinità che le condotte qui descritte presentano con le fattispecie penali disciplinate agli artt. 216, 217, 218 e 220¹⁹⁹. Il problema è quello di capire se i comportamenti indicati al n. 5 dell'art. 142 corrispondano o meno a quelli delle relative fattispecie penali, per poter affrontare in seguito, il coordinamento di tale disposizione con quella successiva di cui al n. 6

¹⁹⁷ Frascaroli, Santi, *L'esdebitazione del fallito: un premio per il fallito o un'esigenza di mercato?*cit., 45.

¹⁹⁸ Per "distrazione dell'attivo" si deve intendere "qualsiasi atto, negozio o comportamento, anteriore o posteriore al fallimento, revocato o non revocato, o anche invalidato o non, che abbia avuto come effetto un'apprezzabile riduzione dell'attivo patrimoniale". Così Ambrosini, *L'esdebitazione del fallito fra problemi interpretativi e dubbi di incostituzionalità*, cit., 130.

¹⁹⁹ Art. 216. Bancarotta fraudolenta: è punito con la reclusione da tre a dieci anni, se è dichiarato fallito, l'imprenditore, che: 1) ha distratto, occultato, dissimulato, distrutto o dissipato in tutto o in parte i suoi beni ovvero, allo scopo di recare pregiudizio ai creditori, ha esposto o riconosciuto passività inesistenti; 2) ha sottratto, distrutto o falsificato, in tutto o in parte, con lo scopo di procurare a sé o ad altri un ingiusto profitto o di recare pregiudizi ai creditori, i libri o le altre scritture contabili o li ha tenuti in guisa da non rendere possibile la ricostruzione del patrimonio o del movimento degli affari [...]. Art. 217. Bancarotta semplice: è punito con la reclusione da sei mesi a due anni, se è dichiarato fallito, l'imprenditore, che, fuori dai casi preveduti nell'articolo precedente: 1) ha fatto spese personali o per la famiglia eccessive rispetto alla sua condizione economica; 2) ha consumato una notevole parte del suo patrimonio in operazioni di pura sorte o manifestamente imprudenti; 3) ha compiuto operazioni di grave imprudenza per ritardare il fallimento; 4) ha aggravato il proprio dissesto, astenendosi dal richiedere la dichiarazione del proprio fallimento o con altra grave colpa; 5) non ha soddisfatto le obbligazioni assunte in un precedente concordato preventivo o fallimentare. [...] La stessa pena si applica qualora il fallito non ha tenuto i libri e le altre scritture contabili prescritti dalla legge o li ha tenuti in maniera irregolare o incompleta. Art. 218. Ricorso abusivo al credito: gli amministratori, i direttori generali, i liquidatori e gli imprenditori esercenti un'attività commerciale che ricorrono o continuano a ricorrere al credito, anche al di fuori dei casi di cui agli articoli precedenti, dissimulando il dissesto o lo stato d'insolvenza sono puniti con la reclusione da sei mesi a tre anni. Art. 220. Denuncia di creditori inesistenti e altre inosservanze da parte del fallito: è punito con la reclusione da sei a diciotto mesi il fallito, il quale, fuori dei casi preveduti all'art. 216, nell'elenco nominativo dei suoi creditori denuncia creditori inesistenti od omette di dichiarare l'esistenza di altri beni da comprendere nell'inventario, ovvero non osserva gli obblighi imposti dagli artt. 16, nn. 3 e 49. Se il fatto è avvenuto per colpa, si applica la reclusione fino ad un anno.

dello stesso art. 142, per la quale il fallito non deve essere stato condannato con sentenza passata in giudicato per bancarotta fraudolenta (proprio il reato di cui all'art. 216) ovvero per delitti contro "l'economia pubblica, l'industria e il commercio, e altri delitti compiuti in connessione con l'esercizio dell'impresa, salvo che per tali reati sia intervenuta la riabilitazione" (penale)²⁰⁰.

Sulla corrispondenza tra le fattispecie di cui al presupposto n. 5 e i comportamenti che qualificano le fattispecie penali suddette possiamo osservare che il comportamento di "distrazione dell'attivo" sembrerebbe essere identico a quello descritto nel reato di bancarotta fraudolenta e quindi, sussistendo una sentenza passata in giudicato per tale reato, l'impedimento alla esdebitazione sarebbe rappresentato dal requisito di cui al n. 6, poiché appunto il soggetto sarebbe stato condannato con sentenza definitiva per uno dei reati previsti; (nel caso in cui il procedimento fosse in corso, la decisione in merito alla esdebitazione dovrebbe essere sospesa). Il coordinamento tra i due presupposti è alquanto delicato, ma si può risolvere affermando che la condizione di cui al n. 5 abbia una portata più ampia di quella prevista per configurare il reato di bancarotta fraudolenta: infatti questo requisito, oltre alle ipotesi dell'art. 216, potrebbe, ad esempio, comprendere anche comportamenti del fallito quali atti di alienazione o costituzione di diritti reali a titolo gratuito compiuti nei due anni precedenti il fallimento, che andrebbero compresi nella categoria degli atti pregiudizievoli ai creditori ex art. 64²⁰¹. Nell'indagine su questo presupposto necessario ai fini della esdebitazione, possiamo altresì notare che non è previsto un contesto temporale nel quale andrebbero ricercati gli atti di distrazione dell'attivo: quindi a questo punto, potremmo ritenere che tali attività possano essere poste in essere dal fallito sia prima che dopo l'apertura del fallimento, purché nel momento in cui sono compiute il fallito eserciti un'attività d'impresa²⁰².

²⁰⁰ Per la distinzione tra la riabilitazione civile e quella penale, si veda nel capitolo precedente la *nota 18*.

²⁰¹ Norelli, *L'esdebitazione del fallito*, cit., 10.

²⁰² Norelli, *L'esdebitazione del fallito*, cit., 10; dello stesso avviso Paluchowski, Pajardi, *manuale di diritto fallimentare*, ult. cit., 732.

Mediante lo stesso presupposto si richiede che il fallito non abbia esposto passività inesistenti: anche questo comportamento può ricordare la fattispecie del reato di bancarotta fraudolenta, in particolare l'ipotesi descritta nella seconda parte del presupposto di cui al n. 1 dell'art. 216²⁰³. Lo stesso comportamento potrebbe però configurare anche il reato, di certo meno grave, di "*Denuncia di creditori inesistenti e altre inosservanze da parte del fallito*", fattispecie disciplinata all'art. 220²⁰⁴.

Anche in questo caso comunque, il requisito di cui al n. 5 dell'art. 142 deve ritenersi differente dai comportamenti che individuano le fattispecie penali. Pertanto, indipendentemente dalla configurabilità dei reati, il fatto di aver esposto passività inesistenti rappresenta comunque un ostacolo alla concessione della esdebitazione, senza tenere conto del momento in cui tali comportamenti sono stati posti in essere e a prescindere dal fatto che le suddette azioni abbiano alla base la volontà di recare danno ai creditori²⁰⁵.

Sempre al n. 5 dell'art. 142, si esige che il fallito non abbia "cagionato o aggravato il dissesto rendendo gravemente difficoltosa la ricostruzione del patrimonio e del movimento degli affari": anche in questo caso viene richiamata la bancarotta fraudolenta, poiché con questo reato si punisce anche chi abbia sottratto distrutto o falsificato le scritture contabili, nonché colui che le abbia tenute in modo tale da rendere più complicata la ricostruzione dell'attivo, al fine di procurare a sé o ad altri un profitto, ovvero di arrecare danno ai creditori. La stessa condotta, indicata tra i presupposti per poter conseguire l'esdebitazione, richiama anche quel comportamento alla base del reato di bancarotta semplice, di cui all'art.

²⁰³ Infatti, in questa disposizione si punisce chi "allo scopo di recare pregiudizio ai creditori, abbia esposto passività inesistenti".

²⁰⁴ La differenza tra queste due fattispecie penali risiede nel fatto che nell'art. 220 compare il riferimento all'elenco dei creditori, locuzione che non compare invece nella disciplina della bancarotta fraudolenta; un altro aspetto che distanzia le due ipotesi riguarda l'elemento soggettivo: nel primo caso è richiesto il dolo specifico, cioè l'intenzione di recare danno ai creditori. Nel reato di cui all'art. 220, invece, è sufficiente il dolo generico, consistente nella volontà di denunciare la presenza di creditori, pur essendo a conoscenza della loro inesistenza (in generale il dolo generico è configurabile quando la norma richiede la semplice coscienza e volontà del fatto previsto dalla norma incriminatrice. Art. 624 c.p.). Norelli, *L'esdebitazione del fallito*, cit., 10.

²⁰⁵ Norelli, *L'esdebitazione del fallito*, cit., 10; così anche Paluchowski, Pajardi, *manuale di diritto fallimentare*, ult. cit., 732.

217, per il quale è punito il fallito che abbia " aggravato il proprio dissesto, astenendosi dal richiedere la dichiarazione del proprio fallimento o con altra grave colpa"²⁰⁶.

Anche in questo caso, come già osservato nelle ipotesi precedenti, il presupposto ai fini della esdebitazione va tenuto distinto dalla fattispecie penale: le condotte indicate nell'art. 142 sono individuate in modo più generico rispetto a quelle delle relative condotte penalmente rilevanti, poiché attengono solo al risultato finale che va verificato, senza soffermare l'attenzione sui comportamenti che conducono a questa situazione: per esemplificare, i comportamenti che possono condurre al dissesto sono, oltre a quelle che potrebbero integrare le fattispecie penali sopra descritte, anche azioni di irregolare tenuta della contabilità, sempre che tali comportamenti siano volti a complicare la ricostruzione dell'attivo fallimentare²⁰⁷. Inoltre, sempre con riferimento a quest'ultimo comportamento, non è chiaro il rapporto tra le condotte richieste: dalla lettura della norma sembrerebbe che il dissesto (che rappresenta il presupposto per il fallimento richiesto dall'art. 5) sia determinato da atti del fallito che abbiano reso più difficoltosa la ricostruzione del patrimonio. Il problema si pone per il fatto che i due eventi si realizzano in momenti temporali differenti e la consequenzialità appare tanto più problematica quanto più si pensi che il dissesto, che sta alla base del fallimenti, viene verificato in un momento antecedente a quello in cui sarebbero compiuti gli ulteriori atti²⁰⁸.

L'ultimo comportamento al quale si richiama il n. 5 dell'art. 142 è il ricorso abusivo al credito: la stessa espressione è utilizzata nella rubrica dell'art. 218, che integra una fattispecie penale così denominata. A differenza delle condotte esaminate poco sopra, in questo caso il rinvio alla

²⁰⁶ Norelli, *L'esdebitazione del fallito*, cit., 10. La distinzione tra le due ipotesi di reato, ovvero la bancarotta fraudolenta documentale e la bancarotta semplice documentale, è stata individuata dalla giurisprudenza, proprio nel fatto che solo nella prima condotta criminosa, l'attività del reo ha portato come conseguenza il rendere gravemente difficoltosa la ricostruzione del patrimonio e del movimento degli affari. Panzani, *Commento sub art. 142*, cit., 2102.

²⁰⁷ Norelli, *L'esdebitazione del fallito*, cit., 11.

²⁰⁸ Norelli, *L'esdebitazione del fallito*, cit., 11; Paluchowski, Pajardi, *Manuale di diritto fallimentare*, ult. cit., 732.

fattispecie penale è esplicito, poiché non viene descritto alcun comportamento autonomo: il ricorso abusivo al credito, quindi, sarà riscontrato qualora il fallito abbia ricorso o continui a ricorrere al credito, dissimulando il dissesto o lo stato di insolvenza. Gli atti che conducono a questa situazione, in quanto pregiudicano la possibilità di ottenere il beneficio della esdebitazione, devono essere compiuti dopo la dichiarazione di fallimento e possono in generale consistere in qualsiasi attività volta a ricevere una prestazione, in assenza di una immediata controprestazione, sussistendo comunque la consapevolezza del fallito di porre in essere un'attività volontaria volta alla dissimulazione del patrimonio²⁰⁹.

Sulla base dell'ultima condizione richiesta ai fini della liberazione dai debiti residui è necessario, come poco sopra accennato, che a carico del fallito non sia stata disposta con sentenza passata in giudicato una condanna per i reati di bancarotta fraudolenta, ovvero per altri delitti contro l'economia pubblica, l'industria e il commercio, ovvero altri delitti compiuti in connessione con l'esercizio dell'impresa, salvo che non sia intervenuta la riabilitazione penale²¹⁰. Per alcune fattispecie, i comportamenti descritti negli articoli corrispondenti esauriscono le condotte possibili per integrare quel reato. Invece in altri casi, come per i delitti contro l'economia pubblica, l'industria e il commercio, deve considerarsi l'interesse alla base delle fattispecie stesse e sulla base di questo andranno valutate le singole condotte che non risultano quindi tipizzate²¹¹. Per quanto riguarda i delitti

²⁰⁹ Norelli, *L'esdebitazione del fallito*, cit., 11.

²¹⁰ Rispetto alla riabilitazione penale va considerato che, poiché ai sensi dell'art. 143 l'istanza di esdebitazione può essere richiesta solo (al massimo) entro l'anno successivo alla chiusura del fallimento, difficilmente in questi casi potrà intervenire la riabilitazione penale, posto che, ai sensi della disciplina penalistica (art. 179 c.p.), questa interviene automaticamente decorsi cinque anni dal giorno in cui la pena principale è stata estinta ovvero eseguita. Inoltre, la riabilitazione penale non può essere conseguita nei confronti del soggetto che non abbia adempiuto alle obbligazioni civili derivanti dal reato, ovvero sia nell'impossibilità di adempiere: è chiaro che, il fallimento rappresenta una dimostrazione dell'impossibilità di adempiere. Panzani, *Commento sub art. 142*, cit., 2101.

²¹¹ A differenza di quanto previsto dalla versione precedente dell'art. 145, sono stati tolti i riferimenti ai reati contro il patrimonio e la fede pubblica. Tuttavia, la verifica di comportamenti penalmente rilevanti si estende oggi a quelli che riguardano l'esercizio dell'impresa: in questi casi si evidenzia il legame tra i comportamenti e l'attività d'impresa, nel senso che questi comportamenti non si sarebbero potuti porre in essere,

commessi nell'esercizio dell'attività d'impresa, occorre che sussista un collegamento tra la condotta criminosa e l'attività stessa: tale collegamento non può essere rappresentato dalla contestualità, ma deve corrispondere per lo meno alla strumentalità dell'attività d'impresa rispetto all'attività penalmente rilevante²¹².

In merito a questo presupposto, ciò che rileva ai fini della nostra indagine è l'indicazione circa il fatto che la condanna debba essere definitiva. Nel caso in cui la condanna sia stata emessa sia in primo che in secondo grado, ma non siano ancora scaduti i termini per il ricorso in Cassazione, ovvero nel caso in cui il giudizio penale sia in corso (con ciò intendendosi il momento dal quale il pubblico ministero esercita l'azione penale, al termine delle indagini preliminari ex art. 405 c.p.p.) la situazione che si viene a creare non è di ostacolo alla concessione della esdebitazione: richiede però che il relativo procedimento sia sospeso, fino a che non siano scaduti i termini del ricorso, ovvero fino a quando la Suprema Corte non si sia pronunciata²¹³. Con riferimento a quest'ultima indicazione deve notarsi che, se il procedimento da sospendere fosse quello fallimentare (in modo da poter eventualmente procedere alla concessione della esdebitazione con il decreto di chiusura), il beneficio del fallito potrebbe trasformarsi in un ritardo, anche consistente, per la chiusura del fallimento e ciò in contrasto con l'intento del legislatore di ridurre i tempi del procedimento²¹⁴. Per evitare tali rallentamenti, la disposizione in esame

se non nel contesto di un'attività d'impresa. Norelli, *L'esdebitazione del fallito*, cit., 12. Per quanto riguarda la tipologia dei delitti compiuti in connessione con l'esercizio dell'attività d'impresa ne sono esempi l'aggiotaggio (artt. 501 e 501-bis c.p.), la frode in commercio (art. 515 c.p.) e la vendita di prodotti industriali con segni mendaci (art. 517). Panzani, *Commento sub art. 142*, cit., 2100.

²¹² Dal riferimento ai "delitti", consegue il fatto che le contravvenzioni compiute in simili contesti non rappresentano ipotesi di condotte ostative alla concessione della esdebitazione. Panzani, *Commento sub art. 142*, cit., 2100.

²¹³ Devono comunque ritenersi equiparati alla sentenza sia il decreto di condanna, sia la decisione emessa ai sensi dell'art. 444 c.p.p. Norelli, *L'esdebitazione del fallito*, cit., 12. In Cass. Civ., Sent. 11279 del 23 maggio 2011 in www.dejure.it il ricorrente osserva che, sulla base degli artt. 651 e ss. c.p.p., la sentenza resa ex art. 444 c.p.p. non fa stato in giudizi civili ed amministrativi. La corte in tale contesto afferma che, in ogni caso, tale sentenza potrebbe essere utilizzata quale valido indizio. Si noti che la condanna emessa ai sensi dell'art. 444 c.p.p., meglio nota come patteggiamento comporta un accordo delle parti sul *quantum* della pena, e comporta un'implicita ammissione di colpevolezza.

²¹⁴ Zanichelli, *La nuova disciplina del fallimento e delle altre procedure concorsuali*, cit., 385.

dovrebbe essere letta nel senso che se, al momento in cui la procedura fallimentare deve essere chiusa, è in corso un procedimento penale per uno dei reati indicati, dovrebbe sospendersi, previa separazione delle cause, solo il procedimento per la concessione della esdebitazione e non il procedimento fallimentare²¹⁵.

7. La soddisfazione parziale dei creditori: la posizione della dottrina

Un altro ostacolo alla concessione della esdebitazione è dovuto al fatto che non siano stati soddisfatti neppure in parte i creditori concorsuali. Tale requisito, individuato nel secondo comma dell'art. 142, ha aperto un dibattito sia a livello dottrinale che a livello giurisprudenziale, circa l'interpretazione del dato normativo.

Secondo una prima interpretazione il pagamento deve riguardare tutti i creditori, a nulla rilevando che essi siano creditori privilegiati: pertanto, sulla base di questa impostazione, che appare maggioritaria, è necessario che siano stati soddisfatti almeno in parte anche i creditori chirografari²¹⁶.

Questa tesi sarebbe da accogliere non solo per ragioni di equità, ma anche perché i limiti introdotti per circoscrivere l'applicabilità dell'istituto sembrano ragionevoli²¹⁷.

In linea con quanto appena affermato possiamo richiamare il presupposto oggettivo alla base della esdebitazione, cioè il fatto che il fallimento sia stato chiuso per compiuta ripartizione dell'attivo: in tal modo, risulta essere necessario che la suddetta ripartizione abbia giovato a tutti i creditori ammessi al passivo, sia pure in minima parte. Il richiamo del

²¹⁵ Zanichelli, *La nuova disciplina del fallimento e delle altre procedure concorsuali*, cit., 385.

²¹⁶ Il riferimento ai creditori, deve intendersi più che altro un riferimento ai crediti: se uno stesso soggetto vanta nei confronti del fallito più crediti, sarà quindi necessario che ciascuno di essi riceva un pagamento parziale. Norelli, *L'esdebitazione del fallito*, cit., 13. Dello stesso avviso anche Scarselli, *L'esdebitazione e la soddisfazione dei creditori chirografari*, in *Il fallimento*, 2008, 7, 819.

²¹⁷ Scarselli, *L'esdebitazione e la soddisfazione dei creditori chirografari*, cit., 820.

secondo comma dell'art.142 ai creditori concorsuali deve intendersi rivolto a tutti i creditori ammessi al passivo, cioè a tutti i creditori concorrenti²¹⁸.

Il fatto che la liberazione dai debiti residui non possa intervenire quando non siano stati soddisfatti “neppure in parte” i creditori concorsuali sta ad indicare non il numero di creditori che hanno ricevuto un pagamento parziale al termine della ripartizione dell'attivo, bensì il numero dei crediti ed il loro soddisfacimento. A conferma di questa affermazione, possiamo riferirci a quanto previsto nel successivo art. 143 nel quale si dice che saranno dichiarati inesigibili i debiti non soddisfatti integralmente, con ciò presupponendo che almeno una parte di tutti i crediti ammessi al concorso sia stata soddisfatta²¹⁹.

Anche la disposizione dell'art. 144, che si riferisce ai creditori concorsuali non concorrenti, può essere letta a sostegno di questa tesi: infatti anche in questo contesto, come vedremo oltre, si stabilisce che anche i creditori concorsuali ma non concorrenti verranno a subire l'effetto esdebitatorio, sia pure per la parte del credito che non avrebbero potuto soddisfare all'interno della procedura. Pertanto tale disposizione, facendo riferimento all'eccedenza del pagamento potenziale ottenuto nel corso della procedura, presuppone che un pagamento, sia pure parziale, dei creditori che realmente hanno partecipato alla ripartizione dell'attivo, sia stato realizzato²²⁰.

Oltre a ciò, si tenga presente che l'art. 142 primo comma menziona i debiti residui: dalla lettura congiunta delle due disposizioni, pare logico concludere che l'esdebitazione può essere concessa solo se tutti i debiti

²¹⁸ Norelli, *L'esdebitazione del fallito*, cit., 13.

²¹⁹ Norelli, *L'esdebitazione del fallito*, cit., 13; Conte, *Procedimento di esdebitazione ex art. 143 l. fall., principio del contraddittorio e diritto di difesa dei creditori*, cit. Al contrario altri ritengono che il requisito in esame possa essere soddisfatto mediante il pagamento per intero dei crediti prededucibili e delle spese, nonché nel pagamento di una parte dei creditori concorsuali e non invece dei loro crediti, poiché ciò imporrebbe il pagamento totale dei creditori privilegiati, nonché quello parziale dei chirografari, venendo a configurarsi, in questo caso, anche i presupposti per l'applicazione della disciplina del concordato fallimentare. Zanichelli, *La nuova disciplina del fallimento e delle altre procedure concorsuali*, cit., 385.

²²⁰ Norelli, *L'esdebitazione del fallito*, cit., 13.

soggetti a dichiarazione di inesigibilità siano stati pagati almeno in parte²²¹.

La disposizione, però, non fissa una percentuale minima di pagamento, né se debbano essere integralmente soddisfatti i creditori muniti di cause di prelazione. Nonostante il silenzio legislativo a riguardo, si ritiene –quanto all'ultimo quesito prospettato- che la risposta debba essere negativa. Quanto invece alla percentuale di soddisfazione dei creditori chirografari, si deve concludere che anche un pagamento irrisorio degli stessi potrebbe essere sufficiente per soddisfare il requisito in analisi²²².

Tale situazione è da considerarsi una novità nella storia dell'istituto della esdebitazione, anche a livello comparato. Nell'evoluzione della *discharge* negli ordinamenti di *common law*, si rinviene sì la necessità di una soddisfazione parziale dei creditori, ma se ne indica al contempo una percentuale minima²²³.

Prima di cercare di superare i problemi dettati da questa disposizione, pare corretto ricordare che in una formulazione provvisoria dell'art. 142 era stato proposto l'inserimento di una percentuale minima di soddisfazione dei creditori pari al 25 % dei crediti. Anche nei lavori della commissione Trevisanato era stata prevista una soglia di soddisfazione corrispondente al 20 % del passivo chirografo²²⁴. Con l'eliminazione di questa soglia si conferisce al giudice un ampio potere di scelta, che potrebbe sfociare in casi di disparità di trattamento in base alla percentuale di soddisfazione

²²¹ Norelli, *L'esdebitazione del fallito*, cit., 13.

²²² Norelli, *L'esdebitazione del fallito*, cit., 13; così anche Panzani, *Commento sub art. 142*, cit., 2104. Al contrario Santoro, *Commento sub art. 142*, cit., 1869 sostiene che debba ritenersi equivalente alla completa insoddisfazione, un soddisfacimento solo *pro forma*.

²²³ Castagnola, *L'esdebitazione*, cit., 450. In una delle prime leggi fallimentari americane, in particolare in quella del 1867, era richiesto che il debitore, per essere liberato, avesse pagato almeno il 50% dei crediti. Tale requisito fu successivamente eliminato, a partire dal *Bankruptcy Act* del 1898. Castagnola, *La liberazione del fallito (discharge) nel diritto fallimentare statunitense*, cit., 21, 23.

²²⁴ Relazione *sub Art. 14* del progetto di Riforma della Commissione Trevisanato in www.ilfallimento.it.

dei creditori che verrà, di volta in volta, ritenuta adeguata dai diversi tribunali, al fine di concedere l'esdebitazione²²⁵.

A questo punto, per cercare di superare questa lacuna legislativa senza concedere troppi spazi di discrezionalità al giudice, si potrebbe prospettare, per verificare il requisito della soddisfazione parziale dei creditori, un sistema di valutazione di tipo sostanziale: dovrebbe considerarsi il comportamento complessivo del fallito per quanto riguarda la collaborazione dello stesso con gli organi della procedura; oltre a ciò, si dovrebbe tener conto di quanto il fallito sia in grado di versare, cioè si deve valutare se ci sia stata la miglior soddisfazione possibile per i creditori: ciò, non solo da un punto di vista quantitativo, ma soprattutto in una prospettiva qualitativa, attraverso una valutazione complessiva della condotta del fallito, nel corso della procedura, qualora sia stato richiesto il suo intervento²²⁶. La congruità del soddisfacimento dei creditori rientrerebbe quindi in quel giudizio complessivo di meritevolezza che il Tribunale dovrà affrontare²²⁷.

Secondo altra parte della dottrina, perché il requisito del pagamento almeno parziale dei creditori possa dirsi soddisfatto sarà sufficiente un pagamento parziale dei creditori privilegiati²²⁸. La giustificazione principale che viene adottata da questo filone interpretativo risiede nel fatto che, considerando il pagamento anche a favore dei chirografari, si arriverebbe a restringere in maniera eccessiva, l'ambito di applicazione dell'istituto. Il fatto che i creditori non siano stati soddisfatti neppure in parte non implica,

²²⁵ Tale potere discrezionale lasciato al giudice va a sommarsi a quello concessogli nell'ambito della valutazione della meritevolezza del fallito (di cui si darà conto nel prossimo capitolo). Scarselli, *La esdebitazione della nuova legge fallimentare*, cit., 32.

²²⁶ Lazzara, *L'esdebitazione*, cit., 649. Secondo Carratta, *Dell'esdebitazione del fallito e della sua illegittimità costituzionale*, cit., 402, il fatto che il soddisfacimento dei creditori non possa essere di ammontare irrisorio, bensì debba consistere in un pagamento adeguato deriverebbe anche dal fatto che l'art. 143 menziona i "debiti concorsuali non soddisfatti integralmente"; un'altra norma presentata a sostegno di questa tesi è l'art. 144 per il riferimento alla "percentuale che avrebbero potuto ricevere nel concorso". Anche secondo l'opinione di Scarselli, *L'esdebitazione e la soddisfazione dei creditori chirografari*, cit., 820, è da evitare la situazione per cui il beneficio della esdebitazione venga concesso, a fronte di un pagamento meramente simbolico a favore dei creditori; dello stesso avviso Santoro, *Commento sub art. 142*, cit., 1869.

²²⁷ Carratta, *Dell'esdebitazione del fallito e della sua illegittimità costituzionale*, cit., 402.

²²⁸ Buoncore, Bassi, *trattato di diritto fallimentare*, cit., 563; al contrario Santoro, *commento sub art. 142*, op. ult. cit., 1869.

secondo questa parte della dottrina, che tutti debbano aver ricevuto un pagamento parziale: a suffragio di tale tesi si richiama la situazione concreta dei fallimenti, nei quali spesso l'attivo fallimentare non è nemmeno sufficiente per il pagamento dei creditori prelatizi²²⁹. Sempre per avallare questa tesi, altri ritengono che la disposizione dell'art. 142 secondo comma, facendo riferimento ai creditori concorsuali e non alla generalità di essi, lascerebbe spazio per una lettura meno restrittiva secondo la quale, appunto, il pagamento parziale dovrebbe riferirsi solamente ai creditori privilegiati, senza necessità che un parziale pagamento sia disposto anche a favore dei chirografari²³⁰. Infine, un'altra giustificazione viene ricondotta al fatto che il legislatore non "distingue fra creditori muniti di privilegio e creditori chirografari"²³¹.

Tuttavia, questa seconda ipotesi interpretativa si discosta maggiormente dal dato letterale, dando alla norma un'interpretazione piuttosto estensiva, nell'intento forse di trovare un campo di applicazione più vasto per l'esdebitazione la cui operatività, considerando la casistica dei fallimenti nei quali si arriva al pagamento parziale dei creditori chirografari, sarebbe di certo ridotta. Comunque, dalla considerazione delle finalità dell'istituto e dall'analisi del dato normativo, la soluzione che emerge con forza è quella per cui la soddisfazione parziale deve interessare tutti i creditori ammessi al passivo, compresi quelli chirografari.

Oltre ai problemi interpretativi qui esposti, la condizione ostativa alla concessione dell'esdebitazione di cui ci stiamo occupando, cioè la soddisfazione parziale dei creditori concorsuali, non è esente da critiche, con le quali si fanno emergere alcuni profili di incostituzionalità, per la presunta violazione del principio di parità di trattamento e con ciò si contrasta *tout court* l'inserimento di questa condizione: infatti questo

²²⁹ Paluchowsky, Pajardi, *Manuale di diritto fallimentare*, ult. cit., 730.

²³⁰ Ambrosini, *L'esdebitazione del fallito fra problemi interpretativi e dubbi di incostituzionalità*, cit., 131. Così anche Frascaroli Santi, *L'esdebitazione del fallito: un premio per il fallito o un'esigenza di mercato?* cit., 45. Secondo, Buoncore, Bassi, *Trattato di diritto fallimentare*, cit., 563, "questa interpretazione permette di evitare un'eccessiva contrazione dei margini di operatività dell'istituto, considerato il rilevante numero dei fallimenti nel cui contesto l'attivo si attesta su valori appena corrispondenti o addirittura più bassi, rispetto al passivo inerente ai solo crediti privilegiati".

²³¹ Cavalli, *Gli effetti del fallimento per il debitore*, cit., 109.

presupposto, in linea con il carattere di beneficio proprio dell'istituto esdebitatorio, pone a carico del fallito un obbligo di fare. Tuttavia, tale obbligo non dipenderebbe esclusivamente dalla volontà del fallito e farebbe per questo sorgere alcuni dubbi di costituzionalità, in merito alla scelta del legislatore di far dipendere l'accesso alla esdebitazione da un fattore che mal si collega con la valutazione della condotta del fallito e che può, in certi casi, risultare addirittura accidentale²³².

Per illustrare in modo più chiaro tali dubbi, si richiamano alcune ipotesi che potrebbero in concreto realizzarsi, a dimostrazione del fatto che la volontà del fallito non sarebbe l'unica condizione che potrebbe intervenire, rispetto alla richiesta di pagamento dei creditori poiché, infatti, possono sopraggiungere fattori di tipo accidentale, ovvero situazioni imprevedibili²³³. Ad esempio, potrebbe accadere che un'impresa fallisca a causa di eventi naturali, ovvero che un'attività imprenditoriale esercitata all'estero, ma con sede in Italia, sia fatta oggetto di confisca, proprio da parte delle autorità straniere: è chiaro che in tali casi il debitore non riuscirà a soddisfare la richiesta di pagamento parziale che potrebbe, al contrario, essere rispettata da un imprenditore che abbia posto in essere attività imprudenti. Nel primo caso, poiché non sussistono tutti i requisiti, l'imprenditore non potrebbe essere esdebitato, mentre nel secondo esempio potrebbe essere concessa la liberazione dai debiti residui²³⁴.

Nel prospettare un simile requisito si ravvisa una violazione della legge delega, con conseguente sospetto di incostituzionalità, per violazione dell'art. 76 Cost.: infatti, la l. 80/2005 riguarda tutti i debiti residui, nei confronti di tutti i creditori non soddisfatti e non solo quelli non soddisfatti integralmente²³⁵. La differenza introdotta con l'aggiunta dell'avverbio "integralmente" è di evidente rilievo: mentre la legge delega aveva

²³² Ambrosini, *L'esdebitazione del fallito fra problemi interpretativi e dubbi di incostituzionalità*, cit., 132; Panzani, *Commento sub art. 142*, cit., 2104.

²³³ Panzani, *Commento sub art. 142*, cit., 2104.

²³⁴ Panzani, *Commento sub art. 142*, cit., 2104. Così anche Conte, *Procedimento di esdebitazione ex art. 143 l. fall., principio del contraddittorio e diritto di difesa dei creditori*, cit.

²³⁵ Norelli, *L'esdebitazione del fallito*, cit., 14; Conte, *Procedimento di esdebitazione ex art. 143 l. fall., principio del contraddittorio e diritto di difesa dei creditori*, cit.

previsto un'applicazione generalizzata dell'istituto, l'esecutivo ne ha ristretto il campo. Attraverso la formulazione contenuta nella legge delega, l'esdebitazione poteva essere concessa anche nel caso in cui vi fosse stato solamente un pagamento minimo a favore dei creditori privilegiati; oggi, invece, sarà necessario, come osservato poco sopra, che un pagamento venga effettuato anche nei confronti dei creditori chirografari²³⁶.

L'intento del legislatore, nel prospettare il requisito del pagamento parziale, è quello di evitare "distorsioni nei comportamenti del debitore insolvente": quindi, ciò che si teme è che l'esdebitazione concessa in un'ipotesi in cui il debitore non abbia per nulla soddisfatto i suoi creditori, possa portare ad una contrazione del credito, sia bancario che finanziario. Non si deve comunque escludere che, attraverso questa disposizione, il sistema creditorio possa comunque risultare irrigidito: infatti, in assenza di una soglia minima di soddisfazione, i creditori potrebbero comunque percepire un pagamento irrisorio, che farebbe aumentare la richiesta di garanzie soprattutto da parte dei creditori più forti²³⁷.

8. *Segue: la posizione della giurisprudenza*

Il dibattito attorno all'interpretazione del secondo comma dell'art. 142 si è sviluppato anche a livello giurisprudenziale. Anche in questa sede si sono contrapposti due filoni interpretativi: da un lato vi sono pronunce che ritengono sufficiente la soddisfazione parziale di almeno un creditore; dall'altro non mancano decisioni per le quali dovrebbero essere soddisfatti, almeno in parte, tutti i creditori che sono ammessi al passivo e quindi anche i chirografari.

La prima tesi si fonda sul giudizio di meritevolezza del fallito: mentre i requisiti di cui al primo comma dell'art. 142 si basano sostanzialmente sul comportamento del fallito, per quanto concerne il pagamento dei creditori,

²³⁶ Ghia, *L'esdebitazione*, cit., 182.

²³⁷ Castagnola, *L'esdebitazione*, cit., 450.

non dovrebbe farsi riferimento alla meritevolezza, poiché la soddisfazione del ceto creditorio dipenderebbe da fattori estranei al comportamento del fallito quali il numero dei creditori, le prelazioni riconosciute in capo ad essi, ovvero i risultati della liquidazione dell'attivo²³⁸.

Un'altra motivazione addotta a sostegno di questa tesi si fonda sulla *ratio* dell'esdebitazione (*favor debitoris*), che renderebbe necessaria l'interpretazione della norma in tal senso, per poter garantire la massima portata applicativa possibile dell'istituto²³⁹. Secondo questa parte della giurisprudenza, non si dovrebbero introdurre ulteriori limitazioni, in aggiunta a quelle previste nel primo comma dell'art. 142, come potrebbe essere l'obbligo del pagamento parziale dei creditori chirografari, naturalmente dopo aver soddisfatto per intero, sulla base dell'art. 54, i creditori muniti di privilegio. Una simile interpretazione della norma "significherebbe tradire del tutto lo spirito e le finalità della Riforma, relegando tra l'altro lo spazio operativo dell'istituto ad ipotesi del tutto marginali"²⁴⁰.

Inoltre, secondo questo filone giurisprudenziale, la disciplina positiva si richiamerebbe, per quanto attiene agli effetti della esdebitazione, a tutti i debiti residui, senza distinzione tra creditori non soddisfatti parzialmente o totalmente. Infatti, la norma prenderebbe in considerazione il ceto creditorio nel suo complesso, senza disporre che ciascun creditore sia stato soddisfatto (in parte o per intero), né che ciascun chirografario abbia ottenuto un pagamento parziale²⁴¹. In queste pronunce si afferma altresì

²³⁸ Corte d'appello di Ancona, decr., 12 dicembre 2008- Pres. De Robertis, con nota di Norelli, *Contrasti giurisprudenziali in tema di esdebitazione*, in *Il fallimento*, 2009, X, 1184. La Corte afferma che tale interpretazione è conforme con le finalità dell'istituto che consiste nella liberazione del debitore persona fisica dai debiti residui nei confronti dei creditori concorsuali non soddisfatti. Nella legge, specifica la stessa Corte, "pare mancare ogni distinzione tra soddisfacimento parziale o totale, anche in considerazione del venire meno per altri istituti nella materia della obbligatorietà del soddisfacimento totale di alcune categorie di crediti".

²³⁹ Tribunale di Taranto, decr., 22 ottobre 2008- Pres. Gigantesco, con nota di Norelli, *Contrasti giurisprudenziali in tema di esdebitazione*, cit., 1187.

²⁴⁰ Tribunale di Taranto, decr., 22 ottobre 2008- Pres. Gigantesco, in *Il fallimento*, 2009, X, 1188; Tribunale di Vicenza, decr., 1 dicembre 2009- Pres. Bozza in www.ilcaso.it.

²⁴¹ Tribunale di Taranto, decr., 22 ottobre 2008- Pres. Gigantesco; in Tribunale di Piacenza, decr., 22 luglio 2008- Pres. Tucci, si afferma che la disposizione in esame "non può riferirsi solo alla parte di credito soddisfatto, ma anche al numero dei creditori soddisfatti che ricevono parte del loro credito, secondo l'ordine di legge, con la

che “la tesi opposta [la quale avrebbe come conseguenza la necessaria l'integrale soddisfazione dei creditori privilegiati] oltre a presupporre un requisito non contemplato dalla disposizione, urterebbe con le finalità dell'istituto esdebitatorio”²⁴².

Sul fronte opposto troviamo, invece, quelle pronunce che interpretano la disposizione dell'art. 142 secondo comma, nel senso che, per ottenere il beneficio della esdebitazione, è necessario che il pagamento parziale sia rivolto anche ai creditori chirografari.

Le motivazioni a sostegno di questa lettura si fondano proprio sull'art. 142 che, al primo comma, menziona i “creditori concorsuali”, con tali dovendosi intendere tutti quelli ammessi al passivo; inoltre, si prende in considerazione, in generale, il sistema legislativo creato dal combinato disposto di tutte le norme che si riferiscono alla esdebitazione (ovvero gli artt. 142, 143, 144). In particolare, il rimando ai “debiti non soddisfatti integralmente” farebbe desumere che l'esdebitazione non è applicabile qualora vi siano dei crediti che non hanno ricevuto nemmeno una soddisfazione parziale²⁴³.

Pertanto, i crediti non soddisfatti integralmente devono essere tutti quelli che hanno titolo per la soddisfazione, diversamente dovrebbe argomentarsi che “la pronuncia [di esdebitazione] riguarda solo, tra i debiti che devono essere soddisfatti nel fallimento, quelli non soddisfatti integralmente e non anche quelli per nulla soddisfatti”²⁴⁴.

Viene altresì specificato che, sulla base della tesi opposta, si arriverebbe alla paradossale conseguenza per cui basterebbe il pagamento in minima percentuale anche solo dei creditori muniti di privilegio, affinché il debitore possa beneficiare della liberazione dei debiti. Tale conseguenza, oltre a

conseguenza che anche solo il pagamento parziale di un creditore (privilegiato o chirografario) potrà integrare la condizione per ottenere l'esdebitazione”; dello stesso avviso anche Tribunale di Mantova, 3 aprile 2008- Pres. Bernardi; Corte d'appello di Ancona, decr., 12 dicembre 2008- Pres. De Robertis. *Il fallimento*, 2009, X, 1187, 1189, 1193, 1184, con nota di Norelli, *Contrasti giurisprudenziali in tema di esdebitazione*.

²⁴² Tribunale di Piacenza, decr., 22 luglio 2008- Pres. Tucci, cit., 1189.

²⁴³ Tribunale di Rovigo, decr., 22 gennaio 2009- Pres. Bordon; Tribunale di Ancona, decr., 18 giugno 2008- Pres. Mogetta. In *Il fallimento*, 2009, X, 1186, 1191.

²⁴⁴ Tribunale di Rovigo, decr., 22 gennaio 2009- Pres. Bordon, cit., 1186; Tribunale di Ancona, decr., 18 giugno 2008- Pres. Mogetta, cit., 1191; Tribunale di Roma, decr., 21 settembre 2010- Pres. Monsurrò, in www.ilcaso.it.

porsi in contrasto con i principi di ragionevolezza e parità di trattamento, svuoterebbe di senso la disposizione in esame, rendendola del tutto superflua²⁴⁵.

Questa interpretazione restrittiva sarebbe necessaria anche per rispondere alle esigenze espresse nella Relazione ministeriale, dove si dichiara espressamente la volontà di evitare comportamenti distorti da parte dei debitori, arrivando a creare, mediante l'esdebitazione, un vero e proprio privilegio a favore di questi ultimi, e ciò in contrasto con la finalità di introduzione della norma che si basa sul mero *favor debitoris*²⁴⁶.

Un ulteriore dato a sostegno della tesi più restrittiva può ritrovarsi nella pronuncia della Consulta che, come vedremo nei capitoli successivi, si è occupata del procedimento di esdebitazione (Sent. 181/2008). In questa sentenza, la Corte costituzionale afferma che la disciplina della esdebitazione è applicabile "alle eventuali parti del debito che, all'esito della procedura concorsuale, a causa dell'incompleto adempimento delle obbligazioni del fallito, continuano a gravare su di lui". Infatti, si ritiene che questa lettura sia coerente con l'eccezionalità dell'istituto e con la necessità di un bilanciamento di interessi tra le posizioni del debitore e del creditore²⁴⁷.

Per concludere in merito alla soddisfazione parziale dei creditori possiamo dire che è vero che, stando al dato letterale delle tre norme sulla esdebitazione lette congiuntamente, l'interpretazione più adeguata appare sicuramente quella restrittiva, poiché la liberazione dai debiti residui è possibile solamente se tutti i debiti da dichiarare inesigibili sono stati parzialmente soddisfatti. Tuttavia è altrettanto vero che sono stati presi in considerazione anche altri punti di vista per interpretare questa

²⁴⁵ Norelli, *Contrasti giurisprudenziali in tema di esdebitazione*, cit., 1196; Tribunale di Terni, decr., 7 marzo 2011- Pres. Lanzellotto, in www.ilcaso.it.

²⁴⁶ Norelli, *Contrasti giurisprudenziali in tema di esdebitazione*, cit., 1196.

²⁴⁷ Tribunale di Terni, decr., 7 marzo 2011- Pres. Lanzellotto, cit.; Tribunale di Roma, decr., 21 settembre 2010- Pres. Monsurrò, cit. In tale ultima pronuncia si afferma con riferimento all'ipotesi del fallimento in estensione del socio illimitatamente responsabile, che, poiché nel suo fallimento concorreranno sia creditori sociali, che i suoi creditori particolari, pertanto, la condizione di cui all'art. 142 secondo comma potrà dirsi realizzata quando tanto gli uni quanto gli altri creditori saranno parzialmente soddisfatti.

disposizione²⁴⁸. Il problema principale deriva dalla divergenza tra quanto previsto nella legge delega e quanto recepito dal legislatore nella normativa attualmente in vigore: infatti, nella legge delega il legislatore menziona i “creditori concorsuali non soddisfatti” (e tale dicitura potrebbe concordare anche con la tesi estensiva); nel riprodurre detta previsione nell’art. 142 si aggiunge l’avverbio “integralmente”, il quale potrebbe modificare l’estensione applicativa della disposizione. Per superare l’interpretazione letterale, che a volte può portare in vicoli ciechi, si è spostato il punto di osservazione su altri profili interpretativi, in particolare prendendo in considerazione la realtà giurisprudenziale e la reale applicabilità dell’istituto. Da questa prospettiva notiamo che sussistono una serie di presupposti sostanziali e di adempimenti processuali (quali la notificazione a tutti i creditori) che rendono, di fatto, poco appetibile l’istituto. Se a ciò si aggiungesse anche la necessità che anche i creditori chirografari abbiano ricevuto una percentuale del loro pagamento, si comprende che l’istituto faticherebbe a trovare qualche applicazione²⁴⁹. Per consentire l’applicazione effettiva dell’istituto in coerenza con le finalità cui questo è preordinato, ci sembra opportuno rinunciare all’interpretazione meno rigorosa della norma e propendere per la seconda soluzione, in base alla quale risulta necessaria una soddisfazione parziale anche dei creditori chirografari²⁵⁰.

9. I debiti esclusi dall’esdebitazione

L’effetto esdebitatorio produce i suoi effetti nei confronti dei debiti residui non soddisfatti integralmente. Tuttavia, non tutti i debiti che potremmo ricomprendere in questa categoria sono soggetti ad esdebitazione. Infatti il terzo comma dell’art. 142 elenca i debiti che restano a carico

²⁴⁸ Norelli, *Contrasti giurisprudenziali in tema di esdebitazione*, cit., 1197.

²⁴⁹ Tribunale di Terni, decr., 7 marzo 2011- Pres. Lanzellotto, cit.

²⁵⁰ Come si osserva in Tribunale di Terni, decr., 7 marzo 2011- Pres. Lanzellotto, cit., sul punto si renderà probabilmente necessario un intervento nomofilattico della Corte di Cassazione.

dell'imprenditore fallito. Le ragioni delle esclusioni sono ricondotte ad esigenze di tipo morale ed etico ed hanno lo scopo di evitare che il fallito possa liberarsi di debiti che potrebbero essere, per lo stesso, particolarmente onerosi, attraverso fallimenti di comodo: mediante le esclusioni si fa in modo che l'imprenditore non venga meno a prestazioni che la legge considera fondamentali²⁵¹.

Gli obblighi per i quali il debitore fallito continuerà a rispondere sono quelli di mantenimento e alimentare e comunque le obbligazioni derivanti da rapporti estranei all'esercizio dell'impresa. L'altra categoria di debiti esclusi comprende invece i debiti per il risarcimento danni da illecito extracontrattuale, nonché le sanzioni penali e amministrative di carattere pecuniario, che non siano accessorie a debiti estinti.

Quanto alla prima menzionata categoria, essa comprende debiti che derivano da rapporti di natura familiare ovvero da vincoli di solidarietà, ed è proprio questo legame che giustifica l'esclusione degli stessi dalla categoria dei debiti soggetti ad esdebitazione. È qui che vanno ricondotti gli oneri nei confronti del coniuge, anche in caso di divorzio o separazione, ovvero gli obblighi a carico dei figli (legittimati, naturali oppure riconosciuti). In realtà, gli obblighi alimentari riguardano anche i figli naturali non riconosciuti o non riconoscibili, sulla base di quanto disposto dell'art. 279 c.c., nonché gli alimenti corrisposti dai soggetti obbligati ex art. 433 c.c., nei confronti di coloro che versano in uno stato di bisogno²⁵².

La *ratio* di questa esclusione appare evidente dopo averne descritto i contenuti: si tratta qui di obbligazioni che si riferiscono ad esigenze di sopravvivenza di altri soggetti e non possono, per questo, estinguersi²⁵³.

Invece, escludere i rapporti estranei all'esercizio dell'impresa significa escludere ogni debito personale in senso lato, cioè ogni rapporto che non sia strumentalmente collegato con l'esercizio dell'attività d'impresa. La logica sottostante questa formulazione è quella di incidere solo sulle relazioni del fallito che hanno un legame con l'attività economica da

²⁵¹ Paluchowski, Pajardi, *Manuale di diritto fallimentare*, ult. cit., 732.

²⁵² Norelli, *L'esdebitazione del fallito*, cit., 14; Panzani, *Commento sub art. 142*, cit., 2104.

²⁵³ Paluchowski, Pajardi, *Manuale di diritto fallimentare*, ult. cit., 732.

questo svolta, poiché è solo su queste attività che può attecchire la logica sottesa alla esdebitazione, cioè il recupero dell'imprenditore alla vita economica²⁵⁴. In caso contrario, cioè non ricomprendendo nelle esenzioni tutti i rapporti estranei all'esercizio dell'attività economica, si farebbe ricadere il rischio d'impresa su soggetti estranei all'attività imprenditoriale, che potrebbero addirittura ignorarne l'esistenza²⁵⁵.

Questa formulazione dell'art. 142 è stata introdotta dalla riforma del 2007: infatti, la disposizione precedente faceva riferimento ai rapporti non compresi nel fallimento ex art. 46.

Proprio questa categoria aveva creato i maggiori problemi a livello interpretativo. Ciò che non appariva del tutto chiaro era il riferimento all'art. 46, cioè ai rapporti non compresi nel fallimento. A dire il vero infatti, tale ultima disposizione non si riferiva ai rapporti, bensì ai beni non compresi nel fallimento: cioè riguardava delle situazioni giuridiche attive e non delle obbligazioni²⁵⁶.

Pertanto, per superare questa incongruenza, si faceva riferimento ai rapporti obbligatori connessi ai beni di cui all'art. 46: tali rapporti però non apparivano di facile riconoscibilità. Il dato certo era che doveva trattarsi di rapporti sorti anteriormente al fallimento, poiché l'esdebitazione fa riferimento a debiti concorsuali. Un esempio di debito che poteva ritenersi compreso in questa categoria è quello derivante dai canoni di locazione della casa di abitazione di cui il fallito è conduttore²⁵⁷.

In ogni caso, il motivo di queste esclusioni si fonda sul fatto che si tratta di rapporti che non sono oggetto di spossessamento ai fini della ricostruzione dell'attivo fallimentare e che quindi non sono destinati ad essere soddisfatti con tale patrimonio. Si tratta di rapporti che attengono a "beni e diritti di natura strettamente personale, assegni alimentari,

²⁵⁴ Ambrosini, *L'esdebitazione del fallito fra problemi interpretativi e dubbi di incostituzionalità*, cit., 131; Zanichelli, *La nuova disciplina del fallimento e delle altre procedure concorsuali*, cit., 387.

²⁵⁵ Zanichelli, *La nuova disciplina del fallimento e delle altre procedure concorsuali*, cit., 387.

²⁵⁶ Norelli, *L'esdebitazione del fallito*, cit., 14.

²⁵⁷ Norelli, *L'esdebitazione del fallito*, cit., 14.

pensioni, [...] e ciò che il fallito guadagna con la sua attività, nei limiti di quanto occorre per il mantenimento suo o della sua famiglia”²⁵⁸.

Una particolarità è rappresentata dai frutti derivanti da usufrutto legale sui beni dei figli: infatti questi beni vengono acquisiti automaticamente all’attivo fallimentare, sono costituiti in una massa separata e sono destinati solamente al soddisfacimento dei debiti contratti per i bisogni della famiglia o dei debiti verso quei creditori che non erano a conoscenza di questa destinazione²⁵⁹.

Comunque è chiaro che, con la nuova formulazione, è stato ampliato l’ambito di operatività dell’esclusione, da alcuni salutato con favore proprio per il fatto che rende intangibili, dal punto di vista della esdebitazione, le obbligazioni contratte dai creditori “senza affidamento precipuo sul rischio d’impresa”²⁶⁰.

La seconda categoria di esclusioni concerne i crediti per risarcimento danni da fatto illecito extracontrattuale, nonché le sanzioni penali ed amministrative di carattere pecuniario che non sono accessorie ai debiti estinti. Il riferimento agli illeciti extracontrattuali conferisce ampia portata anche a questo settore di debiti esclusi nonostante possano verificarsi ipotesi di contrasto, data l’incertezza a livello giurisprudenziale sulla qualificazione di alcune situazioni²⁶¹.

Sono altresì escluse le sanzioni pecuniarie di tipo penale e amministrativo “ove esse non seguano all’inadempimento di un’obbligazione principale avente natura di credito concorsuale”. Saranno quindi colpite da esdebitazione le sanzioni derivanti dal mancato pagamento dei contributi

²⁵⁸ Di regola, l’esclusione di questi beni non deriva dalla destinazione degli stessi al soddisfacimento di determinati crediti, poiché al fallito viene lasciata la disposizione di qualche attività (anche nel corso del fallimento) sulle quali non potranno agire i creditori. “Fanno eccezione le obbligazioni contratte per i bisogni della famiglia sul fondo patrimoniale, ai sensi dell’art. 170 c.c. in questo caso il vincolo di destinazione sui beni facenti parte del fondo patrimoniale riguarda anche il fallito, che non può disporre ad altri fini”. Panzani, *Commento sub art. 142*, cit., 2105.

²⁵⁹ Panzani, *Commento sub art. 142*, cit., 2105.

²⁶⁰ Ambrosini, *L’esdebitazione del fallito fra problemi interpretativi e dubbi di incostituzionalità*, cit., 131.

²⁶¹ Un esempio potrebbe essere quello dell’azione di responsabilità dei creditori sociali verso gli amministratori, sindaci o liquidatori di s.p.a., che alcuni qualificano come azione di tipo surrogatorio. Panzani, *Commento sub art. 142*, cit., 2107.

previdenziali, poiché il credito corrispondente può essere insinuato al passivo²⁶².

Invece, pare che il fallito non sia liberato da debiti derivanti dal risarcimento danni per infortuni sul lavoro o per incidenti stradali, poiché si tratta di debiti la cui liberazione non risponderebbe ad esigenze di risanamento dell'impresa. I soggetti danneggiati da questi illeciti potranno attingere al patrimonio del fallito, in conseguenza della perdita della capacità lavorativa, ovvero della capacità di produzione del reddito²⁶³.

La motivazione sottostante a questa categoria di esoneri sta nel fatto che la responsabilità penale (o amministrativa) ha natura personale e pertanto tale responsabilità non potrà venir meno solo per il fatto che sia intervenuta l'esdebitazione. A ciò va aggiunto il fatto che i creditori da fatto illecito, ovvero lo Stato, sono creditori involontari e proprio per questo non sono in grado di tutelarsi attraverso una valutazione preventiva delle capacità patrimoniali del debitore²⁶⁴.

Prima di affrontare qualche osservazione conclusiva sull'apparato delle esclusioni, ci sembra opportuno riprendere le considerazioni spese in altra sede quanto al credito per interessi. Gli interessi di cui si parla sono quelli sorti sui crediti chirografari concorsuali e non concorrenti tra la data della dichiarazione di fallimento e la fine della procedura. Nella discussione circa la loro collocazione ci si è chiesti se tali interessi potessero essere collocati in una delle due categorie di esclusione²⁶⁵.

La risposta naturalmente discende dalla possibilità o meno di ampliare l'interpretazione, e quindi l'ambito applicativo di tali categorie, per farvi rientrare anche questi interessi: dall'analisi condotta sulle categorie di debiti esclusi, risulta però impossibile farvi rientrare gli interessi maturati sui crediti chirografari²⁶⁶. Tali interessi non rispondono né ad esigenze di tipo morale o familiare, tali da potersi ricomprendere nella prima categoria,

²⁶² Panzani, *Commento sub art. 142*, cit., 2107.

²⁶³ Paluchowski, Pajardi, *Manuale di diritto fallimentare*, ult. cit., 733.

²⁶⁴ Panzani, *Commento sub art. 142*, cit., 2107; Santoro, *Commento sub art 142*, cit., 853; Norelli, *L'esdebitazione del fallito*, cit., 36; Paluchowski, Pajardi, *Manuale di diritto fallimentare*, ult. cit., 733.

²⁶⁵ Ghia, *L'esdebitazione*, cit., 184.

²⁶⁶ Ghia, *L'esdebitazione*, cit., 184.

né derivano da illecito civile, penale o amministrativo, per poter rientrare nella seconda. Pertanto, la soluzione al problema di collocazione dei detti interessi è quella di considerarli come accessori del credito: in questo modo essi seguirebbero la sorte del credito stesso, poiché la dizione dell'art. 143 "debiti non soddisfatti integralmente" sembra comprendere nel termine "debito" ogni sua componente²⁶⁷.

Tornando all'analisi delle categorie di debiti esclusi, possiamo osservare che una delle critiche principali che vengono mosse all'intero sistema riguarda il fatto che, da questo, emergerebbero alcuni dubbi di incostituzionalità per eccesso di delega: infatti nella legge 80 del 2005 non si prevedeva in alcun modo l'esclusione di alcune categorie di debiti dall'esdebitazione. L'Italia sarebbe stata in questo caso l'unico Stato ad applicare una esdebitazione integrale.

Le critiche della dottrina si orientano sul dato quantitativo e quindi sull'estensione del sistema dei debiti esclusi: infatti le categorie di tali debiti sono esigue, a differenza di quanto avviene in ambito comparato²⁶⁸.

Nell'ordinamento giuridico statunitense, per esempio, i debiti *not-dischargeable* sono diversi in relazione alla procedura seguita. Il procedimento *ex Chapter 13* prevede una serie più limitata di esenzioni, ma le altre due procedure disciplinate dispongono di ben 19 casi di esenzione²⁶⁹.

Da questa, sia pure molto sintetica, descrizione del panorama comparato, la ristrettezza della soluzione italiana emerge in maniera evidente: possiamo comunque constatare che con la modifica del 2007, di cui si diceva poco sopra, l'ambito dei debiti esclusi dagli effetti esdebitatori sia

²⁶⁷ Ghia, *L'esdebitazione*, cit., 184.

²⁶⁸ Castagnola, *L'esdebitazione del fallito*, cit., 454.

²⁶⁹ Per le diverse procedure si veda il *Capitolo primo* del presente lavoro. Per quanto riguarda le categorie esenti sulla base della procedura del *Chapter 7* e del *Chapter 11* queste fanno riferimento a : "debiti verso il fisco, debiti sorti a seguito di condotte fraudolente, debiti non inseriti per tempo nel piano di liquidazione al fine di permettere ai creditori di depositare le relative istanze di ammissione al passivo; debiti relativi a responsabilità per reati di furto o peculato, [...]. Restano salvi i diritti dei creditori pignorati, che potranno iniziare l'esecuzione sul bene pignorato, non appena si sia chiusa la procedura fallimentare". Nel caso della procedura *ex Chapter 13*, l'esdebitazione colpirà anche debiti derivanti da atti dolosi a danno di cose o persone, ovvero debiti derivanti da tasse per le quali non sia possibile ottenere la *discharge*. Ghia, *L'esdebitazione*, cit., 64.

stato parzialmente ampliato, anche se un reale ampliamento dello stesso potrà essere verificato solo nella prassi applicativa, attraverso l'inclusione o meno delle ipotesi "di confine".

10. Esdebitazione e regime transitorio

Il d.lgs. 5/2006 non ha previsto una specifica disciplina intermedia e ciò ha dato vita a non pochi problemi di applicazione, creando difficoltà e contrasti tra gli interpreti, come spesso avviene quando sono in gioco diritti personali²⁷⁰. Il problema principale era quello di stabilire se l'esdebitazione potesse o meno essere applicata anche alle procedure fallimentari chiuse prima dell'entrata in vigore della norma.

Secondo una prima tesi, che era quella maggioritaria, il nuovo istituto della esdebitazione non poteva essere applicato né ai fallimenti chiusi prima dell'entrata in vigore del suddetto decreto, né a quelli ancora pendenti in tale data. La giustificazione veniva ricondotta a due considerazioni. La prima era di tipo puramente processuale e, a sostegno di questa, veniva richiamato l'art. 150 del medesimo decreto, nel quale si sottolineava che le disposizioni in esso contenute dovevano applicarsi alle procedure iniziate in seguito all'entrata in vigore del decreto²⁷¹. La seconda considerazione muoveva dal fatto che l'esdebitazione si poneva come novità rispetto ai "nuovi fallimenti", cioè quelli che sarebbero stati aperti dopo l'entrata in vigore della riforma. Si osserva, a questo proposito, che il legislatore ha previsto delle condizioni (quelle di cui all'art. 142) per godere del beneficio ed "alcune di esse fanno riferimento a norme modificate dalla riforma del 2006". Pertanto, la verifica di tali condizioni non potrà fare riferimento a fallimenti ai quali dette norme non potevano essere applicate: si tratta delle condizioni di cui ai nn. 2 e 3 dell'art. 142

²⁷⁰ Paluchowski, Pajardi, *Manuale di diritto fallimentare*, ult. cit., 737.

²⁷¹ Tribunale di Vicenza, decr., 16 novembre 2006- Pres. Bozza con nota di Plenteda, *Esdebitazione nel fallimento e problemi di diritto intertemporale in Il fallimento*, 2007, IV, 457; Ghia, *L'esdebitazione*, cit., 204; Norelli, *L'esdebitazione del fallito*, cit., 27.

primo comma che fanno riferimento all'art. 48, anch'esso novellato con il d. lgs. 5/2006, nonché a precedenti esdebitazioni²⁷².

L'opinione opposta si basava principalmente sul *favor debitoris* e prima ancora sul disposto dell'art. 153 del d. lgs. 5/2006, secondo il quale alcune previsioni normative sarebbero state di immediata applicazione sin dalla data di pubblicazione ed "evidentemente sia a fallimenti aperti successivamente a tale data, sia alle procedure a quel tempo pendenti". Tale disposizione veniva collegata a quella prevista dall'art. 150, e in particolare con quanto previsto nella Relazione illustrativa in merito allo stesso: infatti lo scopo era quello di evitare che un concorso di discipline diverse nel tempo potesse determinare difficoltà, ovvero ritardare la procedura in corso a danno sia dei creditori, sia dell'obiettivo di recupero delle componenti attive dell'impresa²⁷³.

I problemi derivanti dall'interpretazione dell'art. 150, norma forse troppo semplicistica, sono stati superati con il decreto correttivo del 2007, il quale all'art. 19 prevede che l'esdebitazione si applichi alle procedure concorsuali aperte dopo il 16 luglio 2006 (data di entrata in vigore del primo decreto) ed anche a quelle pendenti alla stessa data. Con questa modifica si introduce, quindi, un elemento certo: l'esdebitazione non si applica ai procedimenti chiusi prima del 16 luglio 2006²⁷⁴.

Per quanto riguarda il termine di un anno dalla chiusura del fallimento, entro cui è comunque possibile richiedere il beneficio, il secondo comma del suddetto art. 19 precisa che per i fallimenti chiusi nel periodo tra il 16 luglio 2006 e la data di entrata in vigore del decreto correttivo (ovvero il 1 gennaio 2008) il termine annuale decorrerà da tale ultima data²⁷⁵.

Pare interessante notare, rispetto alla discussione precedente al decreto correttivo circa le procedure pendenti, che proprio la relazione illustrativa al d.lgs. 169/2007 prevede espressamente che: "l'articolo in commento estende retroattivamente l'applicazione del beneficio dell'esdebitazione

²⁷² Ghia, *L'esdebitazione*, cit., 204; Tribunale di Vicenza, decr., 16 novembre 2006- Pres. Bozza con nota di Plenteda, *Esdebitazione nel fallimento e problemi di diritto intertemporale in Il fallimento*, cit., 457.

²⁷³ Plenteda, *Esdebitazione nel fallimento e problemi di diritto intertemporale*, cit., 459.

²⁷⁴ Ghia, *L'esdebitazione*, cit., 205.

²⁷⁵ Ghia, *L'esdebitazione*, cit., 205.

anche alle procedure fallimentari pendenti al 16 luglio 2006". Con ciò si intende che prima del decreto correttivo, la disciplina della esdebitazione non sarebbe stata applicabile alle procedure pendenti. In tal modo, con la Relazione illustrativa si aderisce all'interpretazione più estensiva dell'art. 150, che investiva ogni disposizione introdotta con la riforma organica²⁷⁶. Anche questa nuova formulazione non è andata comunque esente da critiche e sono stati addirittura sollevati dubbi di legittimità costituzionale: infatti alcuni riscontrano una violazione dell'art. 3 Cost., poiché si limita, con la normativa transitoria, "l'applicazione retroattiva della norma in materia di esdebitazione ai soli fallimenti ancora pendenti alla data del 16 luglio 2006, anziché a tutti i fallimenti disciplinati dall'originario testo del R.D. n. 267/1942, a prescindere dalla data della loro chiusura"²⁷⁷. Secondo altri, appare altresì irragionevole e ingiustificabile l'introduzione di questa disparità di trattamento, poiché in entrambi i casi le procedure si sono svolte sulla base della legislazione precedente; inoltre, poiché l'esdebitazione andrà ad incidere su crediti che saranno ancora pendenti e non pienamente soddisfatti in sede concorsuale, si ritiene che non rivesta alcun rilievo "la circostanza che la procedura fallimentare si sia conclusa prima o dopo l'entrata in vigore della legge" e che "ogni discriminazione di natura meramente temporale appare violare qualsiasi criterio di uguaglianza e ragionevolezza"²⁷⁸. Tuttavia, a queste affermazioni si contesta che, invece di sollevare una questione di illegittimità costituzionale (in quanto con il decreto correttivo si estende l'applicazione dell'istituto a procedimenti disciplinati in maniera completamente diversa),

²⁷⁶ Ghia, *L'esdebitazione*, cit., 205; Carratta, *Dell'esdebitazione del fallito e della sua illegittimità costituzionale*, cit., 402; Paluchowski, Pajardi, *Manuale di diritto fallimentare*, ult. cit., 738.

²⁷⁷ Tribunale di Biella, decr., 26 gennaio 2009- Pres. Fornace in *Il fallimento*, 2009, X, 1185; Ghia, *L'esdebitazione*, cit., 206.

²⁷⁸ Tribunale di Udine, ord., 14 novembre 2008- Pres. Pellizzoni, in *Il fallimento*, , 2009, XI, 1334; Tribunale di Tolmezzo, ord., 15 maggio 2008- Pres. Berardi, in *Il fallimento*, 2009, X, 1192.

si richiede un allargamento della disposizione anche per le procedure fallimentari già chiuse²⁷⁹.

Possiamo segnalare, in questo contesto, anche un altro problema sollevato in seguito al decreto correttivo: facendo un'applicazione retroattiva del nuovo istituto della esdebitazione, sarebbe stato reciso lo stretto legame che dovrebbe intercorrere tra questo istituto e il cosiddetto "nuovo fallimento", ovvero la procedura così come disciplinata dalla Riforma del 2006 e dal successivo decreto correttivo²⁸⁰.

Tuttavia, i problemi legati alla disciplina transitoria si riscontrano anche nell'applicazione della fattispecie penale del reato di bancarotta semplice documentale e in particolare rispetto al disposto normativo dell'art. 241: essendo tale ultima norma rimasta immutata dopo la riforma del 2006, che ha introdotto nel nostro sistema il beneficio della esdebitazione, si dovrebbe considerare eliminata la possibilità di estinzione di tale reato per avvenuta riabilitazione civile, poiché quest'ultimo istituto è stato abrogato con la suddetta riforma²⁸¹. L'imprenditore fallito che non rientra nell'ambito temporale di applicazione della nuova esdebitazione non potrà azionare il relativo procedimento, ma non potrà neppure ottenere una sentenza di estinzione del reato di bancarotta ex art. 241. Per questo, viene rilevato dagli interpreti che l'abrogazione dell'istituto della riabilitazione civile avrebbe annullato l'oggetto stesso della disposizione di cui all'art. 241 e con ciò, precluso ogni possibile applicazione della stessa²⁸².

Pertanto, anche dall'analisi della disciplina transitoria e delle problematiche che da essa derivano emerge la generale difficoltà che si incontra nel collocare il nuovo istituto della esdebitazione in un contesto giuridico nel quale l'idea del "diritto all'errore"²⁸³ non rappresenta ancora un valore condiviso.

²⁷⁹ Carratta, *Dell'esdebitazione del fallito e della sua illegittimità costituzionale*, cit., 402; Scarselli, *Ancora sulla esdebitazione (una questione intertemporale ed altre più generali)*, cit., 1138.

²⁸⁰ Ghia, *L'esdebitazione*, cit., 207.

²⁸¹ Cerqua, *Il regime transitorio della esdebitazione: i riflessi penali*, in *il fallimento*, 2009, IV, 418.

²⁸² Cerqua, *Il regime transitorio della esdebitazione: i riflessi penali*, cit., 421.

²⁸³ Ghia, *L'esdebitazione*, cit., 207.

CAPITOLO TERZO

IL PROCEDIMENTO DI ESDEBITAZIONE

1. Rilievi introduttivi sul procedimento: competenza, domanda e tempi di proposizione

Dopo aver esaminato le condizioni in presenza delle quali è possibile richiedere di essere ammessi all'esdebitazione, intendiamo concentrare l'attenzione sulle peculiarità che presenta il procedimento di esdebitazione e così sugli aspetti più strettamente processuali che caratterizzano l'istituto. A questi aspetti sono dedicati gli artt. 143 e 144 della legge fallimentare.

Dall'art. 143 emerge che il procedimento di esdebitazione può svilupparsi in due fasi: un primo grado e la fase di reclamo, entrambe chiamate a svolgersi secondo le norme del rito camerale ex artt. 737 e ss. c.p.c. Ciò risulta in modo evidente da vari riferimenti normativi tra cui il fatto che l'esdebitazione possa essere provocata congiuntamente alla chiusura del fallimento, fase anch'essa di tipo camerale, disciplinata all'art. 119.

Inoltre, il provvedimento con cui il tribunale dichiara l'esdebitazione nei confronti del fallito ha la forma di decreto, così come tutti i provvedimenti camerale nella disciplina processualcivilistica.²⁸⁴ Nella previsione del reclamo ex art. 26 è implicito il riferimento alla tipica forma di impugnazione dei decreti emessi con procedimento in camera di consiglio²⁸⁵.

La scelta del rito camerale poteva sembrare legata a motivi di tipo sistematico, prevedendo l'art. 24 secondo comma che alle controversie derivanti dal fallimento dovesse applicarsi il rito camerale. Con l'abrogazione, ad opera del D.lgs 12 Settembre 2007 n. 169, del suddetto comma, però, si deve ritenere che oggi, stante il silenzio in merito alla

²⁸⁴ Art. 737 c.p.c.

²⁸⁵ Art. 739 c.p.c.; la stessa osservazione si ritrova nella sentenza 181/2008 con la quale la Corte Costituzionale dichiara la parziale illegittimità dell'art. 143.

scelta del rito, debbano applicarsi a tali controversie le disposizioni sul procedimento ordinario di cognizione²⁸⁶.

Questa modifica fa venir meno una delle ragioni a sostegno della tesi sull'applicazione del rito camerale, che non induce comunque ad una sua ritrattazione, proprio per le caratteristiche di agilità di tale rito che consente agli interessati, nonostante questa rapidità, di portare in giudizio le proprie ragioni difendendosi attraverso la produzione di documenti o di memorie difensive²⁸⁷.

Tale procedimento, proprio per le differenze che corrono con il rito ordinario, prima tra tutte la ridotta impugnabilità dei provvedimenti, (considerata la lettera dell'art. 739 c.p.c. che non consente reclamo per i decreti della corte d'appello) non sempre si adatta ai casi in cui si discute di diritti soggettivi e interessi legittimi, che invece necessitano pienamente delle tutele procedurali del rito ordinario²⁸⁸. È ben vero che oggi si assiste al fenomeno della "cameralizzazione dei diritti", per il quale, anche le situazioni di diritto soggettivo possono essere tutelate mediante il rito camerale: in questi casi, comunque, si rende più che mai necessaria la garanzia del principio del contraddittorio e del diritto di difesa²⁸⁹.

Anche nel giudizio per la concessione della esdebitazione è obbligatorio il "patrocinio di procuratore legalmente esercente"²⁹⁰. In mancanza del

²⁸⁶ Paluchowski, Pajardi, *Manuale di diritto fallimentare*, cit., 207.

²⁸⁷ Carpi- Taruffo, *Commentario breve al codice di procedura civile*, Padova, 2009, 737.

²⁸⁸ Cerino Canova, *Per la chiarezza delle idee in tema di procedimento camerale e di giurisdizione volontaria*, in *Rivista di diritto civile*, 1987, I, 479. Gli altri profili di distinzione sono individuati nella "scarna regolamentazione del contraddittorio", in una sorta di "indeterminatezza istruttoria" e nella previsione dei rimedi della revoca o modifica. Per ciò che riguarda le impugnazioni si deve comunque, come si vedrà in seguito, ritenere possibile il ricorso per Cassazione in base all'art. 111.7 Cost. alla luce del quale deve ritenersi ormai superata anche l'affermazione del citato autore in merito alla non applicabilità, nel contesto in esame, del principio di cui all'art. 161 c.p.c. Nonostante un richiamo letterale alle sentenze, infatti, la disposizione si applica anche nei confronti di provvedimenti diversi a cui l'ordinamento attribuisca l'idoneità di giudicato ovvero, come sancito dalla disposizione costituzionale, ogni provvedimento definitivo a contenuto decisorio. Vedi a tal proposito Carpi-Taruffo, op.cit. 587.

²⁸⁹ Consolo, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, Padova, 2008, I, 52.

²⁹⁰ Cass. Civ, 11 luglio 2008 n. 19233 "ha ritenuto necessario il patrocinio legale anche nel procedimento per la nomina di amministratore di sostegno ogniqualvolta il decreto che il giudice ritenga di emettere, sia o no corrispondente alla richiesta dell'interessato, incida sui diritti fondamentali della persona, attraverso la previsione di effetti, limitazioni o decadenze analoghi a quelli previsti da disposizioni di legge per l'interdetto o per l'inabilitato". Il Tribunale di Tivoli, sent. 5 maggio 2009, in www.dejure.it, ritiene che

procuratore legale il ricorso sarà invalido. La sanatoria di tale invalidità potrà avvenire, purchè siano rispettati i termini per la richiesta del beneficio, cioè purché l'avvocato si costituisca in giudizio entro massimo un anno dalla chiusura del fallimento: "la radicale nullità del ricorso introduttivo, proposta senza patrocinio del difensore, e la conseguente nullità di tale atto è [...] sanata solo *ex nunc* per effetto dell'atto di costituzione del difensore che ha sostituito la domanda inefficace, assumendo tale ultimo atto di costituzione il valore del ricorso introduttivo"²⁹¹.

Il giudice competente a pronunciarsi sull'esdebitazione del fallito è il tribunale fallimentare sia nell'ipotesi di dichiarazione contestuale alla chiusura del fallimento, sia quando l'effetto esdebitatorio viene richiesto dal debitore fallito nell'anno successivo alla chiusura. Il tribunale giudica in composizione collegiale secondo le disposizioni dell'art. 50-*bis* comma secondo c.p.c. e, trattandosi di procedimento camerale, la sua competenza è inderogabile²⁹².

Secondo alcuni la domanda può essere proposta in qualsiasi momento anche se la valutazione dei presupposti sarà necessariamente rinviata al momento della chiusura del fallimento²⁹³. Secondo altri, invece, l'istanza va proposta di regola con la richiesta di chiusura dell'iter fallimentare, ponendosi quindi come una sorta di procedimento incidentale nel giudizio formulato dal tribunale per emettere il decreto di chiusura del fallimento²⁹⁴. L'effetto esdebitatorio non è escluso nel caso in cui la procedura termini con la stipulazione di un concordato fallimentare²⁹⁵, così come previsto esplicitamente dall'ultimo comma dell'art. 124: in questo caso comunque,

anche il procedimento di esdebitazione abbia ad oggetto diritti soggettivi, che sarebbero i diritti dei creditori non soddisfatti.

²⁹¹ Tribunale di Tivoli, sent. 5 maggio 2009, in www.dejure.it.

²⁹² Art. 28 c.p.c.; Norelli, *L'esdebitazione del fallito*, cit., 1.

²⁹³ Lazzara, *Il nuovo fallimento: commentario al R.D. 16 marzo 1942 n. 267 coordinato con le modifiche apportate dalla legge 14 Maggio 2005 n. 80 e dal d.lgs. 9 Gennaio 2006 n. 5* cit., 652; sicuramente questa soluzione rispecchia maggiormente le caratteristiche del procedimento esdebitatorio a livello comparato dove, in alcuni casi, la richiesta si ritiene implicita al momento stesso della domanda di dichiarazione di fallimento, come nel diritto statunitense, ovvero il procedimento esdebitatorio è addirittura automatico, come in Germania, Inghilterra e negli stessi Stati Uniti.

²⁹⁴ Paluchowski, Pajardi, *Manuale di diritto fallimentare*, ult. cit., 733.

²⁹⁵ Santoro, *Commento sub art. 143 in La riforma della legge fallimentare*, cit., 859.

l'effetto estintivo riguarderebbe solamente i creditori per i quali non opera la disciplina concordataria²⁹⁶.

In ogni caso la richiesta va corredata dalle prove della collaborazione del debitore fallito con gli organi della procedura e, ai documenti, è necessario anche allegare i certificati penali relativi ai carichi pendenti nonché la relazione redatta dal curatore in base al disposto dell'art. 33 riguardante, oltre che le "*cause e circostanze del fallimento*", anche la diligenza del fallito durante l'esercizio dell'impresa²⁹⁷.

Lo svolgimento del procedimento di esdebitazione pur potendo essere concomitante a quello di chiusura del fallimento, ne rimane sempre formalmente distinto, mantenendo una sua autonomia formale e sostanziale, nonostante sia possibile che la pronuncia di esdebitazione sia rappresentata da un capo del decreto di chiusura, e che quindi sia a questo documentalmente inglobato²⁹⁸.

Come già accennato è comunque possibile che l'effetto esdebitatorio possa essere richiesto dal debitore fallito entro un anno dalla chiusura del fallimento. In questo caso, anche in relazione all'esigenza di certezza di rapporti giuridici²⁹⁹, si ritiene che il termine di un anno inizi a decorrere dal momento in cui il decreto di chiusura del fallimento acquista efficacia, ovvero dal momento nel quale lo stesso passa in giudicato ai sensi dell'art. 2909 c.c.³⁰⁰.

Nella disposizione normativa non è specificato se il termine suddetto debba essere considerato perentorio, né si fa menzione dell'eventuale decadenza successiva, dovendosi quindi ritenere lo stesso termine come prorogabile³⁰¹. Nonostante il dato letterale però, è da ritenere che al mancato rispetto dello stesso consegua, come sostengono alcuni, la

²⁹⁶ Secondo quanto previsto dall'art. 124 infatti, il proponente (creditore o terzo) può limitare gli impegni assunti con il concordato ai soli creditori ammessi al passivo, anche provvisoriamente, e a quelli che hanno proposto opposizione allo stato passivo, o domanda di ammissione tardiva al tempo della proposta.

²⁹⁷ Paluchowski, Pajardi, *Manuale di diritto fallimentare*, ult. cit. 735.

²⁹⁸ Norelli, *L'esdebitazione*, in *La tutela dei diritti nella riforma fallimentare* a cura di Fabiani, Patti in *Scritti in onore di Giovanni Lo Cascio*, Vicenza, 2006, 359. Così anche Paluchowski, Pajardi, *Manuale di diritto fallimentare*, ult. cit. 733.

²⁹⁹ Così anche Santi Di Paola, *La riforma della legge fallimentare*, Rimini, 2008, 273.

³⁰⁰ Norelli, *L'esdebitazione del fallito*, cit. 16.

³⁰¹ Paluchowski, Pajardi, *Manuale di diritto fallimentare*, cit. 734.

decadenza del potere di richiesta, anche se con qualche perplessità residua sull'esiguità del termine stesso, da ricondurre alla difficoltà di reperire il curatore e il comitato dei creditori per ottenere il loro parere, nonché quella di valutare il comportamento collaborativo del fallito trascorso un tempo superiore a quello qui previsto³⁰². La perentorietà è ricondotta da altri al mantenimento di conformità con le finalità dell'istituto, ovvero con il cosiddetto *fresh start*: "la possibilità di rimettersi sul mercato deve essere immediata, e il consentire la presentazione della richiesta dopo anni diviene allora incoerente con i fini dell'istituto"³⁰³.

2. Oggetto del processo

L'unica discussione che sembra essere prevista nel corso del procedimento di esdebitazione è quella riguardante l'esistenza dei presupposti di cui all'art. 142, poiché l'effetto esdebitatorio non è subordinato al consenso dei creditori. Infatti, costoro non possono liberamente decidere se rimettere il loro credito secondo le normali regole del diritto privato (art. 1236 c.c.), ma sono costretti, per mantenere in vita la loro pretesa, a dimostrare l'assenza di uno dei suddetti requisiti³⁰⁴. Tale situazione si rivelerebbe, secondo alcuni, un'eccezione al generale principio di cui all'art. 2740 c.c. secondo il quale "il debitore risponde dell'adempimento delle obbligazioni con tutti i suoi beni presenti e futuri", provocando una "sostanziale alterazione della normale allocazione dei

³⁰² Panzani, *Commento sub art 142-145*, cit. 2111.

³⁰³ Paluchowski, Pajardi, *Manuale di diritto fallimentare*, cit. 734.

³⁰⁴ Scarselli, *L'esdebitazione della nuova legge fallimentare*, cit. 33. L'art. 1236 c.c. dispone infatti che "la dichiarazione del creditore di rimettere il debito estingue l'obbligazione quando è comunicata al debitore, salvo che questi non dichiari in un congruo termine di non volerne profittare". Per quanto riguarda la ricostruzione dell'istituto della remissione del debito alcuni considerano la dichiarazione del creditore come atto unilaterale recettizio e non come contratto; in questo caso, anche la dichiarazione successiva del debitore che decidesse di non volerne profittare dovrebbe essere considerata nel medesimo senso. www.dirittoprivatoinrete.it. Altri configurano l'istituto alla stregua di un contratto ed in particolare come contratto con effetti estintivi dell'obbligazione, nel quale il consenso del debitore sarebbe espresso dal mancato rifiuto: la struttura di tale contratto verrebbe ad essere ricondotta a quella dei contratti con obbligazioni per il solo proponente la cui disciplina è prevista all'art. 1333 c.c. www.diritto-civile.it.

rischi del credito³⁰⁵. Mentre la regola della responsabilità patrimoniale del debitore porta ad addossare tali rischi sulla parte che ha beneficiato del credito, l'esdebitazione determina uno stravolgimento di tale regola a danno del creditore³⁰⁶.

Date queste premesse, è necessario riflettere sull'oggetto del procedimento di esdebitazione ovvero il diritto materiale dedotto in giudizio, riferito, seppure in via ipotetica, all'esistenza o inesistenza della situazione controversa³⁰⁷: da alcuni viene fatto rientrare nella categoria della volontaria giurisdizione quanto all'assenza, come si vedrà in seguito, di un legittimato passivo specificamente individuato, nonostante gli effetti dell'istituto si riflettano senza dubbio e in misura non insignificante, sulla posizione di creditori sia concorsuali che non³⁰⁸.

Il contenuto dei provvedimenti, ricondotti a questa categoria di origine dottrinale e giurisprudenziale, è sempre individuato dalla norma che li disciplina: o in maniera dettagliata, oppure lasciando in parte all'agente la determinazione dello stesso, individuando solamente lo scopo che il provvedimento deve perseguire. A differenza di quanto avviene sulla base delle regole della giurisdizione civile ordinaria inoltre, non si è in presenza, in queste ipotesi, della violazione di un dovere previsto dalla disciplina sostanziale che importi a sua volta la lesione di un corrispondente diritto

³⁰⁵ Le limitazioni alla responsabilità patrimoniale, a norma dello stesso art. 2740 c.c., sono infatti coperte da riserva di legge. Scarselli *L'esdebitazione della nuova legge fallimentare.*, 33 parla di "contrasto" alla medesima disposizione, volendo probabilmente sottolineare la posizione di svantaggio in cui si trova il creditore rispetto agli effetti prodotti dall'istituto in esame. Di diversa opinione Norelli, *L'esdebitazione del fallito*, cit., 19 dove si afferma che il provvedimento non costituisce un'eccezione al principio della responsabilità patrimoniale del debitore, limitandola ai beni acquisiti all'attivo patrimoniale in quanto i debiti inesigibili non portano ad inadempimento del quale si debba rispondere e quindi è esclusa la possibilità di un'azione esecutiva. Per i debiti esclusi e per quelli non concorsuali invece, continua a valere la responsabilità patrimoniale del debitore.

³⁰⁶ Carratta, *Dell'esdebitazione del fallito e della sua illegittimità costituzionale*, cit. 403.

³⁰⁷ Quasi testualmente Consolo, voce *Domanda giudiziale*, in *Digesto delle discipline privatistiche sezione civile*, VII, 61.

³⁰⁸ Paluchowski, Pajardi, *Manuale di diritto fallimentare*, ult. cit. 734. Per ciò che riguarda la volontarietà della giurisdizione vedi Cerino Canova, *Per la chiarezza delle idee in tema di procedimento camerale e di giurisdizione volontaria*, cit., 464, dove si ricorda che la volontarietà non si riferisce alle modalità di intervento nel singolo rapporto, ma alla scelta del legislatore di affidare o meno all'autorità giudiziaria certe funzioni.

soggettivo³⁰⁹: infatti si parla di assenza della litigiosità e di un intervento di una parte terza in un rapporto tra privati, anche a contenuto negoziale, che si svolge con forme semplificate³¹⁰.

È forse possibile accostare l'oggetto del processo di esdebitazione a quello del processo per dichiarazione di fallimento di cui all'art. 15 che, come sarà immediatamente riscontrabile, presenta caratteristiche molto simili all'argomento di questa indagine.

Come osservato in merito alla dichiarazione di fallimento³¹¹, anche nel procedimento di esdebitazione si analizzano meri fatti, cioè i presupposti per l'applicazione dell'effetto esdebitatorio, ma questi non costituiscono l'oggetto del processo.

Entrambi i provvedimenti producono inevitabilmente i loro effetti nei confronti di soggetti che non sono chiamati a partecipare e che vedono in ogni caso modificate le loro posizioni sostanziali.

Si può osservare come il soggetto che richiede il provvedimento faccia valere in giudizio quello che è definito un "*diritto a contenuto processuale*"³¹²: viene infatti esercitato nel processo una sorta di potere che consiste nella modifica di trattamento della posizione giuridica del soggetto che, nel caso dell'esdebitazione, potrebbe essere quella di "trasformazione" delle obbligazioni del debitore in mere pretese morali, qualora si accolga la tesi dell'inesigibilità delle stesse, ovvero la loro estinzione, qualora si preferisca attribuire all'istituto effetti sostanziali che portano all'estinzione definitiva dell'obbligazione stessa. Questo risultato, in ogni caso, non è raggiungibile senza l'intervento dell'autorità giudiziaria e dunque possiamo dire di essere in presenza di una "situazione potestativa processuale"³¹³.

Il giudice quindi, accertata l'esistenza dei presupposti alla base dell'istituto, non potrà far altro che pronunciarsi in linea con quanto

³⁰⁹ Voce *Giurisdizione Volontaria* in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1996, XLX, 336,354,355.

³¹⁰ Consolo, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, cit., 111.

³¹¹ Fabiani, *L'oggetto del processo per dichiarazione di fallimento*, in *Rivista di diritto processuale* 2010, IV, 766 ss.

³¹² Fabiani, *L'oggetto del processo per dichiarazione di fallimento*, cit. 773.

³¹³ Fabiani, *L'oggetto del processo per dichiarazione di fallimento*, cit., 772.

richiesto. Si ritiene infatti, che non sia possibile negare il beneficio dell'esdebitazione in presenza delle condizioni richieste dall'art. 142³¹⁴.

La tesi appena esposta va ora confrontata con le caratteristiche dei processi a contenuto oggettivo, categoria alla quale la dottrina maggioritaria fa riferimento per la collocazione dell'oggetto della dichiarazione di fallimento e che quindi è utile tenere in considerazione nell'analisi del procedimento esdebitatorio³¹⁵.

In questi procedimenti si valuta il dovere decisorio del giudice e il contenuto dello stesso³¹⁶; manca un diritto soggettivo da tutelare, così come nell'ipotesi del procedimento per esdebitazione.

Quella dei procedimenti a contenuto oggettivo è una categoria generale che trascende l'ambito della giurisdizione civile, coprendo in generale tutte le discipline processualistiche³¹⁷. Due sono le peculiarità di questi procedimenti: da un lato, il requisito dell'assenza di un diritto soggettivo dedotto in giudizio, o meglio, la trattazione di interessi generali che si ritengono "non soggettivabili"³¹⁸ e, dall'altro, il dovere del giudice di pronunciarsi in riferimento a fattispecie concrete specificamente individuate³¹⁹. L'individuazione di queste caratteristiche non rende comunque del tutto chiaro l'ambito applicativo della disciplina, poiché rimangono situazioni nelle quali l'applicabilità della stessa non è pacifica³²⁰.

³¹⁴ Cavalli, *Gli effetti del fallimento per il debitore*, cit., 110.

³¹⁵ Tra gli altri Consolo, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, Padova, 2008, II, 239; Tommaseo, *Appunti di diritto processuale civile*, Torino, 2000, 144; Vassalli, *Diritto fallimentare*, Torino, 1994, I, 33; Montesano, *La tutela giurisdizionale dei diritti*, Torino, 1994, 25.

³¹⁶ Quasi testualmente Consolo, op.ult. cit.239.

³¹⁷ Tommaseo, *I processi a contenuto oggettivo*, in *Rivista di diritto civile*, 1988, I, 496.

³¹⁸ Tommaseo, *I processi a contenuto oggettivo*, cit., 502.

³¹⁹ Tommaseo, *I processi a contenuto oggettivo*, cit., 496.

³²⁰ Alcuni ritengono che non rientri in questa categoria, ad esempio, il procedimento per la dichiarazione dello stato di adottabilità affermando, erroneamente, che alla base dello stesso ci sia un diritto del minore ad essere adottato. Non si è in presenza però, nonostante la situazione rientri sicuramente nel novero dei diritti fondamentali tutelati dall'art. 2 Cost., di una situazione di un diritto vantato da una parte nei confronti di un'altra. Sul punto vedi Tommaseo, op. ult. cit. 510 ed ivi il rilievo che "se la costituzione giudiziale dello stato di adozione non dipende dall'affermazione d'un diritto spettante a una parte verso l'altra e quindi dall'esercizio dell'azione *apud iudicem*, è vano dal punto di vista tecnico parlare di un diritto all'adozione. Il modello processuale dell'adozione, nel discostarsi dai principi che caratterizzano il processo dispositivo, si mostra

A questo punto dell'indagine è quindi opportuno valutare la compatibilità di principi e regole del processo civile con questa diversa tipologia di processi, con particolare attenzione alla proposizione della domanda³²¹. Si fa chiaramente riferimento al concetto di domanda giudiziale, intesa come affermazione in giudizio di un diritto e connessa richiesta di tutela. In queste ipotesi, la domanda così intesa manca, essendo sostituita in alcuni casi da un'istanza di parte, che resta comunque libera nonostante i soggetti autorizzati siano indicati dalla legge in modo puntuale, e viene lasciata, in altre ipotesi, all'impulso officioso del giudice³²². Si può pensare, quindi, ad un processo materialmente inquisitorio, nel quale è il giudice che "determina il contenuto concreto dell'oggetto del processo, svincolato dal principio della domanda e dalle conseguenze che ne derivano nei processi dispositivi. Manca quindi quel potere caratteristico delle parti di fissazione e delimitazione del *thema decidendum*". Tali parti si limitano ad una mera azione, volta ad ottenere un provvedimento che sarà disposto alla luce di un interesse generale³²³.

Nel contesto così delineato, poiché si tratta dell'esercizio di una mera azione e manca una domanda vera e propria sulla quale il giudice deve pronunciarsi, è limitata la possibilità, per il giudice, di verificare la corrispondenza tra chiesto e pronunciato³²⁴.

Nonostante ciò, non può naturalmente negarsi l'applicazione a questa categoria di processi, delle norme poste a tutela del diritto di difesa³²⁵. Ne costituisce esempio quanto la Corte costituzionale ha stabilito nella nota sentenza n. 141 del 1970, con la quale ha dichiarato illegittimo l'art. 15

strumentalmente adatto a realizzare gli scopi cui tende un procedimento da cui è assente l'accertamento di un diritto soggettivo. La legge ha costruito un procedimento dominato dall'impulso officioso, privo di una domanda in senso tecnico, un procedimento che rientra fra le più sicure manifestazioni della giurisdizione oggettiva".

³²¹ Tommaseo, *I processi a contenuto oggettivo*, cit. 503.

³²² Nella materia fallimentare, l'attività d'ufficio del giudice è comunque stata fortemente ridimensionata soprattutto con la riforma del 2006 e con il successivo decreto correttivo nel 2007. Vedi anche Tommaseo, *I processi a contenuto oggettivo*. 503.

³²³ Consolo, voce *Domanda giudiziale*, cit. 61.

³²⁴ Tommaseo, *I processi a contenuto oggettivo*, cit., 507.

³²⁵ Tommaseo, *Appunti di diritto processuale civile*, cit., 144.

nella parte in cui attribuiva al tribunale la mera facoltà di sentire l'imprenditore fallendo prima della dichiarazione di fallimento³²⁶.

Tuttavia, chi sostiene la tesi per cui l'oggetto del procedimento per la dichiarazione di fallimento sia rappresentato dall'esercizio di un potere processuale si distanzia dalla dottrina maggioritaria mettendo in luce il fatto che nel procedimento per la dichiarazione di fallimento, così come per l'esdebitazione, la richiesta da parte del fallito non si limiterebbe alla verifica di situazioni di fatto, riconnettendosi ad una modificazione proprio della situazione giuridica del soggetto che agisce³²⁷. Anche nel procedimento per la dichiarazione di fallimento verrebbe quindi rispettato il principio di corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato che tradizionalmente non si considera pienamente rispettato nei procedimenti a contenuto oggettivo, nei quali appunto alla parte è riconosciuto solo un potere di impulso della sequenza procedimentale, che viene poi a svolgersi autonomamente con il riconoscimento di ampi poteri in capo al giudice³²⁸.

Per concludere questa breve panoramica, quindi, si può osservare che pur essendo definito il risultato del procedimento esdebitatorio, la sua qualificazione giuridica resta ancora oggetto di dibattito.

3. Legittimazione attiva e passiva nel procedimento di esdebitazione

L'identificazione dei legittimati attivi nel procedimento di esdebitazione, tralasciando la questione della pronuncia d'ufficio di cui si tratterà nel

³²⁶ *Foro it.* 1970, II, 2038. A tal proposito la Corte si è pronunciata anche nella sentenza n. 87 del 1968 ha dichiarato l'illegittimità dell'art. 731 primo comma c.p.c., nella parte in cui permetteva al tribunale, investito di una domanda di interdizione e inabilitazione (processi a contenuto oggettivo), di disporre il rigetto della stessa, senza istituire il contraddittorio con la parte istante; vedi Tommaseo, *Appunti di diritto processuale civile*, cit., 145.

³²⁷ Fabiani, *L'oggetto del processo per dichiarazione di fallimento*, cit. 779: si tratterebbe di una situazione potestativa processuale in quanto il creditore non potrebbe ottenere lo stesso risultato, cioè il fallimento del proprio debitore, se non mediante l'intervento del giudice.

³²⁸ Consolo, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, Padova, 2008, II, 239.

prossimo capitolo, non pone particolari problemi, in quanto l'unico legittimato attivo è il debitore fallito, come emerge dal dato letterale dell'art. 143; alcuni si sono chiesti se anche il curatore possa essere considerato un legittimato attivo, probabilmente in merito al fatto che nell'esercizio di alcune delle sue funzioni ricopre la posizione del fallito³²⁹. Differente è invece la situazione per ciò che riguarda i legittimati passivi: la norma tace sul punto, lasciando all'interprete il compito di colmare questa lacuna.

Possiamo escludere che legittimati passivi siano il curatore e il comitato dei creditori anche se è necessario il loro parere per la concessione del beneficio: infatti, la funzione che essi svolgono all'interno del procedimento non è richiesta ai fini del rispetto del principio del contraddittorio, ma rappresenta invece un'attività puramente istruttoria³³⁰. Questa affermazione è confermata innanzitutto dal fatto che non è prevista nei loro confronti la notificazione della domanda di esdebitazione³³¹. È evidente inoltre, che il provvedimento del tribunale non va ad incidere nei loro confronti e il comitato dei creditori non è portatore degli interessi individuali dei singoli creditori³³². Nonostante l'art. 43 attribuisca al curatore la legittimazione processuale attiva e passiva relativa ai rapporti compresi nel fallimento, poiché manca una previsione espressa nella disciplina esdebitatoria, non si può fare riferimento all'istituto della sostituzione processuale di cui all'art. 81 c.p.c.³³³. Non

³²⁹ Così Castagnola, *Introdotta il principio del contraddittorio nel procedimento di esdebitazione successivo a chiusura del fallimento*, in *Rivista di diritto processuale*, 2009, III, 781; le ipotesi in cui il curatore agisce ricoprendo la posizione del fallito sono le attività di custodia, amministrazione e di liquidazione del patrimonio fallimentare: così Bonfatti- Censoni, *Manuale di diritto fallimentare*, cit., 77.

³³⁰ Norelli, *L'esdebitazione del fallito*, cit. 16; naturalmente il problema della legittimazione passiva non si pone rispetto a curatore e comitato dei creditori, da parte di chi sostiene che questi soggetti siano litisconsorti necessari nel procedimento. In questo senso vedi Santoro, *Commento sub art. 143*, cit., 859.

³³¹ Così anche Ghia, *L'esdebitazione*, cit. 195.

³³² Tribunale di Vicenza, decreto del 26 Febbraio 2010, in *www.ilcaso.it sezione I-giurisprudenza*, documento 2337/2010.

³³³ La disposizione dell'art. 43 va inserita nel contesto dello spossessamento: "la perdita della disponibilità del patrimonio soggetto alla procedura concorsuale comporta anche la perdita della possibilità di influire sulla sorte dei beni in sede processuale". Il fallito non sarà totalmente privato della sua capacità processuale, ma tale capacità concorrerà con quella del curatore che prevarrà totalmente in relazione a rapporti con contenuto

esiste nemmeno un “superiore interesse collettivo” tale da richiedere il coordinamento degli interessi dei singoli mediante l’affidamento degli stessi ad un organo sovraordinato, in quanto il provvedimento incide sulla posizione individuale di ciascun creditore e su ogni credito³³⁴.

Nel procedimento di primo grado, quindi, non sembra sussistere nessun contraddittore, mancando un meccanismo che coinvolga quelli che sono i soggetti che subiranno le conseguenze del provvedimento, ovvero i creditori, sia quelli ammessi al passivo sia, in parte, anche quelli qualificabili come creditori concorsuali non concorrenti³³⁵.

Per ovviare alla lacuna legislativa si sono prospettate diverse soluzioni a cominciare dalla considerazione del procedimento di esdebitazione come procedimento unilaterale³³⁶: visti i riflessi del provvedimento, sarà comunque necessaria la fissazione di un’udienza nella quale le parti (eventualmente) interessate potranno intervenire per far valere le loro ragioni nei confronti del fallito³³⁷. La loro partecipazione non sarà valutata ai fini della procedibilità, ma una volta intervenuti, il giudizio non potrà più svolgersi in loro assenza, con la conseguenza che questi soggetti dovranno essere successivamente coinvolti qualora sia proposto reclamo³³⁸. Il problema che si pone in merito a questa soluzione è che, in ogni caso, le parti ammesse all’intervento, stante il silenzio legislativo, non sono destinatarie di alcuna comunicazione o notificazione e, pertanto, salvo per informazioni ricercate autonomamente, non saranno a conoscenza del giudizio pendente, soprattutto nell’ipotesi di istanza

patrimoniale compresi nel fallimento. Pacchi, *Commento sub art. 43*, in *La legge fallimentare dopo la riforma*, a cura di Nigro, Sandulli, Santoro, Torino, 2010, I, 587, 588.

³³⁴ Ghia, *L’esdebitazione* cit. 196; vedi anche Norelli, *L’esdebitazione del fallito*, cit., 16.

³³⁵ Scarselli, *La esdebitazione della nuova legge fallimentare*, cit. 37: questi ultimi, infatti, in base alla previsione contenuta nell’art. 144, non subiranno l’effetto esdebitatorio per la parte del credito che avrebbero potuto soddisfare nella procedura fallimentare alla quale sono rimasti estranei o perché non hanno proposto domanda di insinuazione al passivo, ovvero perché tale domanda è stata respinta o dichiarata inammissibile ex art. 96.

³³⁶ Norelli, *L’esdebitazione del fallito*, cit. 16.

³³⁷ Si tratterebbe di intervento principale ex art 105 c.p.c. in quanto i creditori farebbero valere un diritto nei confronti di tutte le parti del processo, che in questo caso sono ridotte al solo debitore o eventualmente agli altri soggetti intervenuti.

³³⁸ Santoro, *Commento sub art. 143*, cit. 859.

posteriore alla chiusura del fallimento, con una conseguente violazione delle garanzie minime del contraddittorio ex art 101 c.p.c.³³⁹.

Non è neppure possibile pensare, per risolvere il problema della legittimazione passiva, all'ipotesi del contraddittorio differito, che si realizza "quando ad un provvedimento provvisorio dato *inaudita altera parte*, sulla base di una cognizione sommaria, debba o possa seguire una fase a contraddittorio pieno volta a confermare, revocare o modificare il primo provvedimento"³⁴⁰. Questa ipotesi non appare sostenibile poiché il differimento a contraddittorio pieno si avrebbe solo nel procedimento di reclamo che non appare per nulla il mezzo idoneo: infatti, non si apre con il reclamo una nuova fase del medesimo procedimento di primo grado in cui sia possibile il completamento della cognizione. Siamo in presenza, invece, di un rimedio tipicamente impugnatorio che non può surrogare la mancanza di integrità del contraddittorio nel giudizio di primo grado³⁴¹. È infatti costituzionalmente illegittimo un contraddittorio che venga integralmente differito al grado d'appello e non sia, quindi, minimamente garantito nel primo grado di giudizio: per essere considerato ammissibile, il differimento deve essere contenuto "entro i limiti di fasi diverse dello stesso grado di giudizio, ma mai dilatato al punto, da comportarne l'integrale attuazione in un ulteriore grado"³⁴². Nella materia fallimentare sentenze del medesimo segno erano state pronunciate, prima della riforma del 2006, in merito alla dichiarazione di fallimento, nel cui procedimento era prevista, solo facoltativamente, la convocazione dell'imprenditore³⁴³.

³³⁹ Norelli, *L'esdebitazione del fallito*, cit. 37.

³⁴⁰ Norelli, *L'esdebitazione del fallito*, cit. 17. Si tratta di un modello più volte ritenuto compatibile con i principi costituzionali. Una delle sue applicazioni si ritrova nel contesto dei procedimenti cautelari: in questo contesto, l'applicazione del contraddittorio differito si rende necessaria poiché, in caso contrario, svanirebbe l'efficacia del provvedimento richiesto. Nonostante in questi casi l'esercizio del diritto di difesa nel processo sia temporalmente differito, tale diritto viene pienamente garantito. De Marco, *Contraddittorio, procedimenti monitori e cautelari e rito del lavoro*, in www.diritto.it. Tra le sentenze che riconoscono la compatibilità di tale differimento con i principi costituzionali vedi Corte Cost., ordinanza 20 Maggio 1999 n. 183, in *Foro Italiano*, 1999, I, 2444.

³⁴¹ Norelli, *L'esdebitazione del fallito*, cit. 17.

³⁴² Comoglio, *Etica e tecnica del giusto processo*, Torino, 2004, 64.

³⁴³ Corte cost, n. 141/1970, in *Foro Italiano*, 1970, I, 2038.

Tornando all'individuazione dei legittimati passivi, la possibile difficoltà di individuazione dei creditori, dato il loro numero cospicuo, non è una giustificazione plausibile al problema di cui si tratta, poiché sarebbe prospettabile, in ogni caso, la soluzione prevista in materia concordataria e per l'ipotesi degli accordi di ristrutturazione, ovvero la possibilità data ai creditori di opporsi all'omologazione del concordato: ai creditori dissenzienti, infatti, a norma dell'art. 180, viene notificato a cura del debitore il decreto di fissazione d'udienza, ed essi possono costituirsi in giudizio depositando memorie difensive e documenti, sia pure all'interno di un giudizio di tipo camerale³⁴⁴. Lo stesso vale nell'ambito degli accordi di ristrutturazione dei debiti dove, entro trenta giorni dall'iscrizione dell'accordo nel registro delle imprese, momento nel quale l'accordo diviene efficace, è possibile ex art. 182-bis quarto comma, che i creditori facciano valere eventuali opposizioni³⁴⁵. In entrambe le ipotesi i creditori possono far valere la loro posizione anche prima della pronuncia definitiva³⁴⁶. A ben vedere anche il panorama comparato propone soluzioni sulla stessa lunghezza d'onda: è giusto ricordare, infatti, che nel sistema statunitense è possibile l'opposizione dei creditori alla procedura dell' *automatic discharge*, entro al massimo 60 giorni dalla prima assemblea dei creditori. Alla scadenza del termine, qualora non siano state proposte opposizioni, il tribunale concede il beneficio³⁴⁷. Se entro il termine invece sono presentate obiezioni si apre il procedimento che viene denominato di "*contested discharge*": questo procedimento consente uno scambio di opinioni in merito al motivo per il quale non dovrebbe concedersi il beneficio. Il tribunale accoglierà l'obiezione,

³⁴⁴ Bonfatti- Censoni, *Manuale di diritto fallimentare*, cit.537, 538.

³⁴⁵ Bonfatti- Censoni, *Manuale di diritto fallimentare*, cit. 567.

³⁴⁶ Anche nel vecchio testo disciplinante l'abrogato istituto della riabilitazione era possibile un'opposizione preventiva.

³⁴⁷ Si tratta dell'ipotesi dell'"*uncontested discharge*" che può concludersi nell'udienza nella quale viene comunicata al debitore la concessione del beneficio. In questo senso vedi Castagnola, *La liberazione del debitore (discharge) nel diritto fallimentare statunitense*, cit., 233, 234.

negando quindi la discharge quando dalle prove del creditore emerge una *clear and convincing evidence*, altrimenti il debitore sarà liberato³⁴⁸.

4. La pronuncia della Corte Costituzionale n. 181 del 30 maggio 2008

Alcune delle questioni in tema di legittimazione passiva sono state fatte oggetto di un intervento della Corte Costituzionale, in particolare della sentenza n. 181 del 30 maggio 2008³⁴⁹.

Il giudizio era stato provocato da un' ordinanza dalla Corte d'Appello di Venezia, investita del reclamo avverso un decreto del Tribunale di Vicenza che aveva rigettato l'istanza della sig.ra A.P. di ammissione al beneficio della *discharge* sul rilievo che, in forza della previsione recata dall'art. 150 del d.lgs. 29 gennaio 2006, n. 5, la disposizione dell'art. 142 legge fallimentare, introdotta con il richiamato d.lgs., non trovasse applicazione per le procedure che, pur concluse nella vigenza della legge di riforma, avessero avuto inizio anteriormente all'entrata in vigore della stessa³⁵⁰.

Dopo aver descritto la fattispecie e le caratteristiche essenziali dell'istituto la Corte d'Appello esponeva le proprie perplessità in merito ad alcuni aspetti della disciplina, richiedendo l'intervento della Consulta. Questa, in sintesi, la posizione della Corte d'Appello: l'art. 143 non prevede la partecipazione dei creditori al procedimento di esdebitazione e questo silenzio, mentre non crea problemi nel caso in cui il beneficio sia richiesto con il decreto di chiusura, e quindi, a procedura fallimentare non ancora

³⁴⁸ Castagnola, *La liberazione del debitore (discharge) nel diritto fallimentare statunitense*, cit. 246.

³⁴⁹ Le citazioni di questo paragrafo saranno sempre riferite a questa sentenza. Peraltro, la Consulta si era già espressa in precedenza sull'istituto dell'esdebitazione, seppure in merito ad un profilo differente da quello richiamato nella sentenza in oggetto; infatti, con la sentenza n. 411 del 30 novembre 2007, la Corte aveva dichiarato manifestamente inammissibile la questione sollevata in relazione all'art. 142 come sostituito dalla riforma del 2006 sollevata in riferimento all'art. 3 della Costituzione. Si veda sul punto *Capitolo secondo, paragrafo 3*.

³⁵⁰ Ordinanza della Corte d'Appello di Venezia 13 Luglio 2007, iscritta al n. 760 del registro delle ordinanze 2007 e pubblicata in *G.U. n.45 1°serie speciale*, 2007.

conclusasi³⁵¹, reca pregiudizio ai creditori qualora sia richiesta entro l'anno dalla chiusura del fallimento, su istanza del debitore. Infatti in questo caso, non è previsto uno strumento idoneo ad informare i creditori della pendenza del procedimento che, qualora il beneficio fosse concesso, produrrebbe effetti sostanziali e, come noto, pregiudizievoli nei loro confronti.

Si sollevava quindi un dubbio di legittimità costituzionale con riferimento all'art. 24 Cost. e perciò un contrasto della norma fallimentare con il diritto di agire in giudizio per la tutela dei propri diritti. Si affermava inoltre, come già prospettato dalla dottrina³⁵², che l'attribuzione agli stessi creditori della possibilità di proporre reclamo contro il decreto di esdebitazione non fosse idonea a colmare il vuoto normativo del primo grado di giudizio, al quale (non tanto per la mancanza di una previsione che preveda la partecipazione necessaria dei creditori, quanto a causa della mancata e tempestiva informazione), essi non sarebbero posti nelle condizioni di partecipare.

La difesa pubblica, rappresentata nel giudizio davanti alla Consulta dall'Avvocatura dello Stato, si pronunciava sostenendo l'infondatezza della questione. Le motivazioni addotte dalla stessa riguardavano il fatto che la ricorrente non avesse considerato, nelle proprie motivazioni, l'istituto dell'intervento volontario in giudizio, che sarebbe certamente ammissibile nell'ipotesi in discussione. Pertanto, sarebbe stato sufficiente consentire ai creditori di intervenire per veder rispettato il loro diritto di difesa senza dover prevedere la necessità della loro partecipazione. Per l'Avvocatura dello Stato, non sarebbe stato significativo nemmeno il riferimento alla mancata informazione dei creditori stessi: non si considera infatti particolarmente gravoso l'onere per i creditori di verificare la presentazione di un'istanza di esdebitazione da parte del debitore,

³⁵¹ I creditori, infatti, sono in tal caso a conoscenza della domanda di esdebitazione e quindi hanno la possibilità (comunque teorica, non essendo prevista formalmente un'udienza) di interloquire nel relativo procedimento.

³⁵² Norelli, *L'esdebitazione del fallito*, cit., 17; Santoro, *Commento sub art. 143*, cit. 859; Comoglio, *Etica e tecnica del giusto processo*, cit., 64.

considerando che i limiti temporali e la sede del tribunale competente sono precisamente specificati³⁵³.

Diversa la posizione della Corte Costituzionale nella cui pronuncia si legge che “il legislatore [...] non ha previsto che il ricorso introduttivo del giudizio debba essere portato a conoscenza dei creditori concorsuali non integralmente soddisfatti, onde consentire loro, se credono, di intervenire nel giudizio stesso al fine di tutelare la loro posizione. Tale omissione, per ciò che riguarda i creditori ammessi al passivo, che hanno quindi manifestato interesse a partecipare alla procedura concorsuale ritenuto meritevole di tutela da parte degli organi preposti al suo corretto andamento, e di cui sono, quindi, note le generalità e il domicilio, si pone in contrasto con l’art. 24 della Costituzione”.

La Corte ricorda che oggetto della sua pronuncia è un procedimento giurisdizionale nel quale devono essere applicate le garanzie minime del contraddittorio, tra cui la necessità che attore e convenuto siano per lo meno messi in condizione di poter partecipare al giudizio stesso: per il contraddittore questa garanzia è rispettata attraverso le forme di pubblicità dell’atto di avvio del giudizio; nella disciplina in esame, invece, non è previsto “alcun adempimento volto ad assicurare, attraverso la conoscenza, ovvero la conoscibilità, della pendenza della procedura, detta partecipazione, ponendosi in tal modo in contrasto con l’art. 24”.

Questa mancanza non potrebbe essere giustificata facendo riferimento alle forme del procedimento e quindi all’esigenza di celerità che caratterizza le procedure concorsuali in quanto, in questa ipotesi, la procedura si sarebbe già conclusa “sicchè sarebbe frutto di una scelta manifestamente arbitraria far perdurare oltre misura gli effetti delle ricordate esigenze”. Non rappresenta un’adeguata giustificazione

³⁵³ La possibilità di partecipare al giudizio da parte dei creditori viene quindi ricondotta nell’ambito dell’ordinaria diligenza; l’Avvocatura contesta preliminarmente anche una questione di rito che viene rigettata dalla Corte: afferma infatti che la questione proposta dalla Corte d’Appello non sia rilevante nel giudizio *a quo* poiché non risulta nello stesso alcuna richiesta dei creditori di partecipare al giudizio, o comunque non risultano eccezioni degli stessi che lamentino la lesione del loro diritto di difesa. La Corte ribatte a questa eccezione sostenendo che il rimettente proprio nella parte in cui contesta che i creditori non siano informati della pendenza, presuppone che essi, proprio in quanto ignari, non siano intervenuti.

neppure, come già affermato dalla precedente dottrina³⁵⁴, il differimento del contraddittorio al momento della presentazione del reclamo, per i motivi già ricordati della necessità di una garanzia del contraddittorio in ciascun grado di giudizio. In questo contesto si aggiunge che, tralasciando la brevità dei termini del reclamo, i soggetti legittimati non potrebbero comunque proporre impugnazione per il fatto che non sono a conoscenza del provvedimento di primo grado soggetto ad impugnazione.

La Corte respingeva la posizione della difesa pubblica, poiché riteneva di gran lunga superiore ai limiti dell'ordinaria diligenza l'attività di informazione prospettata a carico dei creditori in quanto "imporrebbe in maniera ingiustificatamente vessatoria, periodici accessi del creditore del fallito in una sede giudiziaria eventualmente estranea a quella di ordinaria pertinenza". La Consulta affermava, in seguito, che la formalità istruttoria dell'audizione del curatore e del comitato dei creditori richiede, per il suo espletamento, un'udienza apposita. Per questi motivi dichiarava, in conclusione, l'illegittimità costituzionale dell'art. 143 "limitatamente alla parte in cui non prevede la notificazione, a cura del ricorrente e nelle forme previste agli artt. 137 e seguenti del codice di procedura civile, ai creditori concorrenti non integralmente soddisfatti, del ricorso col quale il debitore, già dichiarato fallito, chiede, nell'anno successivo alla dichiarazione di chiusura del fallimento, di essere ammesso al beneficio della liberazione dei debiti residui nei confronti dei medesimi creditori, nonché del decreto col quale il giudice fissa l'udienza in camera di consiglio"³⁵⁵.

³⁵⁴ Norelli, *L'esdebitazione del fallito*, cit., 17; Santoro, *Commento sub art. 143*, cit. 859; Comoglio, *Etica e tecnica del giusto processo*, cit., 64.

³⁵⁵ Corte costituzionale n. 181 del 30 Maggio 2008, pres. Bile.

5. Segue: osservazioni critiche in merito alla pronuncia della Consulta

La necessità di informare i creditori della pendenza di un giudizio che potrebbe avere effetti pregiudizievoli nei loro confronti, con la notificazione dell'atto introduttivo, fa emergere, stante la normale cospicuità dei creditori coinvolti in un fallimento, la difficoltà che questa pronuncia porterà nell'accesso al beneficio esdebitatorio successivo alla chiusura del fallimento. Ciò potrà invece incrementare le richieste degli imprenditori falliti contestualmente alla chiusura del fallimento: infatti, alcuni autori ritengono che la pendenza della procedura determini una sorta di "contraddittorio immanente" con i creditori che comporta una presunzione di conoscenza della medesima³⁵⁶.

Le difficoltà che possono verificarsi quanto alla notificazione dell'atto (in vista del numero dei soggetti destinatari) sono attenuate solo in parte dal fatto che è applicabile la disciplina della notificazione per pubblici proclami.

Con uno spettro più ampio d'indagine emerge con chiarezza che la soluzione prospettata dalla Corte è sicuramente meno efficiente di quelle positivizzate in altri ordinamenti dove al debitore non è imposto un compito così gravoso: negli Stati Uniti, per esempio, la dichiarazione di fallimento stessa opera come richiesta di esdebitazione, senza la necessaria richiesta del debitore; dopo che la procedura è stata aperta i creditori, il *trustee* e lo *United States trustee* sono legittimati ad opporsi alla concessione del beneficio entro un termine che viene loro comunicato dal tribunale e non dal debitore³⁵⁷.

Anche nell'ordinamento tedesco, che insieme a quello americano ha costituito il principale punto di riferimento per il nostro legislatore, la

³⁵⁶ Nardecchia, *Esdebitazione e illegittimità costituzionale dell'art. 143 l. fall.*, in *il fallimento*, 2008, VIII, 887.

³⁵⁷ Castagnola, *Introdotta il principio del contraddittorio nel procedimento di esdebitazione successivo a chiusura del fallimento*, cit. 781; Il *trustee* svolge nell'ordinamento statunitense funzioni analoghe a quelle del curatore; la comunicazione del provvedimento viene logicamente lasciata alla struttura giudiziaria in quanto il procedimento per la dichiarazione di fallimento è pendente.

richiesta per ottenere la liberazione dei debiti è contestuale all'apertura del fallimento, ovvero può essere richiesta entro due settimane dalla notizia, comunicata al debitore dal tribunale, della possibilità di chiedere l'esdebitazione; nel procedimento si svolge un'audizione dei creditori in apposita udienza fissata dal giudice e comunicata alle parti dalla cancelleria e non dal fallito.

Non meno significativa è l'esperienza dell'Inghilterra, culla dell'esdebitazione, nel caso in cui il provvedimento sia emesso dal tribunale su istanza del debitore³⁵⁸: in seguito alla domanda viene fissata un'udienza per la trattazione dell'istanza; la notizia di questa udienza viene comunicata, da parte del tribunale, al debitore e al soggetto incaricato di amministrare provvisoriamente il patrimonio di questo (*official receiver*)³⁵⁹.

Il significativo intervento della Corte Costituzionale, pur avendo apportato un notevole miglioramento alla disciplina dell'esdebitazione, lascia comunque aperti e irrisolti altri problemi³⁶⁰: primo fra tutti la posizione dei creditori che non si sono insinuati nella procedura fallimentare.

Se, come è stato dichiarato nelle motivazioni della sentenza della Consulta, l'informazione dei creditori è necessaria perché siamo in presenza di un provvedimento pregiudizievole, non si vede perché la medesima osservazione non debba valere anche per i creditori anteriori che non si sono insinuati al passivo e il cui credito, come si vedrà nell'analisi dell'art. 144, verrà comunque inciso dal provvedimento esdebitatorio³⁶¹.

Nell'indicare i destinatari dell'informazione, non sembra opportuno adottare come discriminante il fatto che i soggetti abbiano manifestato, insinuandosi al passivo, interesse nella procedura, a maggior ragione per un istituto i cui effetti "travalicano il fallimento". Se è vero, come è vero,

³⁵⁸ L'altra ipotesi è che il beneficio sia attribuito automaticamente al ricorrere di determinati presupposti.

³⁵⁹ Vedi Castagnola, *Introdotta il principio del contraddittorio nel procedimento di esdebitazione successivo a chiusura del fallimento*, cit. 781.

³⁶⁰ Carratta, *Dell'esdebitazione del fallito e della sua illegittimità costituzionale*, cit. 404.

³⁶¹ Il credito verrà infatti estinto per il residuo di quanto essi avrebbero percepito all'interno della procedura.

che l'esdebitazione scaturisce dal fallimento e quindi il soggetto che non si interessa della procedura non sarà probabilmente interessato nemmeno all'effetto esdebitatorio a cui la stessa può portare, questo dato non può assolutamente portare all'eliminazione del diritto di difesa nei confronti di questi soggetti. Dalla lettura della sentenza, invece, pare che la Corte attribuisca all'ammissione al passivo un valore esorbitante rispetto al fine per cui è prevista ovvero la partecipazione alla ripartizione dell'attivo, ponendola come condizione per la garanzia del diritto di difesa nel procedimento di esdebitazione che, peraltro, verrebbe negata a coloro che, pur insinuatisi, non sarebbero stati ammessi, pur avendo manifestato interesse al fallimento³⁶².

Un ulteriore aspetto poco convincente è la giustificazione data dalla Corte in merito al fatto che dei creditori ammessi al passivo e identificati quindi come destinatari delle comunicazioni, siano noti il domicilio e la residenza: questa affermazione si pone evidentemente in netto contrasto con l'art. 24 della Costituzione che assicura il diritto di agire in giudizio a "tutti"³⁶³. In questa disposizione non si considerano situazioni contingenti (come potrebbe essere la possibilità di identificare il domicilio o la residenza dei soggetti) che consentano o meno di agire in giudizio, e nemmeno si nega a nessuno, sulla base degli stessi presupposti, il diritto di difendersi in giudizio interloquendo su ogni questione ritenuta rilevante per la decisione.

Un secondo profilo lasciato aperto riguarda il reclamo del decreto che, ex art. 26 può essere proposto dai creditori non interamente soddisfatti, dal pubblico ministero e da qualunque interessato: anche in questo caso, dato che la motivazione si basa sul fatto che siamo in presenza di un provvedimento giurisdizionale nei confronti del quale vanno rispettate le garanzie minime del contraddittorio, la stessa misura prevista per i creditori insinuati al passivo, dovrebbe essere disposta per tutti gli altri

³⁶² Castagnola, *Introdotta il principio del contraddittorio nel procedimento di esdebitazione successivo a chiusura del fallimento*, cit. 781.

³⁶³ Castagnola, *Introdotta il principio del contraddittorio nel procedimento di esdebitazione successivo a chiusura del fallimento*, cit. 781.

soggetti legittimati al reclamo, stante la medesima situazione processuale³⁶⁴.

La ricostruzione della Corte in merito alla riconducibilità del procedimento di esdebitazione alla struttura dei procedimenti camerali permette l'applicazione delle relative norme del codice di procedura civile, tra cui anche la necessità di un'udienza nella quale si svolgerà la trattazione dell'istanza³⁶⁵.

I problemi sin qui esaminati lasciati aperti dalla pronuncia di incostituzionalità dimostrano che la disciplina dell'esdebitazione, quanto alla sua lacunosità, sarà probabilmente oggetto, in futuro, ad altre correzioni da parte della giurisprudenza.

6. La fase istruttoria: verifica delle condizioni di cui all'art. 142 e giudizio di meritevolezza

In seguito alla richiesta di esdebitazione si apre una fase del procedimento nella quale il tribunale fallimentare è tenuto a verificare l'esistenza delle condizioni per la concessione del beneficio.

Secondo quanto previsto dallo stesso art. 143 il giudice deve verificare la sussistenza dei requisiti indicati all'articolo precedente nonché "valutare il comportamento collaborativo del fallito"; è inoltre necessario che vengano sentiti il curatore e il comitato dei creditori.

La fase istruttoria si dovrebbe svolgere in contraddittorio, in presenza delle parti e degli organi della procedura, pur essendo contemplata la possibilità di verificare l'assenza di ostacoli anche mediante informazioni assunte in modo informale³⁶⁶.

³⁶⁴ Carratta, *Dell'esdebitazione del fallito e della sua illegittimità costituzionale*, cit. 404.

³⁶⁵ Castagnola, *Introdotta il principio del contraddittorio nel procedimento di esdebitazione successivo a chiusura del fallimento*, cit. 781. È la Consulta stessa a menzionare l'udienza nella quale si avrà sia l'audizione del curatore e del comitato dei creditori, che è positivamente prevista, sia la presentazione di eventuali eccezioni dei contro interessati.

³⁶⁶ Paluchowski, Pajardi, *Manuale di diritto fallimentare*, cit. 735.

La verifica delle condizioni di cui all'articolo 142 avviene da parte del tribunale sulla base dei documenti prodotti in giudizio dallo stesso debitore³⁶⁷, ovvero mediante l'ausilio di poteri officiosi³⁶⁸. Sarà quindi imprescindibile un esame del fascicolo fallimentare³⁶⁹. In questo tipo di accertamento istruttorio il tribunale dovrà soppesare i diversi interessi in gioco: da un lato, quello del debitore non colpevole di intraprendere una nuova esperienza imprenditoriale senza essere ancora vincolato alle pregresse pendenze e, dall'altro quello dei creditori, che certamente subiscono un pregiudizio più o meno grave, in relazione all'ammontare del loro credito, in conseguenza della concessione del beneficio³⁷⁰.

Tra i presupposti che il tribunale dovrà valutare ve ne sono alcuni per i quali il giudizio si concretizzerà in una verifica meramente formale come la mancata violazione delle disposizioni dell'art. 48 sulla corrispondenza diretta del fallito; la verifica che lo stesso fallito non abbia beneficiato nei dieci anni precedenti di altra esdebitazione ed il fatto che non sia stato condannato per il reato di bancarotta fraudolenta o per delitti contro l'economia pubblica, oltre che per altri reati testualmente indicati³⁷¹.

Per la valutazione di altri requisiti, invece, il giudizio del tribunale presenta un margine maggiore di discrezionalità, in quanto si tratterà di una verifica che potrebbe definirsi sostanziale³⁷². Così accade per il giudizio sulla cooperazione del fallito con gli organi della procedura e per la valutazione del requisito negativo per il quale il fallito non avrebbe dovuto ritardare lo svolgimento della stessa.

Il presupposto per cui il fallito non deve aver distratto l'attivo o esposto passività inesistenti, cagionato o aggravato il dissesto, si pone in una posizione intermedia tra le due categorie menzionate in precedenza.

³⁶⁷ Norelli, *L'esdebitazione del fallito*, cit., 17.

³⁶⁸ L'art. 738 c.p.c. dispone infatti che il giudice possa assumere informazioni.

³⁶⁹ Il fascicolo fallimentare contiene infatti tutti gli atti del fallimento tra cui: istanze o richieste di fallimento, sentenza dichiarativa di fallimento, comunicazioni e notificazioni alla cancelleria, accettazione della carica e nomina del curatore, verbale di ricognizione provvisoria dei beni del fallito, nomina dei periti estimatori.

³⁷⁰ Santoro, *Commento sub art. 143*, cit. 860.

³⁷¹ Così quelli contro "l'industria e il commercio, e altri delitti compiuti in connessione con l'esercizio dell'attività d'impresa, salvo che per tali reati si intervenuta la riabilitazione".

³⁷² Santoro, *Commento sub art. 143*, cit., 860.

All'interno dello stesso art. 143 il legislatore aggiunge un tassello ulteriore all'indagine che il tribunale deve compiere, che quindi non si limiterà solamente alla verifica dei presupposti di cui all'art. 142, ma dovrà estendersi ad un'analisi complessiva del comportamento del fallito.

Su tale indagine circa la meritevolezza del fallito, il legislatore non si esprime, lasciando agli interpreti il compito di colmare questo consistente vuoto normativo.

Questa indagine dovrebbe attenersi al comportamento del fallito non solo nel corso della procedura ma anche in un momento precedente, quello dell'esercizio dell'impresa anteriore alla dichiarazione di fallimento. Si osserva infatti che "colui che ha svolto attività di impresa rimanendo largamente inadempiente negli obblighi verso i propri creditori, forse, non è il soggetto più adatto ad intraprenderne una nuova"³⁷³.

Alcuni riferimenti al comportamento del fallito nel corso della procedura fallimentare sono presenti nell'art. 142; per questo si ritiene che la valutazione del comportamento complessivo del fallito si differenzi dall'indagine sui singoli presupposti quanto al grado di rigore che il tribunale dovrebbe applicare³⁷⁴ e certamente, in ragione del fatto che si tratta di una "categoria aperta"³⁷⁵, alla maggiore discrezionalità in capo all'organo giudicante che, in presenza di tutti i presupposti potrebbe rifiutare la concessione del beneficio solamente sulla base di questa valutazione complessiva. In questo giudizio, come già accennato nel secondo capitolo, dovrebbe farsi rientrare anche la valutazione sulla soddisfazione parziale dei creditori che avrebbe ad oggetto il *quantum* ricevuto da questi, in relazione al loro numero, all'ammontare dei crediti e ai beni posseduti dal fallito.

Infatti, l'istituto dell'esdebitazione costituisce un meccanismo premiale per il fallito che deve essere corrisposto dove lo stesso si riveli concretamente e complessivamente meritevole.

³⁷³ Vitalone, *L'esdebitazione* in AA.VV. *Il diritto processuale del fallimento*, Torino, 2008, 354.

³⁷⁴ Norelli, *L'esdebitazione del fallito*, cit. 18.

³⁷⁵ Cavalli, *Gli effetti del fallimento per il debitore*, cit. 110.

Risulta difficile però individuare la differenza che intercorre tra il comportamento collaborativo del fallito e il presupposto per cui lo stesso si sia adoperato per il proficuo svolgimento della procedura (art. 142 n. 1)³⁷⁶. Il comportamento collaborativo del fallito si pone in posizione strumentale rispetto al corretto e tempestivo espletamento della procedura e in riferimento a ciò, non si comprende il mancato rinvio alla norma dell'art. 49 che indica, tipizzandoli, alcuni dei comportamenti collaborativi che il fallito deve tenere nel corso del procedimento stesso³⁷⁷.

In via esemplificativa parte della dottrina ha cercato di rendere esplicite alcune condotte che andranno valutate dal collegio nella propria indagine: in questo senso, dovrebbero ritenersi collaborativi tutti quei comportamenti che consentano l'emersione dei vari cespiti patrimoniali³⁷⁸, così come il fatto che il fallito non ritardi la richiesta di dichiarazione di fallimento, nell'ottica del rispetto delle regole sulla ragionevole durata del processo che assumono valore costituzionale alla luce del disposto dell'art. 111 Cost.³⁷⁹.

D'altro canto, potrebbe portare ad una valutazione negativa l'esistenza di una documentazione nella quale si evidenzia una conoscenza dello stato di insolvenza del debitore in un momento di molto anteriore rispetto alla richiesta (a maggior ragione se proveniente dai creditori) della dichiarazione di fallimento³⁸⁰.

La concessione del beneficio, quindi, presuppone una valutazione complessiva di affidabilità del comportamento del fallito, che pone questa valutazione in una relazione che potrebbe definirsi causale³⁸¹.

Questa breve indagine sul contenuto del giudizio di meritevolezza consente ora, come corollario, una riflessione sulla disciplina del concordato e sulle conseguenze a cui porta la diversità di disciplina.

L'effetto che consegue dalla disciplina degli artt. 142 e ss. è concretamente il medesimo che i creditori subiscono nel caso in cui la

³⁷⁶ Panzani, *Commento sub art 142-145*, cit. 2111.

³⁷⁷ Paluchowski, Pajardi, *Manuale di diritto fallimentare*, cit. 731.

³⁷⁸ Santoro, *Commento sub art. 143*, cit. 860.

³⁷⁹ Paluchowski, Pajardi, *Manuale di diritto fallimentare*, ult. cit. 731.

³⁸⁰ Santoro, *Commento sub art. 143*, cit. 860.

³⁸¹ Tribunale di Vicenza, decr. 16 Novembre 2006 in *Il fallimento*, IV, 2009, 457.

procedura termini con l'omologazione di un concordato fallimentare; nonostante questo però le due discipline si differenziano quanto a presupposti e requisiti.

Per ciò che riguarda il concordato fallimentare non viene richiesto il requisito della meritevolezza del fallito e quindi non ci troviamo di fronte alla medesima ipotesi impeditiva dell'art. 143³⁸². È possibile quindi che un imprenditore concretamente non meritevole possa ottenere il beneficio della liberazione dai debiti residui attraverso l'approvazione di un concordato fallimentare.

Anche per ciò che concerne il concordato preventivo la situazione non è diversa: la finalità prospettata dall'istituto è quella di mantenere in vita l'attività d'impresa, indipendentemente dal fatto che l'imprenditore sia persona onesta o meno³⁸³. In aggiunta a ciò si deve tenere anche presente che nel sistema concordatario i creditori hanno voce in capitolo sia mediante il diritto di voto alla proposta di concordato, sia mediante la possibilità di opporsi all'omologazione dello stesso. In conclusione quindi si rileva come, a fronte del medesimo risultato liberatorio per il debitore, i presupposti per ottenerlo siano di molto divergenti e più accessibili mediante l'applicazione della disciplina concordataria.

7. Audizione di curatore e del comitato dei creditori

Il curatore e il comitato dei creditori sono chiamati in questa fase a rendere un parere non vincolante. La sola finalità a cui è ordinato questo intervento è di tipo integrativo rispetto al materiale probatorio di cui il tribunale può disporre³⁸⁴.

Con riferimento a questo aspetto della fase istruttoria, si pongono due tipi di problematiche, in qualche modo collegate tra loro e che consistono nell'individuazione delle conseguenze che derivano da un lato dalla

³⁸² Frascaroli Santi, *L'esdebitazione del fallito: un premio per il fallito o un'esigenza di mercato?* cit., 40.

³⁸³ Paluchowski Pajardi, *Manuale di diritto fallimentare*, ult. cit., 811.

³⁸⁴ Norelli, *L'esdebitazione del fallito*, cit., 18.

mancata audizione di tali organi e dall'altro, dalla situazione che si viene a creare qualora il beneficio esdebitatorio venga richiesto nell'anno successivo alla chiusura del fallimento, quando gli organi suddetti hanno cessato le loro funzioni.

Quanto alla prima questione, secondo alcuni la mancata audizione comporta la nullità del provvedimento³⁸⁵, fatta valere mediante il reclamo e senza che possa conseguire dallo stesso una rimessione al primo giudice³⁸⁶. C'è chi afferma infatti che il curatore e il comitato dei creditori siano litisconsorti necessari³⁸⁷ del giudizio di esdebitazione³⁸⁸ e perciò secondo questa ricostruzione la loro audizione è necessaria, ancorché il dato normativo, nel quale non è prevista la necessità di notificazione del ricorso a detti organi, militi in altro senso.

Si potrebbe applicare in questo caso la disciplina dell'art. 41 che consente la sostituzione alle funzioni dei detti organi da parte del giudice delegato, il quale, nell'ipotesi di contemporaneità della richiesta di esdebitazione alla chiusura del fallimento non dovrebbe quindi essere parte del collegio giudicante³⁸⁹.

Secondo altri invece, l'assenza del parere rilasciato da uno o da entrambi gli organi dovrebbe essere sostituita da un'indagine d'ufficio del giudice sul fascicolo fallimentare³⁹⁰. La tesi si basa sul fatto che il fallito avrebbe diritto ad ottenere il beneficio in presenza dei presupposti esplicitati nel più volte menzionato art. 142, sottolineando quindi la mancanza di necessità del detto parere.

Letteralmente, però, la disciplina procedimentale sembra porre sullo stesso piano non solo l'esistenza dei requisiti dell'articolo precedente, ma anche l'analisi del comportamento del fallito e l'audizione degli organi, al

³⁸⁵ Ossia del decreto con cui viene concessa l'esdebitazione.

³⁸⁶ Quasi testualmente Norelli, *L'esdebitazione del fallito*, cit. 18.

³⁸⁷ Questa figura di litisconsorte necessario deve probabilmente essere ricondotta all'ipotesi di litisconsorzio necessario per ragioni di opportunità, data la menzione espressa dei soggetti nella disposizione normativa. Non si ritiene, dato il ruolo esercitato dal curatore e dal comitato dei creditori nel procedimento di esdebitazione, che essi ricoprano la posizione di sostituti processuali.

³⁸⁸ Santoro, *Commento sub art. 143*, cit., 859.

³⁸⁹ Ghia, *L'esdebitazione*, cit., 194.

³⁹⁰ Ambrosini, *L'esdebitazione del fallito fra problemi interpretativi e dubbi di incostituzionalità*, cit., 132.

fine di individuare le prerogative per la concessione del beneficio. Da questo dato, quindi, si dovrebbe considerare necessario l'intervento del curatore e del comitato. Non sembra peraltro inconcepibile, in una prospettiva *de iure condendo*, ipotizzare che gli organi chiamati a pronunciarsi possano emettere una relazione riguardo la meritevolezza del fallito già nel rendiconto della gestione, o nell'ambito del riparto finale³⁹¹.

Per ciò che concerne invece la seconda problematica, collegata ai tempi del procedimento, si avrebbe una straordinaria ipotesi di ultrattività degli organi stessi, in deroga al disposto dell'art. 120 per cui "con la chiusura [...] decadono gli organi preposti al fallimento"³⁹². Il tribunale, comunque costretto a provvedere, dovrebbe quindi o esimersi da tale audizione³⁹³, oppure acquisire i pareri necessari, richiamando i detti organi a pronunciarsi³⁹⁴.

³⁹¹ Ghia, *L'esdebitazione*, cit., 194. Lo stesso autore ricorda comunque le difficoltà che, nella realtà operativa, può avere l'audizione degli organi, soprattutto con riferimento al comitato dei creditori: sono pochi infatti, i creditori che accettano di fare parte di tale organo, sia per le responsabilità che questo incarico implica (responsabilità dei sindaci ex art. 2407 c.c.), sia, specialmente in procedure dove manca quasi del tutto l'attivo, per i costi di mandato a professionisti esterni.

³⁹² Norelli, *L'esdebitazione del fallito*, cit. 18.

³⁹³ Norelli, *L'esdebitazione*, cit. 271.

³⁹⁴ Ghia, *L'esdebitazione*, cit., 195.

CAPITOLO QUARTO

IL PROVVEDIMENTO DI ESDEBITAZIONE: EFFETTI E VICENDE IMPUGNATORIE

1. La decisione: forma, contenuto ed efficacia temporale del provvedimento

Il provvedimento emesso dal giudice al termine del procedimento di esdebitazione ha la forma del decreto che, sulla base delle regole generali, dovrà essere succintamente motivato. Nonostante questa forma e il fatto che il provvedimento sia emanato all'esito di un procedimento di tipo camerale, la pronuncia, tanto di rigetto quanto di accoglimento, è idonea a formare giudicato sostanziale ex art. 2909 c.c.. Fatte salve le ipotesi di revocazione di cui all'art. 395 c.p.c., il beneficio, una volta concesso, non potrà più essere revocato: il provvedimento, quindi, si sottrarrebbe alla regola della modifica e revocabilità in ogni tempo di cui all'art. 742 c.p.c., prevista per i riti camerale³⁹⁵.

Il provvedimento sarà di accoglimento qualora sussistano i presupposti di cui all'art. 142 e qualora il comportamento del fallito sia stato meritevole e collaborativo; invece, il rigetto interverrà nell'ipotesi in cui questi requisiti vengano a mancare³⁹⁶. Anche il provvedimento di rigetto, così come quello di accoglimento, è idoneo alla produzione del giudicato (sia formale che sostanziale), quindi, se non viene impugnato, preclude irrimediabilmente la possibilità che l'esdebitazione sia concessa a quel debitore, relativamente a quella procedura di fallimento. Infatti, anche il provvedimento di rigetto ha contenuto decisorio e quindi, mancando una previsione espressa in tal

³⁹⁵ Norelli, *L'esdebitazione del fallito a seguito del decreto correttivo della riforma fallimentare*, cit. 197.

³⁹⁶ Non è escluso che, nel caso di rigetto, il tribunale condanni il debitore al pagamento delle spese processuali ex art. 91 c.p.c.; in sede di reclamo potrà essere condannato al pagamento delle spese anche il creditore o qualsiasi altro interessato che si sia infondatamente opposto. Santoro, *Commento sub art 143*, 860.

senso, non si ritiene condivisibile l'opinione di chi³⁹⁷ sostiene che non sia preclusa, in caso di rigetto, la riproposizione della domanda, purché sia rispettato il termine di un anno dalla chiusura del fallimento, e purché la domanda si basi su una nuova documentazione³⁹⁸.

Il provvedimento in esame è di tipo costitutivo poiché in virtù di esso i debiti preesistenti sono dichiarati "inesigibili" e comporta quindi una modificazione definitiva della situazione giuridica preesistente³⁹⁹. Quanto al significato di inesigibilità, si discute in dottrina sul fatto che essa comporti o meno l'estinzione dei debiti cui la pronuncia si riferisce.

Secondo alcuni autori, si tratterebbe di una nuova forma di estinzione delle obbligazioni che si porrebbe in deroga ai principi civilistici per i quali non rileva, ai fini dell'estinzione, l'impossibilità soggettiva del debitore: infatti, questi rimane obbligato salvo che il creditore presti il consenso per la liberazione⁴⁰⁰.

³⁹⁷ Santoro, *Commento sub art. 143*, cit., 860. L'autore non ritiene sufficiente a contrastare la propria teoria, l'obiezione che fa riferimento alla possibilità di reclamo del provvedimento, in quanto il termine di proposizione dello stesso è troppo breve nella prospettiva di *favor debitoris* che caratterizzerebbe l'istituto.

³⁹⁸ Norelli, *L'esdebitazione del fallito*, cit., 47.

³⁹⁹ Non deve quindi fuorviare la lettera della norma che prevede che il tribunale "dichiara inesigibili" i crediti: l'espressione risulta atecnica poiché, in realtà, il provvedimento "produce uno *status* nuovo per i crediti insoddisfatti [...], non si comprende perché si sia utilizzato il termine dichiarare, che presuppone l'accertamento di una situazione pregressa già esistente" Paluchowski, Pajardi, *Manuale di diritto fallimentare*, cit., 735. L'effetto del provvedimento è lo stesso previsto nel caso del concordato fallimentare che incide anche sui creditori dissenzienti e, come per il concordato, si deve escludere che l'esdebitazione comporti la remissione o la rinuncia dell'obbligazione da parte dei creditori. La differenza è che, nel caso del concordato l'effetto è subordinato all'approvazione della maggioranza dei creditori, mentre l'esdebitazione viene concessa sul presupposto che il fallito abbia tenuto un comportamento meritevole e che tutto l'attivo sia stato ripartito; sul punto vedi Frascaroli Santi, *L'esdebitazione del fallito: un premio per il fallito o un'esigenza di mercato?* cit. 37, 47. A tal proposito Panzani, *Commento sub art. 143* cit., 2114 precisa che, mentre nelle ipotesi di concordato "l'obbligazione originaria non è novata, ma ad essa accede l'impegno del creditore di non chiedere più della percentuale promessa, nell'esdebitazione l'obbligazione è già stata soddisfatta parzialmente in sede di liquidazione concorsuale e per la differenza risulta inesigibile.

⁴⁰⁰ Sul punto si veda anche C. cost. ord. 13/04/1994 n. 140. La deroga ai principi civilistici fa riferimento nello specifico agli artt. 1218, 1221, 1236, 1256, 1268, 1272, 1273 c.c.; questa tesi è sostenuta da Norelli, *L'esdebitazione del fallito*, cit. 18; in senso conforme si veda anche Costantino, *L'esdebitazione*, cit., 210 secondo il quale "la situazione appare analoga all'estinzione di un diritto, pur giuridicamente accertato con provvedimento non più impugnabile nelle forme ordinarie, per effetto di un fatto estintivo sopravvenuto"; Vitalone, *Il diritto processuale del fallimento*, Torino, 2008, 353, per il quale si avrebbe in questa ipotesi un'integrazione delle disposizioni di cui agli artt. 1230 e ss. c.c.

Come già rilevato in merito al problema della legittimazione passiva, nel procedimento di esdebitazione manca, invece, qualunque forma di consenso dei creditori e l'istituto si basa prevalentemente sul comportamento del debitore. Detta teoria non collide con la disposizione di cui all'art. 117 quinto comma in base alla quale, se trascorsi cinque anni dal deposito delle somme destinate a creditori che non si sono presentati o si sono resi irreperibili, tali somme non sono riscosse dagli aventi diritto, si dà luogo ad una ripartizione delle medesime nei confronti dei creditori rimasti insoddisfatti che ne abbiano fatto richiesta, anche se è intervenuta l'esdebitazione. Infatti, in questo caso siamo in presenza di un eccezionale effetto ultrattivo dell'ammissione al passivo e non di una sopravvivenza dell'obbligazione cui tali crediti si riferiscono⁴⁰¹. Inoltre viene riscontrato che l'effetto esdebitatorio non sarebbe un effetto meramente processuale in base al quale verrebbe meno solo la possibilità per i creditori di esperire azioni per ottenere il pagamento del debito⁴⁰².

È tramite un'analogia con la disciplina concordataria, che viene sostenuta la teoria dell'estinzione dell'obbligazione e si qualificano gli effetti del decreto di esdebitazione come effetti di tipo sostanziale che quindi fanno venir meno, completamente, la pretesa creditoria⁴⁰³.

In senso contrario si pone quella dottrina che ritiene che, per effetto del provvedimento esdebitatorio, l'obbligazione non si estingua ma degradi semplicemente a obbligazione naturale, essendo preclusa al creditore la soddisfazione delle proprie ragioni. A sostegno di questa tesi viene posta la modifica normativa intervenuta durante i lavori preparatori del d.lgs. 5/2006: infatti nella prima bozza relativa al testo dell'art. 143 si parlava di "estinzione" dei debiti concorsuali non soddisfatti integralmente, mentre nel testo finale si parla di inesigibilità. La modifica secondo alcuni autori

⁴⁰¹ Norelli, *L'esdebitazione del fallito*, cit. 39. Norelli non esclude comunque la possibilità che per la parte estinta dell'obbligazione non possa residuare un'obbligazione naturale.

⁴⁰² Sopravvivrebbe in questo caso solo un'obbligazione naturale del debitore. Frascaroli Santi, *L'esdebitazione del fallito: un premio per il fallito o un'esigenza di mercato?*, cit. 47.

⁴⁰³ Frascaroli Santi, *L'esdebitazione del fallito: un premio per il fallito o un'esigenza di mercato?*, cit. 47.

non sarebbe casuale, ma corrisponderebbe alla disciplina civilistica che qualifica come inesigibile l'obbligazione naturale⁴⁰⁴.

Secondo questa impostazione, l'obbligazione non si estingue: al creditore è precluso il soddisfacimento delle proprie ragioni e il credito è degradato a pretesa morale; il debitore diviene obbligato naturale e dunque, nonostante l'esdebitazione, potrebbe adempiere spontaneamente alle proprie obbligazioni e a questo punto quanto è stato prestato non potrà più essere ripetuto sulla base del disposto dall'art. 2034 c.c.⁴⁰⁵.

Ci sembra più corretta questa ricostruzione che legge i rapporti tra esdebitazione e pagamento dell'obbligazione negli stessi termini in cui si ha pagamento di un'obbligazione naturale⁴⁰⁶. Detto altrimenti, l'esdebitazione non estinguerebbe l'obbligazione, al pari degli altri effetti estintivi disciplinati dal codice, ma la renderebbe inesigibile. Così che l'eventuale pagamento – dopo il verificarsi dell'esdebitazione – dovrebbe considerarsi quale pagamento di un'obbligazione naturale, e perciò diventerebbe irripetibile⁴⁰⁷.

A sostegno di questa tesi può richiamarsi come strumento di paragone la disciplina prevista nel caso di pagamento del debito eccedente la percentuale concordataria. Non c'è dubbio che il concordato lasci sopravvivere un dovere morale di adempiere in capo al debitore e

⁴⁰⁴ Art. 2034 c.c. sul punto vedi Santoro, *Commento sub art. 143*, cit. 858.

⁴⁰⁵ Santoro, *la riforma della legge fallimentare*, cit. 858; a sostegno di questa tesi vedi anche Cavalli, *Gli effetti del fallimento*, cit. 109.

⁴⁰⁶ Per quanto attiene alle obbligazioni naturali la prestazione posta in essere dal debitore rinvierebbe ad un rapporto preesistente costituito sulla falsariga di un'obbligazione: all'origine della prestazione si colloca un impulso morale che conferisce validità alla prestazione. La prestazione che costituisce oggetto dell'obbligazione naturale e alla quale vengono ricondotti gli effetti della *soluti retentio* dell'art. 2034 è un negozio a causa esterna (doveri morali o sociali), traslativo e libero da specifici oneri di forma quanto alle modalità di esternazione del volere così come gratuito "quanto alla ripartizione degli oneri economici cui pone capo. Nivarra, voce *Obbligazione naturale*, in *Digesto delle discipline privatistiche sez. civile*, XII, 366.

Si tratta di una fattispecie per così dire complessa il cui effetto consiste nell'irripetibilità di quanto prestato ed è caratterizzata dalla contemporanea presenza di più elementi: l'esistenza di un dovere morale e sociale al quale viene data esecuzione spontanea da parte di un soggetto capace. Affinché l'effetto della *soluti retentio* si produca, non è sufficiente la preesistenza di un dovere morale o sociale, occorrendo altresì l'adempimento spontaneo. Balestra, *Le obbligazioni naturali nel pensiero di Michele Giorgianni*, in *Rivista trimestrale di diritto processuale civile*, 2008, II.

⁴⁰⁷ Nel caso che ci occupa il pagamento avrebbe lo stesso effetto di quello di una obbligazione prescritta. Nivarra, voce *Obbligazione naturale*, cit., 366.

l'impossibilità di ripetere quanto pagato in virtù di tale dovere veniva sostenuta anche nella vigenza della vecchia legge fallimentare⁴⁰⁸. Il fatto che siano fatti salvi i diritti vantati dai creditori verso coobbligati del fallito presupporrebbe, in linea con il carattere accessorio della garanzia, che il debito principale sia ancora in vita, seppur sprovvisto di azione: in quest'ottica si produrrebbe solo un "vincolo di natura procedurale sull'elemento della coercibilità"⁴⁰⁹.

Al di là dell'interpretazione sul concetto di inesigibilità, l'effetto esdebitatorio non va comunque ad incidere sulla responsabilità patrimoniale: non siamo in presenza di una deroga all'art. 2740 c.c. in quanto per i crediti dichiarati inesigibili, proprio perché tali, non può configurarsi un inadempimento di cui il debitore debba rispondere. Invece per i debiti esclusi dal beneficio e per quelli non concorsuali, il debitore mantiene la propria responsabilità⁴¹⁰.

C'è comunque chi dissente da questa tesi, sostenendo che l'esdebitazione "non costituisce altro che una forma di limitazione della responsabilità patrimoniale"⁴¹¹: osservando la situazione in un momento anteriore rispetto al procedimento di esdebitazione, ci si può rendere conto che il debitore sa già che potrà perdere, al massimo, i beni esistenti al momento della dichiarazione di fallimento e quelli acquistati durante la procedura, ma non di più; infatti, beneficiando della liberazione dai debiti residui, conserverà quello che viene definito "capitale umano", cioè i redditi futuri⁴¹².

Gli effetti del provvedimento di esdebitazione non possono prodursi finché è pendente il termine per proporre reclamo: quindi, per esigenze di stabilità, l'efficacia del provvedimento viene ricondotta al momento di formazione del giudicato formale. Trattandosi di un provvedimento con effetti costitutivi, questi non possono essere equiparati all'esecuzione di una sentenza, perciò questa interpretazione non contrasta con la lettera

⁴⁰⁸ Balestra, *Le obbligazioni naturali*, Milano, 2004, 248.

⁴⁰⁹ Balestra, *Le obbligazioni naturali*, cit., 249.

⁴¹⁰ Norelli, *L'esdebitazione del fallito*, cit. 19.

⁴¹¹ Castagnola, *L'esdebitazione del fallito*, cit. 457.

⁴¹² Castagnola, *L'esdebitazione del fallito*, cit., 457.

dell'art. 26 secondo il quale "il reclamo non sospende l'esecuzione del provvedimento"⁴¹³.

In realtà, qualora l'esdebitazione venga pronunciata con il decreto di chiusura del fallimento, l'efficacia dei due provvedimenti non potrà che essere collocata in momenti temporali diversi: infatti, l'esdebitazione presuppone la chiusura del fallimento e quindi, finché sono pendenti i termini per l'impugnazione del decreto di chiusura, l'esdebitazione non sarà efficace⁴¹⁴. In ogni caso, anche in pendenza dei termini per l'impugnazione del decreto di chiusura, o nell'ipotesi in cui questo sia stato impugnato, i creditori non potranno comunque far valere le loro pretese, non perché opera il beneficio dell'esdebitazione ma perché, non essendo ancora chiuso il fallimento, rimane operante il divieto di azioni esecutive di cui all'art. 51⁴¹⁵.

Qualora, invece, il procedimento di esdebitazione si svolga nell'anno successivo alla chiusura del fallimento, poiché il beneficio riguarda solamente i "debiti residui", i creditori potrebbero già aver iniziato su di essi le azioni esecutive, o potrebbero aver iniziato un procedimento di condanna per il pagamento dei crediti suddetti.

In tal caso, se è stata proposta domanda di esdebitazione, l'eventuale procedimento di condanna sarà sospeso a norma dell'art. 295 c.p.c.; sempre sulla base di tale disposizione potrebbe essere sospeso anche il procedimento monitorio quanto alla sua fase di opposizione ex art. 645 c.p.c., coltivata dal fallito tornato in *bonis*, avverso il decreto ingiuntivo ottenuto dal creditore. L'ammissione al passivo, pur avendo rilevanza endofallimentare può costituire, al di fuori del fallimento, titolo per ottenere, appunto, un provvedimento monitorio⁴¹⁶. È per questo che sembra plausibile ritenere che il creditore, parzialmente soddisfatto dal fallimento, promuova, al termine della procedura concorsuale un

⁴¹³ Norelli, *L'esdebitazione del fallito*, cit. 22.

⁴¹⁴ Ghia, *L'esdebitazione*, cit., 199.

⁴¹⁵ Ghia, *L'esdebitazione*, cit., 200.

⁴¹⁶ Dopo la riforma del 2006, il quarto comma dell'art. 120 stabilisce che " il decreto o la sentenza con la quale il credito è stato ammesso al passivo costituisce prova scritta per gli effetti di cui all'art. 634 del codice di procedura civile". Paluchowsky, Pajardi, *Manuale di diritto fallimentare*, ult. cit., 523.

procedimento ingiuntivo (molto più rapido di un procedimento ordinario) per ottenere un titolo esecutivo con il quale iniziare l'esecuzione forzata sui beni del fallito tornato in *bonis*, ed è proprio rispetto a questo procedimento che troverebbe applicazione la sospensione per pregiudizialità.

Se, invece, il creditore, munito di un titolo autonomo rispetto al fallimento, ha aperto un procedimento esecutivo, sarà possibile promuovere un'opposizione all'esecuzione ex art. 615 c.p.c., giungendo quindi alla sospensione a norma dell'art. 624 c.p.c.

Nel momento in cui il decreto che si pronuncia sull'esdebitazione diviene efficace, il beneficio opererà sul piano processuale tramite il meccanismo dell'eccezione: di fronte, per esempio, ad un'azione di un creditore concorsuale, relativa alla parte di credito residua, potrà essere eccepita l'esdebitazione come fatto sopravvenuto che rende inesigibile il credito. L'esdebitazione non andrebbe ad incidere "sul contenuto giuridico del titolo esecutivo del creditore se questo vi è già, ma costituirebbe un fatto estintivo dell'esecutività dello stesso"⁴¹⁷.

L'ultima notazione, dal punto di vista delle questioni temporali dell'efficacia del provvedimento, riguarda la pendenza di un procedimento penale per i reati di bancarotta fraudolenta, reati contro l'economia pubblica, l'industria, il commercio e altri delitti compiuti in connessione con l'esercizio dell'attività d'impresa (cioè reati ostativi alla concessione del beneficio ex art.142 n. 6). In questi casi il tribunale fallimentare dovrà sospendere il procedimento fino all'esito di quello penale, quindi la liberazione del debitore potrà avvenire in un termine anche di molto superiore all'anno⁴¹⁸.

⁴¹⁷ Paluchowski Pajardi, *Manuale di diritto fallimentare*, ult. cit. 736: un esempio in tal senso potrebbe essere quello di una cambiale protestata.

⁴¹⁸ Santoro, *Commento sub art. 143*, cit., 859. In senso conforme Paluchowski Pajardi, *Manuale di diritto fallimentare*, ult. cit. 735.

2. Ambito soggettivo di applicazione del provvedimento: il debitore e i coobbligati

L'effetto esdebitatorio si produce solo nei confronti del debitore: secondo la disposizione dell'art. 142 quarto comma, sono fatti salvi i diritti dei creditori nei confronti dei coobbligati, dei fideiussori del debitore e degli obbligati in via di regresso, senza tralasciare l'ipotesi di solidarietà per interesse comune⁴¹⁹. Tali coobbligati non devono essere sentiti dal tribunale e, quali interessati, potrebbero eventualmente intervenire nel procedimento e proporre reclamo, anche se l'effetto esdebitatorio sarà loro noto solamente qualora facciano valere il loro credito di rivalsa, poiché in questo caso il beneficio sarà loro opposto dal fallito⁴²⁰.

Gli obbligati in via di regresso, ai quali ci si riferisce nel disposto dell'art. 142 quarto comma, sono il girante e qualsiasi altro debitore cambiario equiparato, così come l'obbligato solidale per interesse comune. Il terzo datore di ipoteca, invece, non assumendo obblighi personali non andrebbe ricompreso nel novero della disposizione⁴²¹: infatti, il pegno e l'ipoteca, quali garanzie reali del credito, vengono meno con l'estinzione del credito stesso e ciò, in applicazione delle norme generali, cui la disciplina fallimentare non importa alcuna deroga⁴²². Nel caso in cui il creditore abbia fatto valere la propria garanzia reale prima che l'esdebitazione sia pronunciata, promuovendo l'espropriazione del bene, si ritiene che l'effetto liberatorio non gli possa essere opposto dal terzo datore⁴²³. È possibile infatti che il creditore faccia valere la garanzia, poiché il divieto di azioni esecutive ex art. 51 riguarda solo i beni compresi nel fallimento e non anche i beni di terzi⁴²⁴.

⁴¹⁹ La stessa formulazione si ritrova in materia di concordato negli artt. 135 e 184. Anche in questo caso si deroga al contrario alla disciplina degli artt. 1239 e 1301 c.c. Panzani, *Commento sub artt. 142- 145*, cit., 2108.

⁴²⁰ Costantino, *L'esdebitazione*, cit., 211.

⁴²¹ Santoro, *Commento sub art. 143*, cit. 853.

⁴²² Art. 2078 c.c.; Norelli, *L'esdebitazione del fallito*, cit. 19;

⁴²³ La garanzia del creditore è salva dal momento del pignoramento ex artt. 602, 555 e ss. c.p.c. Norelli, *L'esdebitazione del fallito*, cit. 19.

⁴²⁴ Norelli, *L'esdebitazione del fallito*, cit. 19.

Un altro aspetto che riguarda l'ambito di applicazione degli effetti dell'esdebitazione concerne i soci illimitatamente responsabili di società e, in particolare in questo contesto, la loro considerazione come coobbligati *ex lege*⁴²⁵. La giurisprudenza ha sostenuto che il socio "risponde col proprio patrimonio di debiti che non possono dirsi a lui estranei, in quanto derivanti dall'esercizio dell'attività comune al cui svolgimento ha partecipato direttamente"⁴²⁶. Lo stesso sarebbe addirittura tenuto a contribuire con somme aggiuntive rispetto a quelle corrispondenti al suo conferimento iniziale. In tal modo l'autonomia della società sarebbe, nella sostanza, secondaria, a causa del riferimento immediato alle persone dei soci. Per questo il socio non dovrebbe considerarsi come fideiussore della società, e ciò consente di qualificarlo come soggetto che può beneficiare della liberazione dei debiti⁴²⁷.

I fideiussori e i coobbligati (così come appena identificati) rimarranno, quindi, obbligati al pagamento del debito senza possibilità di regresso nei confronti del debitore, se non, chiaramente, per i debiti esclusi e secondo le regole ordinarie⁴²⁸.

Sarebbe possibile, secondo alcuni autori, solamente una ripetizione in moneta fallimentare⁴²⁹: l'affermazione appare paradossale in quanto l'esdebitazione opera alla chiusura della procedura fallimentare e per i debiti residui.

Comunque, l'unica ipotesi in cui il coobbligato può agire in via di regresso è quando ha pagato interamente il creditore nel corso della procedura; di certo comunque non potrà agire alla chiusura della stessa un quanto opera l'esdebitazione⁴³⁰.

⁴²⁵ Sull'ammissione al beneficio dell'esdebitazione vedi anche il *Capitolo 2*.

⁴²⁶ Panzani *Commento sub art. 143*, cit., 2108.

⁴²⁷ Le affermazioni esposte non valgono per il socio accomandatario di società in accomandita per azioni, per la previsione espressa dell'art. 147. Infatti, si tratta di società di capitali e pertanto di organismo dotato di personalità giuridica, che comporta la totale separazione della società dalle persone dei soci.

⁴²⁸ Disciplina *ex art. 1299, 1949 e ss. c.c.*; Norelli, *L'esdebitazione del fallito*, cit. 19; dello stesso avviso Costantino, *L'esdebitazione*, cit. 211.

⁴²⁹ Santoro, *commento sub art. 143*, cit. 853.

⁴³⁰ Qualora il creditore avesse agito nel corso della procedura nei confronti del coobbligato e questo avesse pagato solamente una parte del debito, non potrebbe agire in via di regresso per la preclusione di cui all'art. 61; non potrebbe agire in via di

Secondo altri, questa possibilità di regresso esisterebbe, tuttavia farebbe sorgere un problema interpretativo circa la corretta collocazione del credito del fideiussore, che potrebbe essere collocato prima, ovvero in un momento successivo rispetto alla chiusura del fallimento: infatti, se il credito fosse anteriore alla chiusura, subirebbe anch'esso la falcidia esdebitatoria in quanto credito concorsuale mentre, nel caso in cui fosse posteriore, sarebbe esigibile per intero. I dubbi in merito alla collocazione del credito vantato dai condebitori e coobbligati sono strettamente connessi al dibattito sull'ammissibilità al passivo del fideiussore del fallito⁴³¹.

3. Segue: l'ammissione al passivo dei fideiussori e coobbligati

Il dibattito dottrinale e giurisprudenziale intorno a questo tema è stato accompagnato da alcune pronunce della Corte di Cassazione già, in passato, espressasi favorevolmente in merito all'ammissione al passivo dei coobbligati per il loro credito di regresso, anche qualora non fossero stati ancora escussi⁴³². Secondo questa esegesi il credito di regresso dovrebbe essere assimilato ad un credito condizionato e, per tale via, ammesso al passivo con riserva⁴³³. Questa opinione non era comunque

regresso naturalmente neanche quando il creditore nel corso della procedura non abbia fatto valere la sua pretesa nei confronti del coobbligato. Alla chiusura del fallimento, per effetto dell'esdebitazione il debitore sarebbe interamente liberato perciò il fideiussore non potrebbe esercitare alcun regresso.

⁴³¹ Castagnola, *L'esdebitazione del fallito*, cit. 454.

⁴³² Cass. 18 luglio 1978 n. 3439, Cass. 12 luglio 1990 n. 7222.

⁴³³ Qualora fosse mancata la richiesta di ammissione al passivo con riserva, il credito di rivalsa del fideiussore non avrebbe potuto essere soddisfatto. Questa impostazione portava a conseguenze assurde e inique. Era infatti possibile l'ammissione al passivo con riserva del fideiussore che non era ancora stato escusso, mentre si escludeva dalla partecipazione il credito del coobbligato che avesse già adempiuto: il credito di regresso non sarebbe stato ammissibile secondo le modalità ordinarie, in quanto credito sorto successivamente, e quindi non ammissibile sulla base del principio di cristallizzazione dello stato passivo. Tale credito non avrebbe potuto essere ammesso neppure con riserva poiché non sussistono le condizioni della riserva, una volta che il fideiussore ha pagato il credito garantito. Cataldo, *L'ammissione al passivo del credito di regresso del fideiussore verso il fallito*, in *Il Fallimento*, 2008, V, 543.

unanimente accolta in dottrina. Si replicava che i crediti di regresso di fideiussori non escussi non potrebbero considerarsi crediti condizionati nel senso tecnico del termine. Inoltre si riteneva che, se il legislatore avesse voluto assimilare ai crediti condizionati crediti che nella realtà non lo erano, lo avrebbe fatto espressamente⁴³⁴.

Chi concordava con la tesi della Cassazione sosteneva invece che il rapporto fideiussorio fosse costituito da un duplice contenuto: un obbligo di garanzia che sarebbe consistito nell'esporsi al rischio delle azioni creditorie, e uno di pagamento, che si sarebbe formato nell'ipotesi di inadempimento del debitore principale. Su questa duplicità si baserebbe la distinzione tra diritto di regresso, che si fonda sull'assunzione della garanzia fideiussoria e giustificerebbe l'insinuazione al passivo del fideiussore anche prima del pagamento, e l'azione di regresso che è eventuale poiché sorge solo nel caso di inadempimento del debitore e, pertanto, si impone la riserva qualora il fideiussore venga ammesso al passivo⁴³⁵. Questa appena descritta, rappresenta una delle prime proposte risolutive della giurisprudenza al fine di superare il problema dell'ammissione al passivo dei coobbligati.

Per interpretare correttamente le successive pronunce della Cassazione è necessaria una breve delucidazione sulla differenza che intercorre tra l'azione di regresso e l'azione surrogatoria, entrambe esercitabili dal fideiussore: l'azione di regresso ha contenuti più ampi di quella di surrogazione poiché comprende anche le spese e gli interessi maturati sul credito del fideiussore. Invece, poiché l'azione surrogatoria non muta il *quantum* del credito, per la giurisprudenza è sempre esercitabile all'interno del fallimento⁴³⁶. L'indirizzo dottrinale prevalente ritiene che al

⁴³⁴ Tribunale di Genova, 4 marzo 1992 con nota di Millozza in *Il fallimento*, 1992, IX, 955, 958.

⁴³⁵ Tribunale di Genova 4 marzo 1992 in *Il fallimento*, IX, 1992 con nota di Millozza.

⁴³⁶ È chiaro che questa affermazione va temperata, poiché è comunque necessario analizzare il rapporto che intercorre tra il fideiussore e il fallito. L'azione surrogatoria sarebbe comunque esercitabile, ma sarebbe sottoposta ad un'eccezione, relativa appunto ai rapporti interni, per esempio, laddove fosse stato convenuto, nella stipulazione della garanzia, che il fideiussore mantenesse a proprio carico il pagamento verso il creditore, senza rivalersi sull'obbligato principale. Cataldo, *L'ammissione al passivo del credito di regresso del fideiussore verso il fallito*, cit., 544.

fideiussore spettino entrambe le azioni distintamente, poiché la surrogazione e il regresso sono disciplinati in due norme distinte⁴³⁷. Il regresso sorge a titolo originario in capo al fideiussore; invece, la surrogazione dà luogo al sub-ingresso del fideiussore nella posizione creditoria. Il cumulo delle azioni risulterebbe utile qualora il debito principale fosse assistito da garanzie specifiche: “il fideiussore potrebbe, in tal caso, far valere la surrogazione nel diritto e nelle garanzie spettanti al creditore e inoltre esperire l’azione di regresso per la parte eccedente”, avendo quest’ultima contenuto più ampio⁴³⁸.

Tra gli interventi che si riferiscono ai concetti appena esposti meritano di essere ricordate sicuramente le sentenze 11 settembre 2007 n. 19097 e la sentenza 12 ottobre 2007 n. 21430. Nella prima pronuncia la Cassazione afferma che “il credito sorto antecedentemente e azionato in via di surroga ha natura concorsuale, in quanto essendo già insinuato al passivo per opera del creditore principale, continua ad essere insinuato per iniziativa del fideiussore surrogatosi, [...] a nulla rilevando la successione di diverso soggetto nella sua titolarità; né tale successione è di pregiudizio ai creditori concorrenti ovvero viola il principio di cristallizzazione della massa passiva posto che nel concorso nulla viene a modificarsi, soltanto subentrando nella titolarità di un credito insinuato, nel suo ammontare originario, un creditore ad un altro”⁴³⁹.

In questa sentenza viene confermato l’orientamento precedente, favorevole all’ammissione al passivo del credito dei coobbligati, qualora il creditore sia stato interamente soddisfatto. La motivazione si fonda sulla disciplina dell’art. 1949 c.c. per la quale il fideiussore che ha adempiuto è surrogato nei diritti del creditore.

⁴³⁷ La dottrina minoritaria ritiene che la concessione di due azioni distinte porterebbe ad un’anomalia, poiché il fideiussore potrebbe esperire due azioni con il medesimo oggetto. Secondo questa teoria il regresso sarebbe assorbito nella surrogazione poiché rappresenterebbe “il potere di valersi verso il debitore degli effetti surrogatori conseguenti al pagamento”. Petti, *surrogazione e regresso nel fideiussore nel fallimento*, in *Il fallimento*, 2008, VI, 650.

⁴³⁸ Petti, *surrogazione e regresso nel fideiussore nel fallimento*, in *Il fallimento*, 2008, VI, 650.

⁴³⁹ Cassazione civile Sez. I, 11 settembre 2007- Pres. Proto, in *Il fallimento*, 2008, V, 539.

La regola contenuta nella sentenza n. 19097 è quella per cui al fideiussore è negata l'ammissione al passivo per il suo credito di regresso, consentendo invece la surrogazione, e muove dal convincimento che non possano ammettersi al passivo nuovi crediti, per evitare un pregiudizio verso gli altri creditori⁴⁴⁰.

Diviene irrilevante, per gli altri creditori ammessi al passivo, se allo stato passivo si sia insinuato il credito principale ovvero quello del fideiussore: infatti, la regola per la quale il regresso del fideiussore comprende anche gli interessi legali, non sarà applicabile nella fase di ammissione al passivo, a causa della cessazione del corso degli interessi disposta dall'art. 55⁴⁴¹.

A tutelare la posizione degli altri creditori ammessi al passivo soccorre anche il principio della cristallizzazione della massa passiva, per il quale "si assume che soltanto i crediti sorti prima della dichiarazione di fallimento possono concorrere alla formazione dello stato passivo", ha la funzione di tutelare i creditori preesistenti al fallimento dal concorso con creditori successivi sopravvenuti per il compimento, da parte del fallito, di atti che autorizzassero altri soggetti a partecipare alla distribuzione dell'attivo fallimentare. Del resto, questa sarebbe l'unica interpretazione compatibile con il principio di difesa di cui all'art. 24 Cost., che interverrebbe qualora il principio dovesse interpretarsi come trattamento favorevole per i creditori anteriori: questo trattamento favorevole potrebbe essere dedotto dal fatto che i beni sopravvenuti vengono attratti nell'attivo fallimentare. Perciò, se questi beni fossero destinati a soddisfare solo i creditori insinuati, oltre al fatto che quelli che hanno un credito sorto successivamente, anche se legato a fatti relativi alla gestione dell'impresa fallita, non possono insinuarsi al passivo (poiché si assume che la cristallizzazione impedisce la partecipazione dei creditori sopravvenuti), si

⁴⁴⁰ La motivazione deve essere connessa anche alla regola di cui all'art. 55 che porta alla cessazione del corso degli interessi, per la quale quindi il regresso non potrebbe essere esercitato per intero. Cataldo, *L'ammissione al passivo del credito di regresso del fideiussore verso il fallito*, cit., 545.

⁴⁴¹ Cataldo, *L'ammissione al passivo del credito di regresso del fideiussore verso il fallito*, cit., 545.

realizzerebbe una privazione della tutela nei confronti dei crediti sopravvenuti⁴⁴².

Anche nella successiva sentenza (la n. 21430 del 12 ottobre 2007), la Suprema corte ammette che il fideiussore possa esercitare solamente l'azione surrogatoria e non quella di regresso poiché, come affermato poco sopra, la surroga comporta "un mutamento meramente soggettivo nella persona del creditore, senza incidere sulla quantità e qualità del credito" e, proprio per questo, l'insinuazione al passivo del fideiussore non collide con il principio di cristallizzazione dei crediti⁴⁴³.

La Cassazione si è pronunciata nuovamente sul tema dell'ammissione al passivo dei coobbligati e fideiussori, con la sentenza 17 gennaio 2008 n. 903 e, alla luce di quest'ultima pronuncia, si stabilisce che "il credito di regresso del fideiussore che abbia pagato integralmente il creditore dopo la dichiarazione del fallimento del debitore principale ha natura concorsuale in quanto, oltre a trarre origine da un atto giuridico anteriore all'apertura della procedura fallimentare, esclude dal concorso, con effetto surrogatorio, il credito estinto e può quindi essere esercitato dal *solvens*, nei limiti imposti dalle regole inderogabili del concorso, anche quando questi non abbia chiesto e ottenuto in precedenza l'insinuazione al passivo con riserva, ex art. 55 l. fall., della propria pretesa di rivalsa". Sulla base di questa nuova pronuncia, quindi, non è più necessaria, per il riconoscimento del credito, la preventiva insinuazione tempestiva al passivo da parte del coobbligato tramite l'ammissione con riserva, richiamata nella prima serie di pronunce. Viene quindi meno l'effetto prenotativo e la condizione sufficiente per l'ammissione è l'avvenuta escussione⁴⁴⁴.

Con questa sentenza, si superano gli orientamenti precedenti: sia quello per il quale è ammesso solo l'esercizio dell'azione di surrogazione, da

⁴⁴² Cataldo, *L'ammissione al passivo del credito di regresso del fideiussore verso il fallito*, cit., 545, 548.

⁴⁴³ Cassazione civile, Sez. I, 12 ottobre 2007- Pres. De Masis, in *Il fallimento*, 2008, VI, 647.

⁴⁴⁴ Agosti, *Escussione del fideiussore e modalità di ammissione allo stato passivo del debitore fallito. Conseguenze alla luce dei recenti interventi giurisprudenziali*, in *Il diritto fallimentare e delle società commerciali*, III-IV, 2010.

parte del fideiussore⁴⁴⁵, sia quello per cui, prima di adempiere, il coobbligato dovrà insinuarsi al passivo con riserva, per poter partecipare alla ripartizione dell'attivo, alla quale sarà definitivamente ammesso solo ove abbia pagato interamente il creditore⁴⁴⁶.

Con questa sentenza la Corte interpreta in maniera più ampia il concetto della cristallizzazione dei crediti e, in questo modo, arriva a qualificare come crediti concorsuali anche qualche credito sorto successivamente alla dichiarazione di fallimento, come, appunto, quello di regresso⁴⁴⁷.

Secondo la Corte, la *ratio* che sta alla base del principio di cristallizzazione è rispettata anche se il fatto costitutivo della situazione da cui deriva l'obbligazione sia anteriore al fallimento, mentre il credito sorga in un momento successivo⁴⁴⁸. Se la pronuncia della Corte portasse davvero all'ammissione al passivo del credito di regresso, nella misura in cui, tale credito, si fonda su un rapporto tra il coobbligato e il debitore principale, questa sentenza porterebbe ad un'innovazione sostanziale nel dibattito sull'ammissione al passivo del fideiussore.

A ben vedere, però, il discrimine derivante dall'antiorità del rapporto giuridico dal quale trae origine il diritto di regresso, non costituirebbe la vera motivazione della Corte, nell'ammissione del credito di regresso. Infatti, la vera *ratio* sottostante la decisione può essere compresa solo avendo riguardo al contenuto che la Corte attribuisce al del diritto di regresso: la possibilità del fideiussore di soddisfare la propria pretesa discende espressamente dalla disposizione di cui all'art. 61 secondo comma, che legittima il regresso quando il creditore sia stato integralmente soddisfatto⁴⁴⁹.

⁴⁴⁵ Sent. 21430/2007.

⁴⁴⁶ Sent. 3439/1978; Sent. 7222/1990.

⁴⁴⁷ Fici, *Sull'ammissibilità al passivo del credito di regresso del fideiussore adempiente dopo il fallimento del debitore garantito*, in *Il Fallimento*, 2008, VIII, 932.

⁴⁴⁸ È questo ciò che avviene per il pagamento del fideiussore poiché il suo credito è sorto anteriormente, con la nascita dell'obbligazione di garanzia. Fici, *Sull'ammissibilità al passivo del credito di regresso del fideiussore adempiente dopo il fallimento del debitore garantito*, cit., 392.

⁴⁴⁹ "In presenza di una norma che ammette il regresso dei pagamenti dei coobbligati successivi al fallimento, perde forza [...] il riferimento alla non concorsualità del credito per escluderne la possibilità di ammissione al passivo in forma diversa da quella

In questo modo, cadrebbe ogni dubbio e con ciò anche ogni discussione, sull'ammissione del regresso al passivo fallimentare e, di conseguenza, perderebbe valore anche qualunque discussione circa il momento della nascita del credito e il suo coordinamento con il principio di cristallizzazione.

Tuttavia, addentrandosi maggiormente nei ragionamenti della Cassazione, si nota come il contenuto del regresso da essa considerato, non si risolva che nel diritto di surrogazione: la Corte afferma infatti che “ il creditore di regresso sostituisce in pratica nella massa passiva quello del creditore comune e dunque l'azione di regresso è in sostanza un'azione di surrogazione”, per cui “il diritto di regresso non porta alcun incremento illegittimo del passivo dato che alla collocazione sul ricavato del regresso corrisponde l'esclusione del diritto al riparto del creditore originario, per un importo equivalente o superiore”⁴⁵⁰.

La sentenza 903/2008 sarebbe stata certamente più innovativa qualora avesse portato avanti tutte le conseguenze derivanti dalla tesi di ammissione del diritto di regresso del coobbligato.

Rimane certamente apprezzabile, comunque, per il fatto che si oppone all'orientamento per il quale l'ammissione al passivo del fideiussore non escusso fosse possibile solo con riserva, supportando principalmente l'obiezione per cui l'ammissione con riserva di un credito concorsuale è un'ipotesi contraddittoria: Se si ritiene che il credito del fideiussore non sia concorsuale, non dovrebbe essere ammesso al passivo, nemmeno con riserva; se invece il credito fosse concorsuale l'ammissione con riserva non sarebbe necessaria per il suo pagamento⁴⁵¹.

Per tornare al problema principale per il quale abbiamo proposto questo approfondimento, ovvero il dubbio sulla possibilità che i coobbligati o fideiussori (i quali nonostante la concessione della esdebitazione restano obbligati nei confronti dei creditori) possano agire in via di regresso: la

condizionata”. Fici, *Sull'ammissibilità al passivo del credito di regresso del fideiussore adempiente dopo il fallimento del debitore garantito*, cit., 933.

⁴⁵⁰ Fici, *Sull'ammissibilità al passivo del credito di regresso del fideiussore adempiente dopo il fallimento del debitore garantito*, cit., 935.

⁴⁵¹ Fici, *Sull'ammissibilità al passivo del credito di regresso del fideiussore adempiente dopo il fallimento del debitore garantito*, cit., 937.

risposta a tale quesito dipendeva, appunto dall'ammissibilità o meno del credito di regresso al passivo.

Dall'approfondimento in tema di ammissione al passivo dei coobbligati possiamo concludere che per il contenuto del credito principale questi soggetti sono ammessi al passivo, poiché si considera che, seppure il credito sia sorto in un momento posteriore all'apertura del fallimento (e pertanto non potrebbe considerarsi concorsuale) deriva da un fatto costitutivo anteriore, al quale ci si riferisce per consentire l'ammissione al passivo. Dall'ammissione al passivo del credito del fideiussore, possiamo dedurre che allo stesso sia riconosciuta natura concorsuale e che, pertanto, tale credito sia soggetto ad esdebitazione.

La situazione per cui, sulla base del disposto dell'art. 142, i creditori possano agire nei confronti dell'intera categoria dei coobbligati (così come definita nel paragrafo precedente) e che questi ultimi non possano poi agire in regresso nei confronti del debitore, oltre al fatto che, stando alle disposizioni processuali, non è prevista la loro partecipazione al giudizio sulla esdebitazione, fa sorgere qualche dubbio circa la legittimità costituzionale della disposizione. Infatti, potrebbe considerarsi violato il loro diritto di difesa, e ciò in contrasto con l'art. 24 Cost., se si pensa che tali coobbligati, subirebbero gli effetti della esdebitazione in modo forse più grave dei creditori, senza poter essere a conoscenza, né tanto meno partecipare al relativo procedimento.

4. Gli effetti del provvedimento nei confronti dei creditori

L'effetto del provvedimento di esdebitazione si estende, per ciò che riguarda i creditori, non solo a quelli che si sono insinuati al passivo, ma anche ai creditori concorsuali non concorrenti, che, pur avendo un credito anteriore al fallimento, non si sono insinuati al passivo.

Rispetto a questi soggetti l'art. 144 dispone che "il decreto di accoglimento della domanda di esdebitazione produce effetti [...] per la sola eccedenza alla percentuale attribuita nel concorso ai creditori di pari grado". La

disposizione è certamente stata costruita sulla base del principio che permea l'intera materia fallimentare, ovvero quello della *par condicio creditorum* e, nella Relazione ministeriale, si specifica che "tale soluzione evita che i creditori possano essere disincentivati, in presenza di una possibile esdebitazione da parte del fallito, ad insinuarsi nella procedura fallimentare"⁴⁵². Per questi creditori non è rilevante la ragione per cui non si sono insinuati al passivo, quindi l'effetto potrebbe coinvolgere anche creditori che non erano a conoscenza del fallimento⁴⁵³.

Prima di analizzare la portata dell'effetto esdebitatorio previsto dall'art. 144, è necessario tentare di colmare la lacuna della disciplina positiva: infatti, l'art. 144 fa riferimento ai soli creditori che non si sono insinuati al passivo, senza nominare i creditori che hanno fatto domanda di ammissione, ma sono stati esclusi, quelli che non hanno ancora ottenuto un provvedimento definitivo a causa della pendenza dei termini per l'opposizione ex art. 98, ovvero coloro che hanno proposto domande tardive al momento della chiusura del fallimento. Questa lacuna normativa va colmata facendo riferimento al disposto dell'art. 96 e quindi al fatto che i provvedimenti di ammissione al passivo hanno efficacia meramente endoconcorsuale; pertanto, poiché l'esdebitazione ha una portata al di fuori del fallimento, la posizione di coloro la cui domanda è stata rigettata va equiparata a quella dei creditori che non hanno presentato la domanda⁴⁵⁴.

Sarebbe infatti curioso che proprio coloro che vantano un credito che non è stato provato, possano farlo valere integralmente nei confronti del debitore fallito, mentre coloro che sono stati regolarmente ammessi al passivo debbano subire la falcidia esdebitatoria⁴⁵⁵.

⁴⁵² Norelli, *L'esdebitazione del fallito*, cit. 20.

⁴⁵³ Anche in questo caso si può riconoscere un'analogia con la disciplina del concordato fallimentare per la quale la giurisprudenza ha affermato che il concordato è obbligatorio per tutti i creditori che hanno causa anteriore al fallimento anche qualora avessero ignorato le vicende del fallimento. Norelli, *L'esdebitazione del fallito*, cit., 46.

⁴⁵⁴ Norelli, *L'esdebitazione del fallito*, cit., 21. In senso conforme anche Castagnola, *L'esdebitazione*, cit. 453.

⁴⁵⁵ Castagnola, *L'esdebitazione*, cit., 454.

Poiché l'esdebitazione riguarda solamente i creditori concorsuali, i suoi effetti non incidono né sui crediti sorti dopo l'apertura della procedura, né su quelli prededucibili, ossia quelli "così qualificati da una specifica disposizione di legge e quelli sorti in occasione o in funzione delle procedure concorsuali" di cui alla legge fallimentare (art. 111 secondo comma)⁴⁵⁶. Questi crediti devono essere soddisfatti con preferenza rispetto agli altri, con le somme ottenute tramite la liquidazione dell'attivo⁴⁵⁷.

Per queste tipologie di crediti resta valida la disposizione dell'art. 120 e, pertanto, i creditori possono agire nei confronti del debitore per ottenere il pagamento dell'intera somma loro dovuta. Secondo parte della dottrina, l'art. 120 opererebbe anche per i crediti sorti dopo la dichiarazione di fallimento, che non dovrebbero essere svantaggiati dalla chiusura della procedura con annesso provvedimento di esdebitazione. Le conseguenze, per tali crediti, discendono dal fatto che questi non sono ammessi a partecipare al concorso⁴⁵⁸.

La previsione dell'art. 144 va ora coordinata con la struttura del procedimento: si ritiene che ciascun creditore debba ricomprendersi nella nozione di "qualunque interessato" in merito alla legittimazione al reclamo, pertanto, poiché anch'essi subiscono in parte l'effetto esdebitatorio, tale legittimazione dovrebbe estendersi anche ai creditori che non hanno proposto alcuna domanda di ammissione al passivo. Per loro il termine per la proposizione del reclamo inizierà a decorrere dal momento in cui vengono a conoscenza del provvedimento di esdebitazione⁴⁵⁹.

⁴⁵⁶ Non pare errato cogliere l'analogia con la disciplina del concordato fallimentare rispetto al quale la giurisprudenza ha affermato che l'eventuale giudicato di condanna al pagamento di un credito, ottenuto da un creditore non insinuatosi, posteriormente all'omologazione del concordato, non prevale sull'omologazione, quanto al carattere inderogabile degli effetti della stessa. L'esistenza del concordato potrà pertanto essere fatta valere anche in sede di esecuzione. Ragionando in questo modo, anche i creditori che hanno agito dopo la chiusura del fallimento ottenendo una condanna per l'intero credito passata in giudicato dovrebbero subire l'effetto dell'esdebitazione. Anche questo sarebbe un aspetto del principio della *par condicio creditorum*. Frascaroli Santi, *L'esdebitazione del fallito: un premio per il fallito o un'esigenza di mercato?* cit. 49. Al contrario Panzani, *Commento sub art. 142- 145*, cit., 2117.

⁴⁵⁷ Norelli, *L'esdebitazione del fallito*, cit., 21.

⁴⁵⁸ Santoro, *Commento sub art. 143*, cit., 862.

⁴⁵⁹ Costantino, *L'esdebitazione*, cit. 209.

Un po' più complessa è la giustificazione relativa alla legittimazione dei creditori la cui domanda di ammissione al passivo sia stata respinta. Tuttavia, poiché anche per essi vale comunque l'effetto esdebitatorio, si ritiene che abbiano la possibilità di interloquire in questo procedimento "opponendo i loro provvedimenti resi in sede di verifica: essi sono stati esclusi dal concorso, ma possono comunque far valere il loro diritto in altra sede"⁴⁶⁰.

Chiariti quali sono i soggetti i cui crediti sono incisi dal provvedimento esdebitatorio e per quali creditori, invece, è applicabile la disciplina dell'art. 144, è ora necessario analizzare il contenuto di quest'ultima. Come già accennato poco sopra, i creditori concorsuali non concorrenti possono proporre azione, alla chiusura del fallimento, solo per la parte di credito che avrebbero potuto percepire all'interno della procedura, attraverso la ripartizione dell'attivo. Per il residuo del credito opererà invece l'esdebitazione.

La prima formulazione dell'art. 144, risalente al d. lgs. 5/2006, prevedeva che per questi creditori l'esdebitazione operasse per il residuo "rispetto a quanto i creditori avrebbero avuto diritto di percepire nel concorso". Questa disposizione aveva creato qualche problema interpretativo poiché un riparto virtuale *ex post* sarebbe stato nella realtà impossibile, per la difficoltà di individuazione di tutti i creditori concorsuali (aggravata dalla mancanza di un accertamento endoconcorsuale dei crediti non insinuati), in quanto non si sarebbe potuto sapere quali di questi creditori si sarebbero insinuati e con quale grado⁴⁶¹.

Inoltre, pur compiendo queste complicate operazioni, sarebbe potuto risultare, nella realtà dei fatti, che un creditore non insinuato avrebbe potuto percepire meno di quanto avessero realmente percepito i creditori di pari grado e, per questo creditore, l'effetto esdebitatorio avrebbe operato in misura maggiore, con la conseguente violazione della *par*

⁴⁶⁰ Costantino, *L'esdebitazione*, cit. 210.

⁴⁶¹ Per la presenza ad esempio di cause legittime di prelazione. Norelli, *L'esdebitazione del fallito*, cit. 20.

*condicio*⁴⁶². Oltre a ciò, nel caso in cui dal riparto virtuale risultasse che il creditore realmente non insinuato non avrebbe percepito nulla, a causa della partecipazione di altri, non sarebbe più verificato il presupposto ai fini della esdebitazione, secondo il quale è necessario che “siano stati soddisfatti almeno in parte i creditori concorsuali” di cui all’art. 142 secondo comma⁴⁶³. Per questi inconvenienti pratici che si sarebbero potuti sollevare, la dottrina proponeva come soluzione quella di fare riferimento, per quantificare l’effetto esdebitatorio dei creditori concorsuali non concorrenti, alla quota percepita, nel riparto reale, dai creditori di pari grado⁴⁶⁴.

La soluzione è stata accolta dal legislatore che con il decreto correttivo del 2007 ne ha positivizzato il contenuto, prevedendo appunto che “l’esdebitazione opera per la sola eccedenza alla percentuale attribuita nel concorso ai creditori di pari grado”⁴⁶⁵.

La disciplina dell’art. 144, così come disciplinata, non trova comunque un consenso unanime: infatti, per alcuni autori, sarebbe stato forse più corretto che i creditori non concorsuali subissero l’effetto esdebitatorio per l’intero credito. Nell’ottica del *favor debitoris* che permea l’istituto, non pare coerente che il debitore debba restare obbligato per debiti di impresa non confluiti nel fallimento. Questi creditori, non partecipando al concorso, hanno in realtà mantenuto un credito maggiore della quota che avrebbero ottenuto insinuandosi al passivo⁴⁶⁶.

5. La rinuncia all’esdebitazione

Il silenzio del legislatore sulla possibilità di rinunciare al beneficio dell’esdebitazione non consente di affermare con certezza se la rinuncia

⁴⁶² Norelli, *L’esdebitazione del fallito*, cit. 21.

⁴⁶³ Norelli, *L’esdebitazione del fallito*, cit. 21.

⁴⁶⁴ Norelli, *L’esdebitazione del fallito*, cit. 21.

⁴⁶⁵ Nella Relazione ministeriale si sottolinea che la *ratio* della modifica è quella di introdurre “una regola più equilibrata e di agevole e uniforme applicazione circa il trattamento da farsi ai creditori concorsuali non concorrenti” in www.ilcaso.it.

⁴⁶⁶ Vitalone, *Il diritto processuale del fallimento*, cit. 353.

sia possibile, sempre o solo in qualche ipotesi, ovvero se non sia consentita in alcun caso⁴⁶⁷.

La rinuncia al diritto è costruita dalla dottrina come l'atto essenzialmente unilaterale con cui il titolare del medesimo se ne spoglia volontariamente; è irrilevante che la rinuncia possa o meno portare ad un acquisto a favore di terzi.

Naturalmente, per poter procedere alla rinuncia è necessario che il soggetto sia titolare del diritto e che possa disporne: la rinuncia, infatti, può operare solo rispetto a diritti che al momento stesso della rinuncia si trovano nella disponibilità del rinunciante⁴⁶⁸.

Si tratta di un atto valido per la sola volontà del soggetto che rinuncia e questo consente di escluderne la natura negoziale, che emerge solo laddove sia previsto un corrispettivo (da intendere come controprestazione in senso lato) per la rinuncia stessa⁴⁶⁹.

Normalmente tale atto è irrevocabile e il principio di irrevocabilità si fonda sul disposto dell'art. 1990 c.c. in tema di promessa al pubblico⁴⁷⁰; non manca, comunque, chi sostiene che l'irrevocabilità della promessa derivi dalla non recettività dell'istituto stesso, che quindi ha un effetto immediatamente estintivo del diritto, sin dal momento della dichiarazione da parte del titolare⁴⁷¹.

Nella maggior parte dei casi la rinuncia provoca, nel contempo, l'estinzione del diritto del rinunciante e l'immediato acquisto dello stesso diritto da parte di terzi: la modifica della situazione che si crea con la rinuncia, pertanto, non opera solo nella sfera giuridica del rinunciante, ma anche rispetto alla posizione di soggetti terzi⁴⁷².

⁴⁶⁷ Norelli, *L'esdebitazione del fallito*, cit. 25; Castagnola, *L'esdebitazione*, cit., 455.

⁴⁶⁸ Sicchiero, voce *Rinuncia* in *Digesto delle discipline privatistiche, sez. civile*, XVII, 658, 659.

⁴⁶⁹ Sicchiero, voce *Rinuncia*, cit. 652, 653.

⁴⁷⁰ Sicchiero, voce *Rinuncia*, cit., 656.

⁴⁷¹ Macioce, *Il negozio di rinuncia nel diritto privato*, Napoli, 1992; Sicchiero, voce *Rinuncia*, cit., 652.

⁴⁷² Sicchiero, voce *Rinuncia*, cit., 656.

In alcuni casi la rinuncia può essere parziale, oppure sottoposta ad una condizione, tranne naturalmente nei casi in cui ciò è espressamente vietato dal legislatore⁴⁷³.

Ciò premesso, c'è da interrogarsi, ora, sull'applicabilità dell'istituto rispetto al beneficio dell'esdebitazione.

Nel silenzio del legislatore, la maggioranza della dottrina ritiene non sia possibile la rinuncia all'esdebitazione né prima che ad essa si possa accedere, né dopo che il provvedimento di esdebitazione sia stato pronunciato⁴⁷⁴.

Si afferma che prima della concessione del beneficio la rinuncia all'esdebitazione non sarebbe ammissibile, perché la natura costitutiva del provvedimento renderebbe l'effetto non esistente sino alla pronuncia⁴⁷⁵.

Quanto alla rinuncia successiva al decreto di esdebitazione, chi guarda alla medesima come ad un effetto estintivo dei debiti esclude sia possibile rinunciarvi dal momento che la concessione dell'esdebitazione avrebbe estinto il debito o comunque lo avrebbe reso inesigibile⁴⁷⁶.

L'unico caso in cui si ammette l'operatività della rinuncia all'esdebitazione è ricondotto all'ipotesi in cui sia stato proposto ricorso per l'esdebitazione ma non sia ancora stato concesso il beneficio⁴⁷⁷.

Certo, se si accede all'idea che l'esdebitazione opera come causa di inesigibilità del credito, si potrebbe affermare che con il pagamento di un credito – che abbia subito l'esdebitazione – il fallito tornato in *bonis* manifesta implicitamente la facoltà di avvalersi di una rinuncia successiva all'esdebitazione, similmente a ciò che accade nel caso in cui – prescrittosi un credito – esso venga ugualmente adempiuto⁴⁷⁸.

⁴⁷³ Così in tema di rinuncia all'eredità ex art. 520 c.c. Sicchiero, voce *Rinuncia*, cit., 656.

⁴⁷⁴ Norelli, *L'esdebitazione del fallito*, cit., 25.

⁴⁷⁵ Si tratterebbe di rinuncia senza oggetto e, pertanto, nulla. Norelli, *L'esdebitazione del fallito*, cit., 25.

⁴⁷⁶ Si tratta qui di un ipotesi che si distingue dal caso di revocazione dell'esdebitazione per la sussistenza di una delle situazioni previste dall'art. 395 c.p.c. Norelli, *L'esdebitazione del fallito*, cit., 26, 49.

⁴⁷⁷ Norelli, *L'esdebitazione del fallito*, cit., 26.

⁴⁷⁸ Questo accostamento dell'esdebitazione – *quoad effectum* – alla prescrizione ci consente di affermare che, come l'eccezione di prescrizione, anche quella di esdebitazione costituisce un'eccezione in senso stretto. Sono note le diverse teorie che la dottrina processualcivile ha sostenuto per individuare i criteri di *discrimen* tra

Può pertanto affermarsi che la possibilità di rinunciare all'esdebitazione dopo che essa sia stata concessa si possa configurare (nei termini di una rinuncia implicita) con il pagamento di un credito che sia occorso dopo che il fallito tornato in *bonis* abbia ottenuto il provvedimento di esdebitazione.

Un'indagine di diritto comparato dimostra come la rinuncia all'esdebitazione abbia conosciuto risposte differenti nei Paesi in cui l'istituto è da tempo conosciuto. È il caso dell'ordinamento statunitense, per il quale la rinuncia alla *discharge* è addirittura considerata presupposto negativo per la concessione del beneficio. La rinuncia deve essere scritta e sottoscritta dal debitore, per la successiva approvazione ad opera del tribunale: per questa fase di approvazione il tribunale non è legato a nessun criterio di valutazione, a differenza di quanto avviene per la

eccezioni in senso stretto ed eccezioni in senso lato. Sulla base di una prima ricostruzione si ritiene che l'eccezione in senso lato rappresenti la regola e il dato caratterizzante le eccezioni in senso stretto andrebbe individuato nel fatto che queste sarebbero dei fatti estintivi, modificativi o impeditivi "corrispondenti ad una contro-azione". Si tratterebbe di un vero e proprio "contro diritto sostanziale del convenuto (Liebman, *Intorno ai rapporti tra azione ed eccezione*, in *Rivista di diritto processuale*, 1961, 266; Mandrioli, *Diritto processuale civile*, Torino, 2007, 137.) Questa teoria, però, non può essere utilizzata in via generale per identificare le ipotesi di eccezione in senso stretto e ciò in quanto alcune delle ipotesi che certamente rientrano in questa categoria, secondo questo criterio non potrebbero esservi ricomprese. Una di queste è proprio la prescrizione, nella cui disciplina non si può ravvisare un diritto del debitore che la eccepisce, poiché il suo contenuto è meramente negativo: fa riferimento solo all'estinzione del debito e non fa nascere nella sfera giuridica del debitore nessuna situazione attiva (Consolo, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, cit., 257). Seguendo questa ipotesi ricostruttiva i casi in cui potrebbe riconoscersi un'eccezione in senso stretto sarebbero assai limitati ed, in particolare, riguarderebbero solo le ipotesi in cui oggetto dell'eccezione è l'effetto di un potere azionabile in via costitutiva (Consolo, op.ult.cit.).

Una seconda ipotesi ricostruttiva distingue tra eccezioni in senso lato e in senso stretto in base a ciò, che le eccezioni di parte non potrebbero produrre effetto automatico. Tuttavia, anche questa posizione va criticata poiché nei casi che unanimemente vengono fatti rientrare nel novero delle eccezioni in senso stretto ed, in particolare, per la prescrizione, le disposizioni lasciano intendere chiaramente che l'effetto opera automaticamente (Merlin, *Compensazione e processo*, Milano, 1991, 204; Chiarloni (a cura di), *Le riforme del processo civile*, in *Nuove leggi civ.*, 1992, 1; Oriani, voce *Eccezione*, postilla di aggiornamento, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, 2; cfr. anche Consolo, op. ult. cit., 257).

La soluzione da preferire ci sembra quella che individua eccezioni in senso stretto nei casi in cui la disponibilità dell'effetto estintivo modificativo o impeditivo si collochi unilateralmente in capo al soggetto che fa valere l'eccezione. Quindi, per capire se un fatto modificativo estintivo o impeditivo possa essere rilevato d'ufficio dal giudice, bisogna guardare alla struttura sostanziale degli interessi in gioco. Se si accoglie questa ricostruzione, anche l'esdebitazione rientrerebbe nella categoria delle eccezioni in senso stretto.

riaffirmation of debt, istituto di cui si dirà a breve⁴⁷⁹. La rinuncia può intervenire solo dopo l'*order of relief* (dichiarazione di fallimento), cioè dopo la presentazione dell'istanza nei *voluntary case* e *joint case*, e dopo l'emanazione dell'atto di *order of relief* negli *involuntary case*⁴⁸⁰.

Il legislatore statunitense non specifica se la rinuncia debba essere fatta prima della concessione della *discharge* o possa essere fatta anche successivamente, ma il fatto che la rinuncia venga valutata come presupposto, seppur negativo, per la concessione del beneficio, fa propendere per la soluzione che vede una dichiarazione in tal senso, quale atto preventivo⁴⁸¹.

L'effetto della rinuncia alla *discharge* comporta l'obbligo per il debitore di adempiere ai debiti anteriori al fallimento, per la parte non soddisfatta durante la procedura. Una sorta di rinuncia parziale si riscontra nella disciplina della *riaffirmation of debt*: si tratta di una dichiarazione con la quale il fallito rinuncia all'effetto della *discharge* in relazione ad uno o più debiti, senza però rinunciare *tout court* alla liberazione. Pertanto, a seguito dell'accordo di *riaffirmation* il fallito continuerà a rispondere solamente del debito in esso ricompreso, che potrà essere riscosso dal creditore anche coattivamente; per tutti gli altri debiti opererà invece la *discharge*⁴⁸².

La *riaffirmation of debt* in passato veniva qualificata come atto unilaterale; oggi invece deve essere stipulata prima della concessione della *discharge* e deve contenere una dichiarazione precisa con la quale si avverte il debitore che l'accordo può essere rescisso in qualunque tempo, prima

⁴⁷⁹ Castagnola, *La liberazione del fallito (discharge) nel diritto fallimentare statunitense*, cit., 273,274.

⁴⁸⁰ I *voluntary case* sono i casi in cui l'istanza di fallimento proviene dallo stesso debitore; i *joint case* sono quelli in cui il procedimento riguarda congiuntamente due coniugi e, in questo caso, l'istanza deve provenire da entrambi; gli *involuntary case*, infine, sono i casi in cui la dichiarazione di fallimento è fatta dai creditori. nei primi due casi la dichiarazione di fallimento del tribunale coincide temporalmente con la presentazione dell'istanza, mentre nel terzo caso tra la domanda e l'*order of relief* trascorre un lasso di tempo nel quale il tribunale dovrà valutare i presupposti del fallimento. Castagnola, *La liberazione del fallito (discharge) nel diritto fallimentare statunitense*, cit., 166, 167.

⁴⁸¹ Castagnola, *La liberazione del fallito (discharge) nel diritto fallimentare statunitense*, cit.,275.

⁴⁸² Castagnola, *La liberazione del fallito (discharge) nel diritto fallimentare statunitense*, cit.,276 e ss.

della concessione della *discharge*; anche in questo caso è necessaria l'approvazione del tribunale⁴⁸³.

La soluzione statunitense sembrerebbe in linea con la possibilità di rinuncia alla esdebitazione che è stata prospettata da una parte della dottrina e che dovrebbe temporalmente collocarsi tra l'istanza e la pronuncia del tribunale in merito alla concessione del beneficio. Comunque, resta il fatto che il modello statunitense non sarebbe concretamente applicabile, poiché mancano specifiche disposizioni di legge, per la regolamentazione di alcuni aspetti che dovrebbero essere positivizzati, come le eventuali valutazioni che il tribunale dovrebbe compiere in merito alla richiesta di rinuncia sia totale che parziale.

6. La pronuncia d'ufficio

Dal testo dell'art. 143 si può facilmente dedurre che, qualora il beneficio dell'esdebitazione sia disposto entro l'anno dalla chiusura del fallimento, l'iniziativa spetta senz'altro al debitore, il quale potrà ottenere il provvedimento presentando un'istanza al tribunale competente.

Invece, per l'ipotesi in cui la pronuncia sia contestuale al decreto di chiusura del fallimento (che può essere richiesto dal curatore, dal debitore, ovvero può essere disposto d'ufficio), il legislatore tace in merito ai soggetti legittimati a richiedere il provvedimento. Per questo, in dottrina, si è acceso un dibattito sul potere del giudice di pronunciarsi d'ufficio in tema di esdebitazione.

La tesi per la quale sarebbe possibile una pronuncia d'ufficio muove dal seguente rilievo: se si interpreta a contrario la lettera dell'art. 143 si dovrebbe dedurre che, essendo prevista l'istanza di parte solo nel caso di esdebitazione successiva, ove il provvedimento sia contestuale alla

⁴⁸³ Castagnola, *La liberazione del fallito (discharge) nel diritto fallimentare statunitense*, cit., 276 e ss.

chiusura del fallimento, il tribunale potrebbe pronunciarsi anche d'ufficio⁴⁸⁴.

Qualora il decreto di chiusura sia richiesto dal fallito con contestuale richiesta di esdebitazione, il tribunale dovrebbe decidere sulla chiusura, dando conto nella motivazione, anche delle ragioni circa l'accoglimento o il rigetto della domanda di esdebitazione. Invece, nel caso in cui il decreto di chiusura sia richiesto dal curatore o pronunciato d'ufficio, il tribunale potrebbe contestualmente decidere sulla concessione del beneficio esdebitatorio, ma non ne sarà obbligato⁴⁸⁵.

Un altro argomento che viene invocato a supporto di questa tesi è che la possibilità di una pronuncia d'ufficio del giudice non sarebbe incompatibile con le caratteristiche dell'istituto dell'esdebitazione, in quanto, per verificare le condizioni di cui all'art 142 e, in generale, per affrontare il giudizio di meritevolezza del fallito, il tribunale deve basarsi, sostanzialmente sugli atti della procedura fallimentare e sugli elementi forniti dal curatore e dal comitato dei creditori⁴⁸⁶.

Anche tra gli sostenitori della pronuncia d'ufficio c'è comunque chi sottolinea l'incoerenza della disciplina, fino a prospettare una situazione di illegittimità costituzionale: infatti, come già osservato, nel disciplinare la possibilità di reclamo del provvedimento, l'art. 143 fa riferimento al "decreto che provvede sul ricorso". C'è chi sostiene, quindi, che solo nell'ipotesi in cui il provvedimento di esdebitazione sia emesso su istanza del fallito, il decreto sia reclamabile ex art 26 dal debitore stesso, dai creditori non integralmente soddisfatti, dal pubblico ministero e da qualunque interessato. Diversamente, nel caso in cui il decreto fosse pronunciato d'ufficio, in mancanza di una disposizione specifica, dovrebbe escludersi la possibilità di reclamo, creando evidentemente una situazione che si pone in contrasto con l'art. 3 e 24 della Costituzione⁴⁸⁷.

⁴⁸⁴ Scarselli, *L'esdebitazione della nuova legge fallimentare*, cit., 35; così anche Castagnola, *L'esdebitazione*, cit., 451.

⁴⁸⁵ Santoro, *Commento sub art. 143*, cit., 859.

⁴⁸⁶ Frascaroli Santi, *L'esdebitazione del fallito: un premio per il fallito o un'esigenza di mercato?*, cit., 46.

⁴⁸⁷ Scarselli, *L'esdebitazione della nuova legge fallimentare*, cit., 36.

In realtà, nel contesto della nuova procedura fallimentare come disciplinata dalla Novella del 2006, la pronuncia d'ufficio appare fuori luogo se si considera che le decisioni d'ufficio, da parte dell'organo giudicante sono state del tutto eliminate con il d. lgs. 5/2006⁴⁸⁸. Il fatto che l'esdebitazione possa essere pronunciata contestualmente al decreto di chiusura del fallimento, significa che il procedimento di esdebitazione segue le disposizioni contenute nell'art. 119 (che ammette la decreto di chiusura anche d'ufficio). Da questa circostanza però non deve dedursi necessariamente che l'esdebitazione possa essere richiesta dal curatore ovvero pronunciata officiosamente dal tribunale. Perciò, si deve escludere la possibilità che il tribunale si pronunci sull'esdebitazione, in assenza di un'apposita istanza proveniente dal debitore, unico legittimato a richiedere il provvedimento⁴⁸⁹.

A sostegno di questa conclusione può essere richiamato il principio della domanda enunciato nell'art. 99 c.p.c. e riaffermato anche nell'ambito delle disposizioni sul rito camerale: l'art. 737 c.p.c. afferma che “i provvedimenti, che debbono essere pronunciati in camera di consiglio, si chiedono con ricorso [...] salvo che la legge non disponga diversamente” e, nell'ambito dell'esdebitazione, non è prevista alcuna deroga a questo principio⁴⁹⁰.

Altri argomenti, che militano nel senso di limitare l'iniziativa al solo fallito, si ritrovano nell'elencazione dei presupposti per ottenere la liberazione dai debiti residui: l'art 142, comma 1° n. 4 pone come requisito il fatto che il debitore non abbia beneficiato dell'esdebitazione nei dieci anni precedenti “la richiesta”.

Ulteriori accenni in merito si collocano proprio nell'art. 143 e nel successivo art. 144: nel fare riferimento alla possibilità di impugnare il provvedimento, con il quale si concede il beneficio, si menziona il fatto che

⁴⁸⁸ Ne costituisce esempio l'art. 6 l.fall. da cui oggi è stata espunta la possibilità di dichiarare d'ufficio il fallimento. Norelli, *L'esdebitazione del fallito*, cit. 15.

⁴⁸⁹ Panzani, *Commento sub art. 143*, cit., 2110; Costantino, *L'esdebitazione*, cit., 209. Sul punto si ricorda anche che, come già accennato, qualora l'esdebitazione sia concessa in un momento successivo alla chiusura, il debitore è l'unico legittimato a richiederla.

⁴⁹⁰ Norelli, *L'esdebitazione del fallito*, cit. 15.

tale provvedimento è emanato su ricorso; da ciò non dovrebbe dedursi che la richiesta di parte sia limitata solo al caso di esdebitazione non contestuale alla chiusura del fallimento, ma piuttosto che dalla richiesta di parte non si possa prescindere.

Inoltre, nel disciplinare gli effetti del decreto nei confronti dei creditori concorsuali non concorrenti, la norma si riferisce al “decreto di accoglimento della domanda”, con esplicito richiamo ad un atto di parte⁴⁹¹. Per concludere possiamo affermare che solo prospettando la necessità di un’istanza di parte si supererebbero i dubbi di costituzionalità per violazione degli artt. 3 e 24 prospettati in tema di reclamo al decreto del tribunale con il quale l’esdebitazione viene concessa. Inoltre, se si ammettesse un provvedimento d’ufficio contestuale alla chiusura del procedimento, non si comprenderebbe l’utilità della previsione per la quale l’esdebitazione può essere richiesta anche nell’anno successivo alla chiusura del fallimento⁴⁹².

Pertanto, appare opportuno aderire alla tesi per la quale il provvedimento di esdebitazione non può essere concesso che su istanza del debitore stesso⁴⁹³.

7. Profili processuali del reclamo

Il decreto di esdebitazione si impugna con reclamo, secondo il procedimento di cui all’art. 26, al quale l’art. 143 fa espresso rinvio. Il reclamo è l’unico rimedio esperibile tanto nel caso di accoglimento della domanda di esdebitazione, quanto in quello di rigetto⁴⁹⁴.

⁴⁹¹ Norelli, *L’esdebitazione del fallito*, cit. 15.

⁴⁹² Frascaroli Santi, *L’esdebitazione del fallito: un premio per il fallito o un’esigenza di mercato?*, cit., 46.

⁴⁹³ Norelli, *L’esdebitazione del fallito*, cit., 16 ed ivi il rilievo che “un provvedimento giurisdizionale non può essere concesso se non su domanda della parte interessata, ossia del soggetto nella cui sfera il provvedimento è destinato ad incidere favorevolmente, producendo i suoi effetti diretti, salvo che la legge non disponga altrimenti”.

⁴⁹⁴ Norelli, *L’esdebitazione del fallito*, cit., 22.

Si tratta di un rimedio tipicamente impugnatorio, con il quale un giudice di grado superiore può disporre la rimozione del provvedimento di primo grado⁴⁹⁵. Giudice competente è la Corte d'Appello, la cui competenza deriva dal fatto che l'esdebitazione è pronunciata con provvedimento collegiale *ex art. 50-bis c.p.c.*⁴⁹⁶.

Anche il decreto che pronuncia l'esdebitazione contestualmente alla chiusura del fallimento è impugnabile, quanto al capo che statuisce sulla esdebitazione, con reclamo alla Corte d'Appello, così come disciplinato all'art. 26⁴⁹⁷.

Non tutta la dottrina, però, è concorde sul fatto che il reclamo sia un mezzo d'impugnazione generale: chi legittima la pronuncia officiosa sull'esdebitazione denuncia una disparità di trattamento tra il caso in cui il decreto sia pronunciato su istanza e quello in cui questo sia emesso d'ufficio: seguendo un'interpretazione letterale dell'art. 143, nell'ottica della pronuncia d'ufficio, pare che il provvedimento sia reclamabile solamente nell'ipotesi in cui il beneficio dell'esdebitazione sia concesso dal tribunale su istanza di parte. Infatti, l'art. 143 dispone che "contro il decreto che provvede sul ricorso [...] possono proporre reclamo". Il problema qui sollevato, secondo alcuni, rappresenta una delle principali incongruenze dei profili processuali dell'esdebitazione: la differenziazione prospettata nella norma deriverebbe dal fatto che, nel caso d'istanza di parte, il decreto del tribunale potrebbe essere sia di rigetto che di accoglimento, mentre la pronuncia d'ufficio potrebbe essere solo di accoglimento, posto che "il tribunale non può rigettare qualcosa che nessuno ha chiesto"⁴⁹⁸. Ora, a detta di chi ammette la pronuncia d'ufficio, non sarebbe corretto legittimare il reclamo solo avverso i decreti di rigetto della domanda di esdebitazione, e non anche contro quelli di accoglimento

⁴⁹⁵ Il carattere impugnatorio del reclamo è evidente dal fatto che l'art. 25 prevede l'incompatibilità del giudice delegato a far parte del collegio competente per il reclamo. D'altra parte il reclamo è stato previsto come rimedio generale contro tutti i provvedimenti del tribunale e del giudice delegato. Norelli, *L'esdebitazione del fallito*, cit., 38.

⁴⁹⁶ Scarselli, *L'esdebitazione della nuova legge fallimentare*, cit., 37.

⁴⁹⁷ Castagnola, *L'esdebitazione*, cit., 452. Per un'analisi più ampia del rapporto tra esdebitazione e chiusura del fallimento si veda in questo capitolo il *paragrafo 10*.

⁴⁹⁸ Scarselli, *La esdebitazione della nuova legge fallimentare*, cit., 41.

della stessa: soprattutto i creditori avrebbero interesse a far annullare la decisione che rende definitivamente inesigibili le loro pretese nei confronti del debitore. Infine, si ricorda che la scelta di differenziare il regime di impugnazione era già stata dichiarata incostituzionale in materia di diritto processuale civile, nell'ambito del reclamo avverso i provvedimenti cautelari⁴⁹⁹.

Per superare l'*impasse*, v'è chi sostiene che il reclamo sia in ogni caso proponibile, in quanto non vi sarebbe alcuna ragione per limitare la tutela degli interessati, ove il tribunale abbia provveduto d'ufficio. Tale lettura sarebbe l'unica sistematicamente accettabile senza incorrere in ingiustificate disparità di trattamento⁵⁰⁰.

La legittimazione a proporre reclamo spetta al debitore, ai creditori non integralmente soddisfatti, al pubblico ministero e, in via generale, a qualunque interessato.

Nonostante il richiamo esplicito nell'art. 26, pare corretto escludere dal novero dei legittimati il curatore e il comitato dei creditori, in quanto privi della qualità di parte del giudizio di primo grado, nel quale, come già ricordato in precedenza⁵⁰¹, svolgono una funzione meramente istruttoria⁵⁰². Non manca però chi ritiene che anch'essi debbano essere ricompresi nella categoria di "qualunque interessato", per il solo fatto che il legislatore li ha annoverati tra i soggetti la cui audizione si considera obbligatoria. Il che li metterebbe nella possibilità di proporre reclamo⁵⁰³.

Quanto all'interesse ad impugnare, esso resta individuato in base al principio della soccombenza: sarà solo il debitore a poter impugnare il

⁴⁹⁹ Scarselli, *La esdebitazione della nuova legge fallimentare*, cit., 42.

⁵⁰⁰ Santoro, *Commento sub art. 143*, cit., 861. In ogni caso, accogliendo la tesi che nega la possibilità al tribunale di pronunciarsi d'ufficio sulla liberazione dai debiti residui, queste differenziazioni non emergono. Anche questi problemi interpretativi pertanto, possono essere ricompresi nel novero degli elementi a favore di una pronuncia solo su istanza di parte.

⁵⁰¹ *Capitolo 3, paragrafo 7*.

⁵⁰² Norelli, *L'esdebitazione del fallito*, cit., 23.

⁵⁰³ Panzani, *Commento sub art 142-145*, cit., 2112. Non si comprende, tuttavia, quale sia l'interesse di questi organi a che il debitore ottenga o meno la liberazione dai suoi debiti e, in questo caso, non potrebbe nemmeno farsi riferimento alla tutela di interessi pubblicistici come accade nei confronti del pubblico ministero.

provvedimento di rigetto⁵⁰⁴ mentre quello di accoglimento potrà essere gravato, anzitutto, dai creditori non integralmente soddisfatti. Potranno, comunque, impugnare il provvedimento di accoglimento anche i coobbligati o fideiussori del fallito, ovvero gli obbligati in via di regresso, così come i creditori concorsuali non concorrenti: questi soggetti sono da ricomprendere nella nozione di “qualunque interessato”, ripresa nell’art. 26 secondo comma⁵⁰⁵. Infine, il reclamo potrà essere proposto anche da altri soggetti purché siano legati al fallito da un rapporto giuridico dipendente da quello della esdebitazione e abbiano un interesse all’impugnazione, che non sia di mero fatto⁵⁰⁶. Tuttavia, sembra difficile identificare dei soggetti da ricomprendere in questa categoria, poiché occorre che la liberazione del debitore sia lesiva dei loro diritti e, come risulta dagli effetti del provvedimento, questo non incide che sui crediti non integralmente soddisfatti⁵⁰⁷.

Al terzo comma, poi, si fa riferimento anche alla legittimazione al reclamo del pubblico ministero: nel leggere tale disposizione facendo riferimento all’istituto esdebitatorio, può sorgere qualche dubbio, poiché la liberazione dai debiti residui mette in gioco solo interessi patrimoniali individuali, e non posizioni generali di interesse pubblicistico. Per questo, si può interpretare la partecipazione del Pubblico ministero al secondo grado di giudizio, nel senso che costui si porrebbe come garante della “legalità”, da intendersi come rispetto del corretto svolgimento del giudizio e della

⁵⁰⁴ L’art. 81 c.p.c. infatti afferma che “Fuori dei casi espressamente previsti dalla legge, nessuno può far valere nel processo in nome proprio un diritto altrui”. Naturalmente il debitore dovrà avere un concreto interesse alla modifica della sua posizione. Vitalone, *L’esdebitazione*, cit., 353. Nella posizione del debitore si collocano anche i creditori successivi e gli eredi o aventi causa del fallito. Santoro, *Commento sub art. 143*, cit., 861. In ogni caso, gli eredi non sono legittimati a richiedere l’esdebitazione e ciò pare in linea con la scomparsa delle implicazioni di ordine morale legate al fallimento. Tuttavia, per ragioni di tipo patrimoniale, gli eredi potrebbero avere interesse a richiedere l’esdebitazione e, guardando a questa prospettiva, non si comprende la loro esclusione dal novero dei legittimati attivi. Frascaroli Santi, *L’esdebitazione del fallito: un premio per il fallito o un’esigenza di mercato*, cit., 47.

⁵⁰⁵ Per quanto riguarda la legittimazione dei coobbligati si veda Panzani, *Commento sub art 142-145*, cit., 2112. Per quanto riguarda i creditori concorsuali non concorrenti: Costantino, *L’esdebitazione*, cit., 209; Cavalli, *Gli effetti del fallimento per il debitore*, cit., 110; Norelli, *L’esdebitazione del fallito*, cit., 23.

⁵⁰⁶ La legittimazione dei soggetti qui menzionati discende dal fatto che la categoria degli “altri interessati” è una categoria aperta. Norelli, *L’esdebitazione del fallito*, cit., 24.

⁵⁰⁷ Panzani, *Commento sub art 142-145*, cit., 2111.

verifica dei presupposti dell'esdebitazione, nonché della legittimità del provvedimento, per evitare possibili abusi nella tutela di un interesse generale⁵⁰⁸.

Quanto alla legittimazione del Pubblico ministero, ci si chiede se questi sia legittimato ad impugnare solo il provvedimento con cui l'esdebitazione venga concessa, ovvero se possa proporre reclamo anche contro il rigetto: c'è chi sostiene che, data la sua funzione di "garante della ritualità", possa impugnare, proprio per perseguire questa finalità, anche il provvedimento di rigetto⁵⁰⁹. In realtà, una simile tesi sembra poco sostenibile nella pratica: è difficile pensare che il pubblico ministero impugni il provvedimento per consentire il rispetto dell'interesse pubblico alla ritualità e il conseguente interesse a che il fallito venga esdebitato, là dove quest'ultimo non è parso interessato a tale decisione, non avendo proposto gravame⁵¹⁰.

8. I termini per il reclamo

Il reclamo deve essere proposto, a pena di decadenza, entro dieci giorni che decorrono (ex art. 26) dalla comunicazione o notificazione del provvedimento, per quanto riguarda il fallito e dall' "esecuzione delle formalità pubblicitarie disposte [...] dal tribunale, se quest'ultimo ha emesso il provvedimento", per gli altri interessati.

Lo stesso rimedio è previsto anche per impugnare il decreto di chiusura: per questo provvedimento l'art. 119 primo comma stabilisce che le formalità pubblicitarie seguono il disposto dell'art. 17. Il decreto di chiusura del fallimento sarà, quindi, annotato nel registro delle imprese del luogo in cui il fallito ha la sede legale e, se la sede effettiva è differente,

⁵⁰⁸ Nella *Relazione ministeriale illustrativa della riforma delle procedure concorsuali* si fa menzione del fatto che vanno evitati "utilizzi impropri della procedura a danno dei creditori", "distorsioni nei comportamenti del debitore insolvente" o "speculazioni dannose per il mercato" (art. 141). Norelli, *L'esdebitazione del fallito*, cit., 23.

⁵⁰⁹ Santoro, *Commento sub art. 143*, cit., 861.

⁵¹⁰ Norelli, *L'esdebitazione del fallito*, cit., 48.

l'annotazione andrà effettuata anche nel registro del luogo in cui la procedura è stata aperta.

In questo caso, appare superfluo che il tribunale disponga le formalità pubblicitarie (poiché il richiamo all'art. 17 è esplicito): qui, pertanto, il termine per il reclamo inizierà a decorrere dall'annotazione di cui sopra, poiché l'art. 17 è norma speciale e per questo derogatoria, rispetto alla norma generale dell'art. 26.

Tale ipotesi, però, non è riproponibile in via generale nell'ambito dell'esdebitazione, perché questo istituto produce effetti diretti sulle posizioni sostanziali dei singoli creditori, senza che prima si debbano compiere delle formalità pubblicitarie⁵¹¹.

Pertanto, in quest'ambito, sulla base di una lettura combinata degli artt. 143 e 26, si ritiene che il termine perentorio di dieci giorni inizi a decorrere, solo per "gli altri interessati" dal compimento delle formalità pubblicitarie disposte dal tribunale e solo nell'ipotesi in cui la chiusura del fallimento non sia contestuale alla pronuncia sulla esdebitazione. Qualora i due provvedimenti siano contestuali, il termine inizierà a decorrere dalla pubblicazione del decreto di chiusura. Per il pubblico ministero dovrà farsi riferimento al disposto dell'art. 740 c.p.c. e, pertanto, il termine per l'impugnazione inizierà a decorrere dalla comunicazione ad opera della cancelleria⁵¹².

I creditori potranno impugnare il provvedimento a partire dalla sua comunicazione o notificazione a cura del fallito, effettuate a norma degli artt. 137 e ss. c.p.c.⁵¹³. Tuttavia, la norma non indica quali siano i destinatari di questa notificazione: sarebbe corretto ritenere che destinatari siano tutti coloro che hanno legittimazione ad impugnare. Questa soluzione, che rende certamente gravoso il compito del debitore,

⁵¹¹ Norelli, *L'esdebitazione del fallito*, cit., 23.

⁵¹² Norelli, *L'esdebitazione del fallito*, cit., 23.

⁵¹³ In caso contrario (Norelli, *L'esdebitazione del fallito*, cit., 23) il loro diritto di difesa verrebbe ulteriormente violato. Inoltre, si ritiene che la notificazione debba essere compiuta dal fallito. Norelli critica successivamente la tesi di Costantino, *L'esdebitazione*, cit., 209 il quale afferma che, per i creditori che non hanno proposto domanda di ammissione al passivo, il termine inizi a decorrere dall'effettiva conoscenza del provvedimento. Norelli ritiene che il termine debba decorrere dallo stesso momento per tutti i creditori "per ragioni di garanzia".

appare comunque l'unica prospettabile, per evitare dubbi di legittimità costituzionale⁵¹⁴. Invece, per il debitore, il termine decorrerà dalla comunicazione del provvedimento ad opera della cancelleria.

Per tutti i legittimati, comunque, non è più possibile proporre reclamo trascorsi novanta giorni dal deposito del provvedimento in cancelleria⁵¹⁵.

La necessità che sia il debitore a dover effettuare la notificazione del provvedimento con cui l'esdebitazione viene concessa potrebbe, in effetti, portare ad una situazione per cui il fallito decida deliberatamente di non notificare il provvedimento e di lasciare trascorrere, senza nessuna comunicazione, i novanta giorni. A questo punto il provvedimento non potrà più essere impugnato dai creditori e l'effetto liberatorio opererà definitivamente. A ben vedere, considerando questa possibilità, sembra risultare ulteriormente lesivo del diritto di difesa dei creditori il mancato obbligo, in capo al debitore, di dare comunicazione del provvedimento⁵¹⁶.

Quanto al rapporto tra il termine breve di dieci giorni e quello lungo di novanta, si guarda alla disciplina generale del processo civile: qualora il termine breve, al quale si fa riferimento quando il provvedimento è stato notificato, pubblicato o comunicato, scadesse in un momento successivo allo spirare del termine lungo (il che potrebbe accadere ad esempio quando la notificazione del provvedimento venisse fatta poco prima dello scadere dei novanta giorni), il reclamo non sarà in ogni caso proponibile allo scadere del termine lungo di novanta giorni⁵¹⁷.

⁵¹⁴ Scarselli, *L'esdebitazione della nuova legge fallimentare*, cit., 38.

⁵¹⁵ La previsione di un termine lungo colma una lacuna lasciata aperta dalla precedente formulazione dell'art. 26. Infatti, il silenzio del legislatore sul punto, aveva portato la giurisprudenza a negare l'applicabilità del termine lungo nei procedimenti di reclamo ex art. 26, in quanto il lasso temporale previsto da questo, avrebbe portato ad un allungamento esagerato dei tempi processuali (in un giudizio che, essendo svolto con rito camerale si fondava invece su esigenze di celerità). La scelta di non ammettere il termine lungo si giustificava sulla base del fatto che questo sarebbe risultato utile solo nell'eventualità in cui la notificazione, in quanto adempimento riservato alla parte, venisse a mancare. Al contrario, in dottrina si osservava che, poiché anche la comunicazione da parte della cancelleria sarebbe potuta mancare, nonostante si trattasse di un adempimento d'ufficio, il termine lungo sarebbe risultato utile. Tiscini, *Commento sub art. 26 in La riforma della legge fallimentare* a cura di Nigro, Sandulli, Torino, 2006, I, 158.

⁵¹⁶ Castagnola, *Introdotta il principio del contraddittorio nel procedimento di esdebitazione successivo a chiusura del fallimento*, cit., 782.

⁵¹⁷ Norelli, *L'esdebitazione del fallito*, cit., 23.

Infine, sempre con riferimento al termine finale, va osservato che la decorrenza di questo termine non opera per i soggetti che non sono stati compresi nel procedimento di esdebitazione. Sulla base dell'art. 327 secondo comma c.p.c. si può affermare che il termine non è applicabile rigorosamente a soggetti che non abbiano avuto conoscenza del procedimento o che non siano stati ammessi a parteciparvi per far valere i propri diritti⁵¹⁸. Nel caso in cui il creditore, che non sia stato sentito, venga a conoscenza del provvedimento solamente mediante l'eccezione del debitore, sollevata nel contesto di un processo di condanna al pagamento del credito o all'interno di un giudizio di esecuzione, potrà proporre immediatamente reclamo avverso il decreto di esdebitazione per rimuoverne l'effetto estintivo⁵¹⁹. Quindi, per questi soggetti, il termine per il reclamo inizierà a decorrere dal momento in cui hanno avuto piena conoscenza dell'atto.

9. Il procedimento di reclamo ex art. 26

Anche il procedimento di reclamo si svolge con rito camerale e la sua disciplina è dettata dal nuovo art. 26, in particolare ai commi VI-IX⁵²⁰.

⁵¹⁸ Panzani, *Commento sub art 142-145*, cit., 2113.

⁵¹⁹ Costantino, *La esdebitazione*, cit., 209.

⁵²⁰ L'art. 26 è stato profondamente novellato dal d. lgs. 5/2006. Il testo originario disciplinava, con molte lacune, il procedimento di reclamo contro gli atti del giudice delegato che era proponibile, entro tre giorni dall'emanazione del decreto, dal curatore, dal comitato dei creditori e dal fallito, ovvero da chiunque ne avesse interesse. Le insufficienze del sistema emersero con l'entrata in vigore della Costituzione, soprattutto rispetto agli art. 3 e 24, e quindi ai principi di uguaglianza e del contraddittorio. I dubbi di costituzionalità furono inizialmente superati facendo riferimento al fatto che il reclamo doveva essere applicato solamente ai decreti amministrativi che quindi non avevano contenuto decisorio. Tuttavia, il problema di illegittimità costituzionale si manifestò ugualmente poiché, nella prassi, il reclamo veniva sempre più utilizzato per impugnazioni contro provvedimenti decisori. Il primo intervento della Consulta dichiarò l'illegittimità della norma nella parte in cui non garantiva in maniera idonea il diritto di difesa, nel giudizio davanti al tribunale (sent. n. 42/1981). Successivamente, si pronunciarono sul tema anche le S.U. della Corte di Cassazione (sent. 9 aprile 1984 n. 2255), che affermarono come la precedente pronuncia della Corte costituzionale non aveva eliminato *tout court* la disposizione dell'art. 26, ma ne aveva semplicemente cancellato alcuni aspetti. Attraverso un intervento interpretativo, le Sezioni Unite descrissero la disciplina modificata prevedendo che: a) il termine di tre giorni andava sostituito con quello di dieci; b) la decorrenza del termine doveva riferirsi al deposito in cancelleria del provvedimento e non più al momento in cui il decreto veniva emesso c) si

Così come riformata, la norma introduce un procedimento endoconcorsuale di controllo di merito, contro tutti i provvedimenti del tribunale: ciò, in linea con la centralità e la generalità del ruolo che tale organo svolge nel fallimento, rispecchia l'obiettivo della riforma fallimentare di redistribuzione delle competenze tra gli organi⁵²¹. Questo nuovo sistema consente di filtrare l'utilizzo dell'impugnazione straordinaria in Cassazione ex art. 111 comma 7 Cost.: il ricorso straordinario, però, non viene del tutto eliminato, in quanto, contro la pronuncia della Corte d'Appello resa sul reclamo, resta pur sempre possibile⁵²².

Per quanto concerne le formalità richieste nel procedimento, come abbiamo già avuto modo di spiegare precedentemente⁵²³, il termine per proporre reclamo decorre dalla "comunicazione o notificazione del provvedimento". Questo riferimento, contenuto nell'art. 26 terzo comma, non va trascurato, nel senso che con questa dicitura, pare che il legislatore abbia voluto porre in essere un'alternativa tra le due forme di

imposero al giudice il rispetto delle garanzie del contraddittorio e del giusto processo, nonché l'obbligo di motivazione del provvedimento.

Con successivi interventi la disciplina venne generalizzata ed estesa a tutti i provvedimenti a contenuto decisorio emessi dal giudice delegato. Per questo, al termine di questa prima fase di modifiche, era necessaria la distinzione tra pronunce aventi contenuto decisorio (per le quali doveva applicarsi la disciplina rinnovata) e quelle con contenuto amministrativo (per le quali, invece, restava applicabile la disciplina originaria). Questo era il quadro generale su cui è intervenuto il d. lgs. 5 /2006. Tiscini, *Commento sub art. 26 in La riforma della legge fallimentare*, cit., 152.

⁵²¹ Nella versione originaria il reclamo era previsto solo avverso i provvedimenti del giudice delegato, quindi l'impugnazione contro i provvedimenti del tribunale era consentita solo mediante l'art 111.7 Cost, alla condizione che si trattasse di decreti a contenuto decisorio. Tale disciplina lasciava grandi lacune sia, appunto, per il fatto che i provvedimenti con contenuto non decisorio non potevano essere impugnati nemmeno con questo sistema (oggi invece sono coperti dalla disciplina del reclamo), sia perché il ricorso straordinario in Cassazione è consentito solo per vizi di legittimità, lasciando del tutto priva di tutela la categoria dei vizi di merito. Le lacune erano accentuate dal fatto che il sindacato sulla motivazione poteva riguardare solo la sua inesistenza e non, invece, la sua illogicità. Tiscini, *Commento sub art. 26 in La riforma della legge fallimentare*, cit., 153.

⁵²² Il reclamo alla Corte d'Appello è proponibile anche verso i decreti del tribunale resi nella veste di organo per l'impugnazione dei provvedimenti del giudice delegato. Per questi casi, quindi, si potrebbero attuare ben quattro gradi di giudizio: il primo grado che si concluderà con il provvedimento del giudice delegato, l'impugnazione di questo presso il tribunale, la possibilità di reclamo della pronuncia del tribunale alla Corte d'Appello e, infine, il ricorso in Cassazione, trattandosi di un provvedimento con contenuto decisorio. Tiscini, *Commento sub art. 26 in La riforma della legge fallimentare*, cit., 155.

⁵²³ *Ivi* paragrafo 8.

pubblicità⁵²⁴. Quindi, rispetto al silenzio sul discrimine tra le due alternative prospettate, si ritiene che la scelta debba basarsi semplicemente su un criterio di anteriorità temporale. Altrimenti, non vi sarebbe un riferimento certo al *dies a quo* entro il quale proporre l'impugnazione, così da cadere in una violazione, sia pur non eclatante, di quei principi espressi in giurisprudenza, per i quali è illegittima la norma che non fa luogo ad un momento certo e legalmente conoscibile, da cui far pendere i termini delle impugnazioni⁵²⁵.

Come già accennato, il procedimento è disciplinato direttamente dall'art. 26: ciò comporta che la disciplina generale di cui agli artt. 737 e ss. c.p.c. non sarà più direttamente applicabile, ma svolgerà una funzione solo integrativa e di completamento, nel caso di lacuna dell'art. 26⁵²⁶.

Il contenuto del ricorso è riportato al quinto comma, secondo il quale devono essere indicati nell'atto introduttivo: il tribunale o la Corte d'Appello competente, il giudice delegato e della procedura fallimentare, le generalità del ricorrente e "l'elezione del domicilio in un comune del circondario del tribunale competente; la determinazione dell'oggetto della domanda; l'esposizione dei fatti e degli elementi di diritto su cui si basa il reclamo e le relative conclusioni; l'indicazione specifica, a pena di

⁵²⁴ Infatti, in altre situazioni, il legislatore aveva espresso una propensione per l'una o l'altra forma di pubblicità: così, ad esempio, proprio nella disciplina del reclamo contro i provvedimenti resi con rito camerale (di cui all'art. 739 c.p.c.) nel quale si distingue l'ipotesi in cui il provvedimento sia dato nei confronti di una sola parte, ovvero nei confronti di una pluralità di soggetti. Tiscini, *Commento sub art. 26 in La riforma della legge fallimentare*, cit., 156.

⁵²⁵ Anche Scarselli, *L'esdebitazione della nuova legge fallimentare*, cit., 41, ha sollevato questa problematica, ipotizzando una situazione di illegittimità costituzionale. Peraltro, la Corte costituzionale si era già espressa, anche in materia fallimentare sul punto, sostenendo in alcune sentenze che fossero illegittime le previsioni circa termini perentori, legati a momenti incerti e "non legalmente conosciuti". Il termine di novanta giorni dal deposito del provvedimento in cancelleria non sembra del tutto conforme rispetto a questi principi. Ad esempio nella Sentenza n. 151/1980, la Corte dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 18 della legge fallimentare, in quanto lesivo del diritto di difesa, garantito all'art. 24 della Costituzione. La disposizione veniva ritenuta illegittima nella parte in cui "indica nella data dell'affissione il *dies a quo* per proporre avverso la sentenza di fallimento l'opposizione del solo debitore e non di interessato diverso".

⁵²⁶ Tiscini, *Commento sub art. 26 in La riforma della legge fallimentare*, cit., 158. La giurisprudenza aveva in passato guardato alla disciplina processualcivile per adattare il regime del reclamo ai principi del giusto processo.

decadenza, dei mezzi di prova di cui il ricorrente intende valersi e dei documenti prodotti”.

Rispetto all’indicazione circa i mezzi di prova, la previsione di decadenza è indice della volontà del legislatore di creare un regime di preclusioni piuttosto rigido, per rispondere, anche in questo caso, ad esigenze di celerità del procedimento. Il rito camerale, però, stride con previsioni relative ai ritmi processuali rigidamente marcati da un sistema preclusivo: infatti, questo rito si caratterizza per la sua rapidità e agilità ed è orientato a “rispondere alle esigenze concrete di ciascuno”⁵²⁷.

Nell’indicare il contenuto del ricorso, il legislatore tace quanto alla preclusione relativa all’oggetto della domanda e all’allegazione dei fatti. Deve comunque ritenersi che, anche per questi elementi della domanda, operino le medesime preclusioni. Per questo, l’atto introduttivo dovrà necessariamente contenere una compiuta descrizione dei fatti e un’altrettanto completa richiesta di mezzi istruttori⁵²⁸.

Successivamente, e in particolare nel corso dell’udienza, queste rigidità verranno attenuate, soprattutto per gli ampi poteri che il giudice esercita nei procedimenti che si svolgono mediante rito camerale. Prima dell’udienza, il giudice nominerà il relatore e determinerà la data dell’udienza. Il decreto che contiene queste disposizioni andrà, quindi, notificato a cura del ricorrente. È qui interessante notare la novità introdotta dal legislatore del 2006, che rappresenta una limitazione ai poteri del tribunale, nella scelta del giudice relatore: infatti, questo ruolo non potrà essere ricoperto da colui che riveste la carica di giudice delegato nella procedura. Ciò rispecchia il principio generale dell’art. 54 n. 4 c.p.c.

⁵²⁷ Di certo comunque, queste preclusioni, che operano già al momento della presentazione del ricorso, possono avere il pregio di evitare reclami pretestuosi o non fondati. Tiscini, *Commento sub art. 26 in La riforma della legge fallimentare*, cit., 159.

⁵²⁸ “Il prodursi di un effetto preclusivo non dovrebbe [in realtà] mai dedursi per implicito (così invece se si accoglie la tesi di cui nel testo), bensì andrebbe prevista espressamente. Tuttavia, quando la legge mostra una palese lacuna testuale, il ragionamento deduttivo è l’unico criterio attraverso cui colmare la lacuna; il caso dell’art. 26 ne è la dimostrazione”. Tiscini, *Commento sub art. 26 in La riforma della legge fallimentare*, cit., 159.

Tra il momento della notifica del decreto e l'udienza deve intercorrere un lasso di tempo tra dieci e venti giorni. Il termine di minimo dieci giorni ha la funzione di lasciare al ricorrente il tempo necessario per preparare una difesa adeguata. Il termine massimo di venti giorni si pone, evidentemente, in linea con le altre disposizioni che mirano a garantire una discreta celerità del giudizio⁵²⁹.

Sempre il sesto comma dell'art. 26 dispone che "il resistente, almeno cinque giorni prima dell'udienza, deposita memoria difensiva contenente l'indicazione dei documenti prodotti": rispetto a queste regole, per garantire la parità delle parti in giudizio, si ritiene che le preclusioni relative all'atto introduttivo non possano estendersi anche al resistente. La legge non dà indicazioni circa il contenuto o le scadenze inerenti la memoria difensiva. In ogni caso, si ritiene che l'attività che esso deve svolgere è del tutto speculare a quella della parte resistente, sia per quanto riguarda il contenuto dell'atto, sia per ciò che concerne le barriere preclusive: per quanto attiene al contenuto dell'atto, questo dovrà contenere una difesa completa, nonché la richiesta di mezzi istruttori⁵³⁰.

L'udienza si svolge con i ritmi del rito camerale, garantendo comunque il rispetto dei principi del contraddittorio e di parità delle armi. Come dispone l'ottavo comma dell'art. 26 "nel corso dell'udienza il collegio, sentiti il reclamante, il curatore e gli eventuali contro interessati assume, anche d'ufficio, le informazioni ritenute necessarie, eventualmente delegando uno dei suoi componenti⁵³¹". L'istruttoria, come del resto l'audizione delle parti, è deformalizzata.

Ci si chiede, rispetto all'audizione del curatore nel corso dell'udienza, se questa sia necessaria anche nel reclamo contro il provvedimento di esdebitazione. Poco sopra abbiamo affermato che il curatore e il comitato dei creditori non sono parti nel giudizio di reclamo, poiché nel primo grado

⁵²⁹ Tiscini, *Commento sub art. 26 in La riforma della legge fallimentare*, cit., 160.

⁵³⁰ Tiscini, *Commento sub art. 26 in La riforma della legge fallimentare*, cit., 160.

⁵³¹ La delega delle funzioni del collegio ad uno dei suoi membri corrisponde ad una tendenza recente che è stata, per la prima volta, portata a livello positivo dalle disposizioni sul rito societario e, con il d.lgs 5/2006, il legislatore ha voluto proseguire sulla medesima strada. Tiscini, *Commento sub art. 26 in La riforma della legge fallimentare*, cit., 162.

svolgono una funzione meramente istruttoria. Anche la loro audizione nel corso dell'udienza del procedimento per il reclamo andrebbe annoverata tra le attività istruttorie che il collegio deve compiere. Infatti, la Corte d'Appello è chiamata a formulare una nuova pronuncia circa l'esdebitazione del fallito che si tradurrà, al termine di questo grado di giudizio, in una conferma, modifica o revoca del decreto di primo grado. Pare quindi in linea con il compito della Corte che il curatore venga nuovamente sentito circa i comportamenti del fallito nel corso della procedura. Peraltro, lascia perplessi il fatto che, a differenza del primo grado, manchi qui il richiamo all'audizione del comitato dei creditori. Probabilmente, il riferimento all'audizione del curatore nel giudizio di reclamo, andrebbe forse letto nell'ottica generale dell'art. 26, poiché esso regola tutte le ipotesi di reclamo avverso provvedimenti endoconcorsuali, dove il curatore è sicuramente una figura chiave, in quanto responsabile della gestione dell'intera procedura.

Quanto all'intervento di altri interessati deve essere seguito il medesimo sistema preclusivo previsto per le parti, così come disposto espressamente nell'art. 26 comma 7.

Proprio a causa delle barriere preclusive, l'intervento dei terzi nel giudizio di reclamo segue uno schema piuttosto rigido⁵³². Ciò favorisce, senz'altro, la compressione dei tempi processuali ed evita che l'intervento di un terzo in un momento avanzato del processo, ne blocchi la prosecuzione.

Il comma dell'art. 26 qui in esame non specifica il tipo di intervento che il terzo potrebbe fare all'interno del giudizio di reclamo, pertanto, è consentita la "partecipazione anche di terzi la cui posizione non

⁵³² Questo schema ricorda quello adottato nel contesto del rito societario e del rito del lavoro: nel rito societario, introdotto nell'ordinamento a seguito della riforma del 2003 e abrogato già nel 2009, l'intervento principale e litisconsortile potevano avere luogo fino alla scadenza del termine entro il quale il convenuto doveva notificare la comparsa di risposta. Anche nel rito del lavoro, in particolare all'art. 419 c.p.c., si dispone che l'intervento debba seguire le scadenze temporali previste per la costituzione in giudizio del convenuto. Tiscini, *Commento sub art. 26 in La riforma della legge fallimentare*, cit., 161. Nel giudizio di reclamo contro il provvedimento di esdebitazione, i soggetti terzi che potrebbero avere interesse ad intervenire sono, ad esempio, i creditori dei creditori del fallito, che subirebbero un effetto indiretto dal provvedimento del tribunale. Infatti, i loro creditori potrebbero trovarsi in difficoltà nell'adempimento di un'obbligazione pecuniaria, proprio a causa della esdebitazione concessa al debitore fallito.

appartiene a quelle elencate nell'art. 105 c.p.c.", essendo necessario, solamente, che il terzo vanti un interesse al regolare svolgimento della procedura. Questo modello rispecchia, ancora una volta, le caratteristiche proprie del rito camerale, giudizio deformalizzato che non segue le rigide regole del rito ordinario⁵³³.

Al termine dell'udienza il collegio decide sul reclamo con decreto motivato, che deve essere pronunciato entro trenta giorni (termine da considerarsi ordinatorio) dall'udienza stessa.

10. Esdebitazione: vicende impugnatorie e coordinamento con la disciplina della riapertura del fallimento.

In alcuni casi, il sistema delle impugnazioni lascia aperto qualche problema in merito al coordinamento con gli effetti dell'esdebitazione che abbiamo in precedenza analizzato.

Rispetto all'intera categoria dei creditori, il problema di coordinamento sorge perché la pronuncia di esdebitazione e la legittimazione al reclamo si riferiscono in maniera distinta al ceto creditorio.

Il decreto di esdebitazione è pronunciato unitariamente e indistintamente verso tutti i creditori ed i presupposti per la concessione del beneficio riguardano il comportamento del debitore rispetto all'intero ceto, e non verso ogni singolo rapporto. Invece, è proprio ai singoli rapporti che fanno riferimento gli effetti del decreto, ed è proprio per questo motivo che è necessario un coordinamento con la disciplina delle impugnazioni⁵³⁴.

Il termine per il reclamo decorre dalla notificazione del provvedimento fatta a ciascun creditore. A rigore, spirato il termine senza che un creditore abbia proposto reclamo, l'esdebitazione dovrebbe prodursi solo nei confronti di quel rapporto, qualora il termine per l'impugnazione per gli altri creditori non sia ancora spirato⁵³⁵.

⁵³³ Tiscini, *Commento sub art. 26 in La riforma della legge fallimentare*, cit., 161.

⁵³⁴ Norelli, *L'esdebitazione del fallito*, cit., 24.

⁵³⁵ Norelli, *L'esdebitazione del fallito*, cit., 24.

Tuttavia, come sopra ricordato, l'esdebitazione è pronunciata unitariamente per tutti i creditori e, d'altra parte, non si può nemmeno negare che l'impugnazione proposta da uno soltanto dei creditori non giovi anche agli altri. Infatti, non è possibile che se il reclamo venga accolto, il provvedimento continui a produrre effetti nei confronti dei creditori che non l'hanno impugnato, proprio perché il provvedimento è unico⁵³⁶.

Quindi, seguendo questa linea, possiamo concludere che l'accoglimento dell'impugnazione proposta da un creditore produce effetto verso tutti gli altri e che, per ogni creditore, il provvedimento produrrà definitivamente i suoi effetti solo quando sarà scaduto per tutti il termine per proporre reclamo. Se detto termine spira per un creditore, ad esso resta comunque la possibilità, prima che il suo credito sia estinto definitivamente, che un altro creditore impugni nei termini il decreto di primo grado e che la sua impugnazione venga accolta⁵³⁷.

Un secondo problema di coordinamento riguarda il momento in cui il provvedimento di esdebitazione produce i suoi effetti e la possibilità che lo stesso provvedimento possa essere reclamato.

Nonostante la possibilità che il tribunale pronunci contestualmente sia la chiusura del fallimento sia l'esdebitazione, le due pronunce dovranno necessariamente divenire efficaci in due momenti distinti, poiché l'esdebitazione presuppone la chiusura del fallimento.

Qualora il provvedimento fosse impugnato solo relativamente al capo della chiusura del fallimento, è evidente che – stante il rapporto di pregiudizialità dipendenza tra capi del provvedimento, nemmeno l'esdebitazione diverrebbe efficace. Pertanto, quanto ai creditori del fallito, continuerebbe ad operare il divieto di azioni esecutive, di cui all'art. 51⁵³⁸.

Se lo stesso soggetto impugna entrambi i capi del provvedimento di chiusura/esdebitazione, ove il gravame fosse accolto quanto al capo relativo alla chiusura si avrebbe indubbiamente effetto espansivo interno ex art. 336 co. 1 c.p.c. sul capo relativo all'esdebitazione, posto che

⁵³⁶ Norelli, *L'esdebitazione del fallito*, cit., 24.

⁵³⁷ Ghia, *L'esdebitazione*, cit., 200.

⁵³⁸ Ghia, *L'esdebitazione*, cit., 200.

quest'ultima pronuncia presuppone l'efficacia dell'effetto di chiusura del fallimento.

Una diversa soluzione si impone forse là dove siano soggetti diversi ad impugnare i due capi. In questo caso, potrebbe ben verificarsi, ad esempio, che il fallito impugni il capo relativo all'esdebitazione ed alcuni creditori quello relativo alla chiusura. Stante la diversità dei termini di impugnazione previsti per i due diversi rimedi (pur nominati entrambi reclamo) potrebbero trovarsi pendenti due distinte impugnazioni, per le quali non v'è dubbio che si prospetti la necessità di un coordinamento.

La soluzione a questo problema potrebbe essere l'applicazione della disciplina della sospensione del reclamo avverso il capo relativo all'esdebitazione, nell'attesa del passaggio in giudicato del provvedimento di reclamo sul capo pregiudiziale della chiusura. E' vero che, di norma, l'istituto della sospensione per pregiudizialità dipendenza di cui all'art. 295 c.p.c. presuppone l'identità di parti (che è un requisito difficilmente riscontrabile nel caso che ci occupa). Peraltro, è innegabile che – pur in presenza di una diversità di soggetti (ad esempio, reclamanti) nel reclamo avverso la chiusura ed in quello proposto avverso l'esdebitazione) - gli effetti di entrambi i provvedimenti si dirigono verso gli stessi soggetti, ovvero il debitore fallito e la categoria dei suoi creditori⁵³⁹.

⁵³⁹ La sospensione per pregiudizialità-dipendenza ha come effetto quello di arrestare la sequenza degli atti processuali a causa di un rapporto che intercorre tra la causa *de qua agitur* ed un'altra che si pone, rispetto alla prima, in un rapporto di pregiudizialità sul piano del merito: in questi casi si creerà un'ipotesi di quiescenza del processo, che potrà proseguire in un momento successivo. Il rapporto di pregiudizialità verrà a configurarsi quando l'esistenza di una situazione sostanziale rappresenti l'elemento costitutivo della fattispecie dedotta in giudizio (Allorio, *La cosa giudicata rispetto a terzi*, Padova, 1935; *Commentario al Codice di procedura civile*, a cura di Consolo, Luiso, Milano, 2007, 2295).

La Suprema Corte ha affermato che uno dei presupposti per l'applicazione del disposto dell'art. 295 (per il quale "il giudice dispone che il processo sia sospeso in ogni caso in cui egli stesso o altro giudice deve risolvere una controversia, dalla cui definizione dipende la decisione della causa") è la "mancata sottoposizione della questione pregiudiziale anche all'esame del giudice che dovrebbe, in ipotesi, procedere alla sospensione". (Cass. 28 giugno 2006 n. 8819; Consolo, Luiso, *Commentario al Codice di procedura civile*, cit., 2296). Inoltre, è necessario uno stretto rapporto di consequenzialità tra le due fattispecie e la sospensione potrà essere dichiarata solamente dal giudice competente per il procedimento pregiudiziale. (Cass. 18 agosto 2004 n. 16137; Cass. 26 marzo 2004 n. 6142; Consolo, Luiso, *Commentario al Codice di procedura civile*, cit., 2297).

L'esdebitazione può intervenire solamente nel caso in cui il fallimento si chiuda per compiuta ripartizione finale dell'attivo. In questo caso, però, il fallimento potrebbe essere riaperto, nei cinque anni successivi, "quando risulta che nel patrimonio del fallito esistano attività in misura tale da rendere utile il provvedimento o quando il fallito offre garanzia di pagare almeno il dieci per cento ai creditori vecchi e nuovi"⁵⁴⁰.

Si tratta di capire cosa accada se ove sia pronunciata l'esdebitazione, sia comunque possibile la riapertura del fallimento, oppure se il decreto di esdebitazione rappresenti, nei confronti di essa, una condizione preclusiva.

La seconda soluzione pare la più corretta, proprio in quanto l'effetto dell'esdebitazione è quello di rendere i crediti inesigibili e perciò verrebbe meno, nel caso in cui il debitore sia liberato, una delle condizioni previste per la riapertura del fallimento, ossia che rimanga ancora qualche credito da soddisfare.

Pertanto, l'esdebitazione è preclusiva di qualunque ipotesi di riapertura del fallimento⁵⁴¹.

Ove l'esdebitazione sia negata al momento della chiusura del fallimento, non si esclude che – riapertasi la procedura – il beneficio possa essere poi concesso. È evidente che, in questo caso, le condizioni soggettive e

Il presupposto per la sospensione per pregiudizialità-dipendenza che crea i maggiori problemi in ambito di esdebitazione (e in generale nel fallimento) è però quello dell'identità di parti tra le due cause: infatti, qualora queste divergessero non si considera possibile configurare la pregiudizialità, in quanto la pronuncia di un giudizio non potrebbe fare stato nell'altro giudizio. (Liebman, *Manuale di diritto processuale civile*, Milano, 1981; Proto Pisani, *La nuova disciplina del processo civile*, Napoli, 1991, Consolo, Luiso, *Commentario al Codice di procedura civile*, cit., 2301). Alcuni autori, comunque, ammettono ipotesi eccezionali di sospensione anche in casi in cui non vi sia identità di parti e ciò quando la sentenza emanata nella causa pregiudiziale faccia comunque stato nella causa dipendente anche nei confronti di chi non abbia partecipato al processo pregiudiziale (ovvero ciò che potrebbe in parte accadere anche nel caso dei procedimenti di fallimento ed esdebitazione). (Luiso, *diritto processuale civile. Il processo di cognizione*, Milano, 2000, II; Consolo, Luiso, *Commentario al Codice di procedura civile*, cit., 2301, 2348).

⁵⁴⁰ Art. 121. Nel caso di riapertura del fallimento il tribunale, con sentenza in camera di consiglio, se accoglie l'istanza: 1) richiama in ufficio il giudice delegato ed il curatore o li nomina di nuovo; 2) stabilisce i termini previsti dai numeri 4) e 5) del secondo comma dell'art. 16, eventualmente abbreviandoli non oltre la metà; i creditori già ammessi al passivo nel fallimento chiuso possono chiedere la conferma del provvedimento di ammissione, salvo che intendano insinuare al passivo ulteriori interessi.

⁵⁴¹ Norelli, *L'esdebitazione*, cit., 25.

oggettive per la concessione del beneficio saranno valutate solo rispetto al periodo successivo alla precedente chiusura, e non anche rispetto ai comportamenti pregressi del debitore⁵⁴². In tal caso il debitore sarà stimolato a cooperare ed operare per ottenere la riapertura, e ciò sempre nella prospettiva di ottenere una seconda *chance*⁵⁴³.

11. Altri mezzi di impugnazione e vicende successive all'esdebitazione

È naturale ritenere che, al termine del giudizio di reclamo, il decreto potrà essere soggetto a ricorso in Cassazione, per violazione di legge, sulla base dei principi del giusto processo, ex art. 111 Cost. Infatti, il decreto che si pronuncia sull'esdebitazione, è un provvedimento con contenuto decisorio. Inoltre, l'effetto che produce l'esdebitazione è definitivo e sostanzialmente equiparabile ad una sentenza, suscettibile quindi di giudicato sostanziale⁵⁴⁴.

Deve anche ammettersi che il provvedimento di esdebitazione sia impugnabile per revocazione, ai sensi dell'art. 395 c.p.c. numeri 1,2,3 e 6⁵⁴⁵, "qualora il fallito abbia dolosamente occultato beni agli organi fallimentari, qualora risulti la falsità di prove, qualora il possesso di beni occultati agli organi fallimentari risulti da documenti che la parte non aveva potuto produrre in giudizio per causa di forza maggiore o per fatto dell'avversario, qualora il decreto di esdebitazione sia effetto del dolo del giudice, accertato con sentenza passata in giudicato"⁵⁴⁶.

⁵⁴² Infatti, la normativa sulla esdebitazione è sorretta da "finalità incentivanti e recuperatorie". Norelli, *L'esdebitazione*, cit., 25.

⁵⁴³ Norelli, *L'esdebitazione*, cit., 25.

⁵⁴⁴ Costantino, *L'esdebitazione*, cit., 210; così anche Norelli, *L'esdebitazione del fallito*, cit., 24.

⁵⁴⁵ I casi di revocazione straordinaria ai sensi dell'art. 395 c.p.c. sono: il dolo di una delle parti in danno dell'altra; la presenza di prove riconosciute o comunque dichiarate false dopo la sentenza oppure che la parte soccombente ignorava essere state riconosciute o dichiarate tali prima della sentenza; il fatto che dopo la sentenza siano stati trovati uno o più documenti decisivi che la parte non aveva potuto produrre in giudizio per causa di forza maggiore o per fatto dell'avversario ovvero il fatto che se la sentenza sia effetto del dolo del giudice, accertato con sentenza passata in giudicato.

⁵⁴⁶ Costantino, *L'esdebitazione*, cit., 210.

Quando l'esdebitazione non può più essere impugnata, i suoi effetti sono prodotti irrimediabilmente. A questo punto non pare possibile che il debitore possa porre in essere una novazione del debito residuo, poiché esso si è estinto. Se si considera la tesi per cui dall'esdebitazione residuerebbe un'obbligazione naturale, l'autonomia rimanente in capo al debitore gli darebbe solamente la possibilità di pagare i creditori, ma non gli consentirebbe di trasformare detta obbligazione, mediante novazione, "in un'obbligazione civile, né tale obbligazione potrà essere rafforzata da fideiussione o altri mezzi di garanzia"⁵⁴⁷.

Il debitore non avrà nemmeno la possibilità di compensare la parte del debito che residua con un eventuale controcredito, poiché dopo l'esdebitazione non residua nemmeno un debito "naturale" da poter compensare; anche qualora si volesse propendere per la sopravvivenza di questo debito naturale, la compensazione non sarebbe comunque possibile a causa del fatto che tale debito è inesigibile.

Un successivo negozio con il quale il fallito, che abbia beneficiato dell'esdebitazione, si assume un'obbligazione sino a quel momento a carico di un coobbligato, fideiussore o obbligato in via di regresso, deve essere considerato valido. Il debitore potrebbe anche farsi garante di quel rapporto obbligatorio. Il rapporto tra il fallito esdebitato e i suoi fideiussori è estinto, pertanto egli si colloca, nei loro confronti, alla pari di qualsiasi altro soggetto non obbligato, quindi potrebbe far nascere una nuova obbligazione a parti invertite⁵⁴⁸: non sarà una riviviscenza del rapporto pregresso, ma un nuovo rapporto dove il precedente coobbligato, fideiussore ovvero obbligato in via di regresso sarà il nuovo debitore principale; invece, il fallito che nella precedente obbligazione, estinta con l'esdebitazione, era l'obbligato principale, nel nuovo rapporto rivestirà il ruolo di garante.

Infine, occorre ricordare che l'esdebitazione non impedisce che il fallito possa essere sottoposto ad una nuova procedura concorsuale, che

⁵⁴⁷ Norelli, *L'esdebitazione del fallito*, cit., 50.

⁵⁴⁸ Norelli, *L'esdebitazione del fallito*, cit., 26.

potrebbe anzi essere anche un nuovo fallimento⁵⁴⁹. Questa affermazione deve però essere temperata nel senso che, è vero che astrattamente è possibile che il debitore sia sottoposto a nuovo fallimento, ma appare improbabile, nella pratica, che questo nuovo fallimento sia aperto in un momento ravvicinato al conseguimento della esdebitazione e, soprattutto, che la causa di questo nuovo fallimento sia proprio la pretesa vantata dai creditori concorsuali non concorrenti per la parte residua del credito. Infatti, i presupposti per una nuova dichiarazione di fallimento, sono sempre quelli previsto all'art. 1, ed è improbabile che possano essere verificati facendo riferimento solo a quei crediti.

Da parte sua il debitore, potrebbe essere favorito dall'apertura di una nuova procedura, in particolare di un concordato preventivo, mediante il quale potrebbe definire compiutamente i suoi rapporti, offrendo ai creditori una percentuale concordata, anche se i loro diritti sono già stati ridotti, in precedenza, dalla concessione della esdebitazione⁵⁵⁰.

12. Osservazioni conclusive

Il contesto nel quale si collocava la vecchia legge fallimentare e, con essa, l'istituto della riabilitazione civile (antecedente della esdebitazione) era costituito da un sistema nel quale prevaleva la finalità meramente punitiva e sanzionatoria del fallimento.

Tale impostazione è stata ritenuta, in seguito, contraria ai principi espressi nella CEDU, che devono ritenersi vigenti nel nostro ordinamento: infatti, il rispetto della vita privata (garantito dall'art. 8 della CEDU) dovrebbe essere interpretato nel senso di ricomprendere anche le attività di natura personale svolte dalle diverse persone e tale interpretazione si poneva in contrasto con la disciplina previgente, la quale prevedeva l'iscrizione del nome del fallito in un apposito registro e sottoponeva lo stesso a

⁵⁴⁹ I creditori del fallito che non si sono insinuati al passivo, come già analizzato nella trattazione dell'art. 144, possono agire contro il debitore per la parte del credito che avrebbero visto soddisfatta nella procedura. Non può quindi escludersi una nuova procedura concorsuale a carico del soggetto esdebitato. Ghia, *L'esdebitazione*, cit., 203.

⁵⁵⁰ Ghia, *L'esdebitazione*, cit., 203.

limitazioni di carattere professionale e personale, almeno fino a quando tale debitore non fosse stato riabilitato.

Il mutamento nella disciplina fallimentare, che ha portato all'introduzione del beneficio della esdebitazione nel nostro ordinamento, ha alla base una profonda modifica dell'intero sistema economico. La scelta di introdurre l'istituto che ci occupa si concilia con la volontà di adeguare il nostro sistema giuridico a quello di altri Stati, prendendo come esempio i sistemi del mondo di *common law* dove l'istituto della liberazione dai debiti residui è stato introdotto per la prima volta.

Oltre al fatto che si considerava non più realistica la possibilità di una soddisfazione dei creditori in via esecutiva al termine del fallimento, il nuovo istituto si mostra in linea con lo sviluppo di un sistema economico nel quale la sensibilità verso le componenti positive dell'impresa è sempre più spiccata. L'obiettivo principale da perseguire diventa quello di recuperare, per quanto possibile, l'attività economica, con lo scopo di risanare l'impresa: tuttavia, si cerca anche di evitare abusi, i quali porterebbero ad un irrigidimento del sistema creditizio, attraverso la predisposizione di requisiti per poter ottenere il beneficio.

Nonostante questa nuova prospettiva, sicuramente più moderna, del mercato e dell'economia, nella concreta disciplina del nuovo istituto, il legislatore ha lasciato aperti non pochi problemi di natura applicativa, che rendono l'esdebitazione un istituto problematico sia in sé, sia rispetto al suo inserimento nel contesto della legge fallimentare.

Senza dubbio, una di queste problematiche è costituita dal prescelto ambito soggettivo di applicazione: dall'analisi che abbiamo condotto è emersa una disparità di trattamento che riguarderebbe gli imprenditori: solo l'imprenditore fallibile potrebbe beneficiare della liberazione dai debiti residui, mentre né il piccolo imprenditore né l'imprenditore agricolo potrebbero raggiungere il medesimo risultato, restando di fatto e per sempre esposti al rischio di azioni creditorie. Oltre all'esclusione del debitore civile (figura alla quale si riferisce l'esdebitazione nell'intero panorama comparatistico) e dell'imprenditore non fallibile, per comprendere il reale peso dell'istituto nel nostro ordinamento, dobbiamo

anche considerare che con la riforma del diritto societario del 2003 il legislatore ha fortemente incentivato, per le imprese più grandi, la costituzione in società di capitali. Se si pensa che queste ultime, poiché sono persone giuridiche, non possono beneficiare della liberazione dai debiti residui, è facile dedurre quale ruolo marginale sarebbe lasciato all'istituto in esame.

Se poi si passa ad analizzare le condizioni ostative alla concessione dell'esdebitazione, quella che ha creato maggiori problemi interpretativi concerne il soddisfacimento parziale dei creditori concorsuali. Il dibattito che si è sviluppato fa riferimento alla necessità o meno di riferire tale nozione a tutti i creditori concorsuali. Se si asseconda una lettura più restrittiva della norma, si rende imprescindibile un pagamento parziale anche a favore dei creditori chirografari. Al contrario, seguendo un'esegesi meno rigorosa della norma, potrebbe risultare sufficiente per accedere al beneficio un pagamento parziale dei soli creditori privilegiati. Il dato letterale farebbe senz'altro propendere per la prima soluzione, anche in linea con le finalità dell'istituto. È certo comunque che questa lettura più rigida della norma ha come conseguenza quella di ridurre di molto l'ambito di operatività dell'istituto.

Con la pronuncia del 2008, la Corte Costituzionale ha cercato di porre rimedio ad una delle questioni più gravi che si ponevano nel procedimento di esdebitazione: mancava una norma che identificasse il legittimato passivo del procedimento, poiché i soggetti che di fatto avrebbero subito l'effetto del provvedimento non erano in alcun modo coinvolti e tantomeno informati del processo in corso. E' solo la Corte costituzionale che ha obbligato sia la notificazione a tutti i creditori ammessi al passivo (i quali hanno di certo mostrato interesse alla procedura), dell'istanza di esdebitazione proposta nell'anno successivo alla dichiarazione di fallimento, sia la notificazione del decreto di fissazione d'udienza, considerata necessaria per consentire l'esercizio del diritto di difesa.

Tuttavia, con la sentenza del 2008, la questione della partecipazione dei creditori al procedimento di esdebitazione si è solo in parte risolta. Non solo: è emersa anche un'altra questione, che riguarda la difficoltà di poter

ottenere il beneficio esdebitatorio a fallimento già chiuso: reperire ed informare tutti i creditori sarà forse un fattore che, nell'incertezza sulla sussistenza degli altri requisiti, farà desistere l'imprenditore dal richiedere il beneficio dopo la chiusura del fallimento. Probabilmente, saranno incrementate le richieste nel corso del fallimento poiché in questi casi, si presume un "contraddittorio immanente".

A ciò si aggiunga che i creditori destinatari della notificazione da parte del debitore sarebbero solo quelli ammessi al passivo: anche questa previsione, a ben vedere, non sembra del tutto opportuna, poiché, pur presumendo che solo costoro hanno manifestato interesse per la procedura, dimentica che l'esdebitazione colpisce tutto il ceto creditorio del fallito.

Anche la questione dei legittimati passivi, nonostante la Consulta, con la sua pronuncia, abbia certamente apportato un sostanziale miglioramento, lascia scoperte alcune problematiche che probabilmente costituiranno oggetto di nuovi interventi della stessa Corte Costituzionale.

Sempre in tema di effetti del provvedimento e dei soggetti che li subiscono, un'altra delle difficoltà che va emergendo in tema di esdebitazione riguarda la salvezza dei diritti dei creditori (edebitati) nei confronti dei fideiussori, coobbligati ovvero obbligati in via di regresso.

Poiché anche questi ultimi non sono ammessi a partecipare al procedimento, se non si consentisse loro la possibilità di agire in via di regresso verso il debitore, potrebbe riscontrarsi un'ipotesi di incostituzionalità per violazione del loro diritto di difesa. La possibilità di soddisfacimento in via di regresso di coobbligati, fideiussori o obbligati in via di regresso, comunque, dipende da un altro grande dibattito sviluppatosi sia sul piano dottrinale che giurisprudenziale sull'ammissibilità al passivo di detto credito, e quindi sulla sua considerazione come credito concorsuale (e pertanto subordinato alla falcidia esdebitatoria) o meno.

A questo proposito, le ultime pronunce giurisprudenziali ammetterebbero la possibilità del fideiussore o coobbligato di essere ammesso al passivo in via surrogatoria nei diritti del creditore: in questo modo, non solo il coobbligato dovrebbe rinunciare alle spese e agli interessi maturati sul

suo credito, ma sarebbe anche soggetto alla falcidia esdebitatoria senza possibilità di partecipare al relativo procedimento.

Resta infine la questione della pronuncia officiosa di esdebitazione, che una parte minoritaria della dottrina sembra legittimare. La possibilità in questione è stata fortemente avversata, sul corretto rilievo che una simile facoltà sarebbe contraria oltre che (ed in primo luogo) al principio della domanda, allo stesso spirito della riforma del 2006, che come noto ha abolito una serie numerosa di ipotesi nel fallimento, in cui si avevano pronunce officiose.

A queste perplessità, si aggiunga anche che l'ammissibilità di una pronuncia officiosa di esdebitazione creerebbe una disparità di trattamento nel contesto impugnatorio del provvedimento che ammette al beneficio *de quo*: se la pronuncia d'ufficio fosse ammissibile, la lettura del co. 2 art. 143 consentirebbe il reclamo solo nell'ipotesi di pronuncia su ricorso e non anche in quella d'ufficio.

Infine, si è avuto modo di riflettere su una serie di questioni di coordinamento tra procedimenti di impugnazione, là dove l'esdebitazione sia pronunciata con il medesimo provvedimento con il quale sia decretata la chiusura del fallimento.

Tutte le questioni esegetiche che abbiamo cercato di individuare e di risolvere hanno dimostrato la lacunosità che la disciplina del nuovo istituto dell'esdebitazione presenta.

L'analisi comparata ha cercato di mettere in luce come questo nuovo istituto si colloca in un sistema con il quale ha poco a che vedere: il diritto fallimentare italiano può considerarsi uno degli ordinamenti che maggiormente tutelano i creditori. La possibilità per il fallito di una seconda *chance* sul mercato stride e mal si concilia con questo obiettivo di tutela. A maggior ragione, nel nostro sistema, dove l'istituto della esdebitazione, a differenza di ciò che accade negli ordinamenti di *common law*, non ha applicazione generalizzata, ci si potrebbe trovare ad affrontare problemi applicativi non indifferenti. Il fallito esdebitato potrebbe creare dei problemi di solvibilità ad altri imprenditori che gli avevano fatto credito portandoli, nella peggiore delle ipotesi, al fallimento. E forse,

l'interesse allo sviluppo dell'economia e del mercato, che si porrebbero quali basi per l'esdebitazione del fallito, non valgono la prospettiva di fallimenti a catena.

Nell'introdurre l'esdebitazione, si ha l'impressione che il legislatore abbia semplicemente trapiantato un istituto straniero senza analizzarne a fondo le caratteristiche e, tantomeno, senza verificare se l'inserimento nella disciplina fallimentare avesse potuto creare qualche problema applicativo o di coordinamento. Non si sono neppure tenute in considerazione le evoluzioni che istituti affini all'esdebitazione hanno conosciuto negli ordinamenti stranieri ove, la lunga esperienza applicativa degli stessi, ha già denunciato le maggiori lacune del sistema. L'introduzione ad opera del legislatore italiano è stata, per così dire quasi anacronistica ed in controtendenza rispetto a quanto si sta verificando in altri ordinamenti, dove rispetto all'esdebitazione si è mosso qualche passo indietro. Detto ciò, non è chiaro quale potrà essere il destino della esdebitazione nel nostro ordinamento giuridico: ciò che è chiaro è che oggi il beneficio della liberazione dai debiti residui si coordina faticosamente con la disciplina e le finalità delle procedure concorsuali ed, in particolare, del fallimento.

BIBLIOGRAFIA

Dottrina

AA.VV., *Il diritto processuale del fallimento*, Torino, 2008.

Agosti, *Escussione del fideiussore e modalità di ammissione allo stato passivo del debitore fallito. Conseguenze alla luce dei recenti interventi giurisprudenziali*, in *Il diritto fallimentare e delle società commerciali*, 2010, III, IV.

Ambrosini, *L'esdebitazione del fallito fra problemi interpretativi e dubbi di costituzionalità*, in *Il fallimento*, 2009, II, 129.

Balestra, *Le obbligazioni naturali nel pensiero di Michele Giorgianni*, in *Rivista trimestrale di diritto processuale civile*, 2008, II, 227.

Bankruptcy overhaul enacted- New' Rules for bankruptcy implemented in cch bankruptcy reform act briefing: Bankruptcy abuse and prevention Act of 2005, in www.cch.com.

Bartalini, Sandrelli, *L'esdebitazione*, in *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, a cura di Pototschnig, Marelli, Cimetti, Milano, 2010.

Bonfatti, Censoni, *Manuale di diritto fallimentare*, Padova, 2009.

Buoncore, Bassi, *Trattato di diritto fallimentare*, Padova, 2011, III.

Carnelutti, *espropriazione del creditore*, in *Rivista di diritto commerciale*, 1930, I, 676.

Carratta, *Dell'esdebitazione del fallito e della sua illegittimità costituzionale*, in *Giurisprudenza italiana*, 2009, I, 400.

Castagnola, *Introdotta il principio del contraddittorio nel procedimento di esdebitazione successivo a chiusura del fallimento*, in *Rivista di diritto processuale*, 2009, III, 781.

Castagnola, *L'esdebitazione del fallito*, in *giurisprudenza Commerciale*, 2006, III, 448.

Castellani, *Sull'istanza di riabilitazione civile del fallito*, in *Giur. Merito*, 1998, IV-V, 690, www.dejure.it.

Cataldo, *L'ammissione al passivo del credito di regresso del fideiussore verso il fallito*, in *Il fallimento*, 2008, V.

Cavalli, *Gli effetti del fallimento per il debitore*, in *La riforma della legge fallimentare, profili della nuova disciplina*, a cura di Ambrosini, Bologna, 2006, 87.

Cedon, *Commentario al codice civile*, Torino, 1991.

Cerino Canova, *Per la chiarezza delle idee in tema di procedimento camerale e di giurisdizione volontaria*, in *Rivista di diritto civile*, 1987, I, 431.

Cerqua, *Il regime transitorio dell'esdebitazione: i riflessi penali*, in *Il fallimento*, 2009, IV, 418.

COM (2007)584 del 5 ottobre 2007 *Comunicazione della Commissione al Consiglio, al Parlamento europeo, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, "Superare la stigmatizzazione del fallimento aziendale- per una politica della seconda possibilità. Attuazione del paternariato di Lisbona per la crescita e l'occupazione.*

Commissione Europea- Direzione generale per le imprese, *Progetto BEST "Ristrutturazioni, fallimenti e nuovo inizio". Relazione finale del gruppo di esperti*, in ec.europa.eu.

Comoglio, *Etica e tecnica del giusto processo*, Torino, 2004.

Consolo, Luiso (a cura di), *Commentario al codice di procedura civile*, Milano, 2007, I.

Consolo, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, Padova, 2008, I, II.

Consolo, *Voce Domanda giudiziale*, in *Digesto delle discipline privatistiche sezione civile*, VII, 44.

Conte, *Procedimento di esdebitazione ex art. 143 l. fall., principio del contraddittorio e diritto di difesa dei creditori*, in *giurisprudenza italiana*, 2008, 12.

Cordopatri, *Luci e ombre della nuova esdebitazione*, in *Diritto fallimentare*, 2009, I, 1.

Cordopatri, *Riabilitazione ed esdebitazione*, in *Banche, borsa tit. cred.* 2009, V, www.dejure.it.

Costantino, *L'esdebitazione*, in *Foro Italiano*, 2006, V, 208.

De Marco, *Contraddittorio, procedimenti monitori e cautelari e rito del lavoro*, in www.diritto.it.

Disegni di legge della Commissione Trevisanato, in *Diritto fallimentare*, 2003, IV, 2064 ss.

Fabiani, *L'oggetto del processo per dichiarazione di fallimento*, in *Rivista di diritto processuale*, 2010, IV, 753.

Ferri, *L'esdebitazione*, in *Il fallimento*, IX, 2005, 1085.

Fici, *Sull'ammissibilità al passivo del credito di regresso del fideiussore adempiente dopo il fallimento del debitore garantito*, in *Il fallimento*, 2008, VIII.

Filippi, *La soddisfazione dei creditori concorsuali ai fini della concessione del beneficio dell'esdebitazione*, in *Giur. Merito*, 2009, XI, 2795, www.dejure.it.

Frascaroli Santi, *L'esdebitazione del fallito: un premio per il fallito o un'esigenza di mercato?*, in *Diritto fallimentare*, 2008, 34.

Galletti, *Insolvenza civile e fresh start: il problema dei coobbligati*, in *Analisi giuridica dell'economia*, 2004, II, 391.

Ghia, *L'esdebitazione. Evoluzione storica, profili sostanziali, procedurali, comparatistica*, in *La riforma della legge fallimentare*, a cura di Panzani, Milano, 2008.

Gilardini, Sebastiani, *Stati uniti: commercio internazionale e investimenti esteri*, Milano, 2007.

Granzotto, *La riabilitazione civile del fallito: condizioni ed impedimenti*, in *Giur. Merito*, 1998, II, 233, www.dejure.it.

Il nuovo concordato preventivo. Circolare della Fondazione Luca Pacioli del 28 ottobre 2005 in www.irdec.it.

La riforma della disciplina della crisi d'impresa. Progetto Concorrenza di Confindustria coordinato da Cipolletta, Micossi, Nardozi, in www.confindustria.it.

Landa, voce *Espropriazione per pubblica utilità*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 2006, XV, 806.

Lanfranchi, *Costituzione e procedure concorsuali*, Torino, 2010.

Lazzara, *Della esdebitazione*, in *Il nuovo fallimento: commentario al RD 16 marzo 1942 n. 267 coordinato con le modifiche apportate dalla legge 14 maggio 2005 n. 80 e dal d.lgs. 9 gennaio 2006 n. 5*, a cura di Santangeli, in *Le nuove leggi civili*, Milano, 2006.

Marchitto, *Appunti in tema di esdebitazione del fallito*, in *Rivista del notariato*, 2008, IV, 843, www.dejure.it.

Marcucci, *L'insolvenza del debitore civile e "fresh start". Le ragioni di una regolamentazione*, in *Analisi economica del diritto*, 2004, II, 221.

Marcucci, *L'insolvenza del debitore civile negli Usa*, in *Analisi giuridica dell'economia*, 2004, II, 363.

Marelli, Sandrelli, *Le riforme della legge fallimentare*, in *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, a cura di Pototschnig, Marelli, Cimetti, Milano, 2010.

Mecatti, *L'insolvenza del debitore civile nel Regno Unito*, in *Analisi giuridica dell'economia*, 2004, II, 347.

Millozza, *Ammissione al passivo del credito del fideiussore*, in *Il fallimento*, 1992, IX.

Montesano, *La tutela giurisdizionale dei diritti*, Torino, 1994.

Nivarra, voce *Obbligazione naturale*, in *Digesto delle discipline privatistiche sez civile*, XII, 366.

Norelli, *Contrasti giurisprudenziali in tema di esdebitazione*, in *Il fallimento*, 2009, X, 1194.

Norelli, *L'esdebitazione del fallito a seguito del "decreto correttivo" della riforma fallimentare*, in *Scritti in onore di Carmine Punzi*, V, Torino, 2008, 181.

Norelli, *L'esdebitazione del fallito*, in www.judicium.it.

Norelli, *L'esdebitazione*, in *La tutela dei diritti nella riforma fallimentare*, a cura di Fabiani, Patti, in *Scritti in onore di Giovanni Lo Cascio*, Milano, 2006, 255.

Osservazioni sulla legge delega 80/2005 e sulla bozza di d.lgs. approvata dal cdm 23.09.2005 sulla riforma della legge fallimentare, in www.magistraturademocratica.it.

Pacchi, *Commento sub art. 43*, in *la legge fallimentare dopo la riforma*, a cura di Nigro, Sandulli, Santoro, Torino, 2010, I.

Paluchowski, Pajardi, *manuale di diritto fallimentare*, Milano 2008.

Paluchowski, Pajardi, *Manuale di diritto fallimentare*, Milano, 1993.

Panzani, *Commento sub art. 143*, in *Commentario* diretto da Jorio, Fabiani, II, Bologna, 2007, 2096.

Petti, *Surrogazione e regresso del fideiussore nel fallimento*, in *il fallimento*, 2008, IV.

Piacentini, voce *Obbligazioni naturali*, in *Nuovo digesto italiano*, Torino, 1939, VIII.

Plenteda, *Esdebitazione nel fallimento e problemi di diritto intertemporale*, in *Il fallimento*, 2007, IV, 457.

Provinciali, *Manuale di diritto fallimentare*, Milano, 1976, II.

Ragusa Maggiore, *Istituzioni di diritto fallimentare*, II, Padova, 1994.

Ravera, Buffone, *L'exceptio di interruzione della prescrizione alla luce delle Sezioni Unite 27.5.2005 n. 15661*, in www.altalex.com.

Relazione al testo di maggioranza e minoranza della Commissione Trevisanato, in www.ilfallimento.it.

Relazione illustrativa allo schema di decreto legislativo recante "la riforma organica delle procedure concorsuali di cui al regio decreto 16 marzo 1942 n. 267, in www.ilcaso.it.

Relazione ministeriale illustrativa Riforma Procedure Concorsuali, in www.procedure.it.

Rossi, *Il fallimento nel diritto americano*, Padova, 1956.

Sandrelli, *Nota Tribunale di Vicenza del 18 giugno 2006*, in *Giur. Merito*, 2007, I, 124, www.dejure.it.

Santi Di Paola, *La riforma della legge fallimentare*, Reggio Emilia, 2008.

Santoro, *Commento sub artt. 142, 143, 144*, in *La riforma della legge fallimentare*, a cura di Nigro, Sandulli, II, Torino, 2006, 846.

Santoro, *Commento sub artt. 142, 143, 144*, in *La riforma della legge fallimentare*, a cura di Nigro, Sandulli, II, Torino, 2010, 1864.

Satta, *Diritto fallimentare*, Padova, 1974.

Satta, Punzi, *Diritto processuale civile*, Padova, 1996.

Scarselli, *Ancora sulla esdebitazione (una questione intertemporale ed altre più generali)*, in *Il fallimento*, 2009, XI, 1335.

Scarselli, *Il procedimento prefallimentare e procedimenti in camera di consiglio*, in AA.VV. *Il d. lgs. 5/06 di riforma della legge fallimentare*, in *Foro Italiano*, 2006, V.

Scarselli, *La esdebitazione e la soddisfazione dei creditori chirografari*, in *Il fallimento*, 2008, VII, 819.

Scarselli, *La esdebitazione della nuova legge fallimentare*, in *Diritto fallimentare*, 2007, I, 29.

Sicchero, *Voce Rinuncia*, in *Digesto delle discipline privatistiche sezione civile*, XVII, 652.

Sorace, *Voce Espropriazione per pubblica utilità*, in *Digesto delle discipline privatistiche*, VI, 178.

Tabb, *A brief history of bankruptcy law*, in www.wisbar.com.

Tiscini, *Commento sub art. 26*, in *La riforma della legge fallimentare*, a cura di Nigro, Sandulli, Torino, 2006, I, 151.

Tommaseo, *Appunti di diritto processuale civile*, Torino, 2000.

Tommaseo, *I processi a contenuto oggettivo*, in *Rivista di diritto civile*, 1988, I, 495.

Vassalli, *Diritto fallimentare*, Torino 1994.

Vitale, voce *Riabilitazione civile*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, 1.

Voce *Giurisdizione volontaria*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 2006, XLX, 332.

www.diritto-civile.it.

www.dirittoprivatoinrete.it.

www.magistraturademocratica.it.

Zanichelli, *La nuova disciplina del fallimento e delle altre procedure concorsuali*, Torino, 2008.

Giurisprudenza

Cass. Civ., 11 settembre 2008 n. 19097, in *Il fallimento* 2008, V.

Cass. Civ., 12 ottobre 2007 n. 21430, in *Il fallimento* 2008, VI.

Cass. Civ., 17 gennaio 2008 n. 903, in *Il fallimento* 2008, VIII.

Cass. Civ., 23 maggio 2011 n. 11279, in www.dejure.it.

Cass. Pen., sez. fer., 11 settembre 2008 n. 35118, in *Il fallimento* 2009, IV, 417.

Corte cost., ord. 23 novembre 2007 n. 393, in *Il fallimento*, 2008, II, 149.

Corte cost., ord. 30 novembre 2007 n. 411, in *Il fallimento*, 2008, II, 152.

Corte cost., sent. 30 maggio 2008 n. 181, in *Il fallimento* 2008, VIII, 887.

Corte d'Appello di Ancona, decr. 12 dicembre 2008, in *Il fallimento*, 2009, X, 1184.

Corte d'Appello di Torino, decr. 30 giugno 2008, in *Il fallimento*, 2008, VIII, 889.

Tribunale di Ancona, decr. 18 giugno 2008, in *Il fallimento*, 2009, X, 1190.

Tribunale di Biella, decr. 26 gennaio 2009, in *Il fallimento*, 2009, X, 1184.

Tribunale di Genova, 4 marzo 1992, in *Il fallimento* 1992, IX.

Tribunale di Mantova, decr. 3 aprile 2008, in *Il fallimento*, 2009, X, 1193.

Tribunale di Novara, sent. 29 novembre 2010, in www.dejure.it.

Tribunale di Piacenza, decr. 22 luglio 2008, in *Il fallimento*, 1009, X, 1189.

Tribunale di Roma, Decr. 21 settembre 2010, in www.ilcaso.it.

Tribunale di Rovigo, decr. 22 gennaio 2009, in *Il fallimento*, 2009, X, 1186.

Tribunale di Taranto, decr. 22 ottobre 2008, in *Il fallimento*, 2009, X, 1187.

Tribunale di Terni, Decr. 7 marzo 2011, in www.ilcaso.it.

Tribunale di Tivoli, Sent. 5 maggio 2009, in www.dejure.it.

Tribunale di Tolmezzo, ord. 15 maggio 2008, in *Il fallimento*, 2009, X, 1191.

Tribunale di Udine, sez. civ., Decr. 21 Dicembre 2007, in *Il fallimento* 2008, VII, 817.

Tribunale di Udine, sez. civ., Ord. 14 Novembre 2008, in *Il fallimento* 2009, XI, 1333.

Tribunale di Vicenza, 16 novembre 2006, in *Il fallimento* 2007, IV, 457.

Tribunale di Vicenza, Decr. 1 dicembre 2009, in www.ilcaso.it.

Tribunale di Vicenza, Decr. 26 febbraio 2010, in www.ilcaso.it, sezione I-giurisprudenza, documento 2337/2010.