

《 講 演 》

L'esdebitazione nel diritto italiano

Sara LANDINI

Abstract

Questa relazione mira ad osservare i recenti sviluppi in Italia dell'istituto della esdebitazione. Il sistema giuridico italiano è stato uno degli ultimi a riconoscere l'istituto della esdebitazione e inizialmente le applicazioni sono state poche.

Attualmente si nota un rinnovato interesse da parte di giudici italiani anche con riguardo ai debiti del così detto debitore civile.

Il nostro discorso mira a considerare le origini e gli scopi della esdebitazione a livello internazionale, ad analizzare la normativa italiana e la più recente giurisprudenza.

Cercheremo poi di inquadrare l'istituto nel diritto delle obbligazioni al fine di rispondere a problemi relativi al pagamento del debito esdebitato.

1. Origini e scopo della esdebitazione

Nel diritto delle obbligazioni si può osservare una tendenza, che attualmente può dirsi generalmente condivisa a livello internazionale, a favore della c.d. “fresh start policy”.

Fermo restando che chi assume obbligazioni è tenuto a rispondere fino a che il rapporto obbligatorio non si estingue, i legislatori nazionali sembrano aver accettato la suddetta policy prevedendo la possibilità per i debitori di essere esdebitati dai propri debiti in modo da essere reinseriti nel sistema produttivo, in presenza di determinate condizioni che giustificano sul piano della meritevolezza detta operazione ⁽¹⁾.

In Italia negli anni '30 Francesco CARNELUTTI scriveva, distinguendo tra inadempni-

mento e insolvenza, "il trattamento del debitore insolvente dev'essere diverso, in un 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"⁽²⁾.

La crisi economica sistemica degli ultimi anni ha posto in luce come non sia possibile distinguere meramente tra debitori solvienti e debitori insolventi prevedendo meccanismi sanzionatori verso i secondi che possano spingerli a pagare i loro debiti. La solvibilità, infatti, in molti casi, non dipende dalla volontà del debitore e dal corretto adempimento dei debiti, ma è legata a fattori esterni alla sfera di controllo del debitore che opera in un settore del mercato in crisi. Il debitore è spesso a sua volta creditore di soggetti operanti in settori del mercato in crisi. Il debitore può aver investito in settori del mercato imprevedibilmente caduti in default.

Questa situazione ha portato, anche in sistemi originariamente contrari alla Fresh Start Policy, come l'Italia, a rivedere le regole del diritto delle obbligazioni e della Bankruptcy introducendo meccanismi giuridici di c.d. fresh start che nella sostanza porta a rivedere l'allocazione del rischio di insolvenza ripartendolo tra il debitore e i creditori.

Come noto la discharge venne introdotta nel Regno Unito con la legge 4 Anne Ch. 17 del 1705. Il beneficio non era concesso automaticamente alla chiusura del fallimento,

(1) K. GROSS, *Preserving a Fresh-Start for the Individual Debtor: The Case for Narrow Construction of the Consumer Credit Amendments*, 135 U. Pa. L. Rev. 59, 60 (1986); T. H. JACKSON, *The Fresh-Start Policy in Bankruptcy Law*, 98 Harv. L. Rev. 1393, 1393 (1985); R. E. FLINT, *Bankruptcy Policy: Toward a Moral Justification for Financial Rehabilitation of the Consumer Debtor*, 48 Wash. & Lee L. Rev. 515, 529 (1991) il quale afferma che "[t]he soul of debtor financial relief, the fresh start, is found in the availability of a discharge and in the protection of exempt property." V. anche D. CERINI, *Sovraindebitamento e consumer bankruptcy tra punizione e perdono*, Milano, 2012.

T. EISENBERG, *Bankruptcy Law in Perspective*, 28 UCLA L. Rev. 953, 981 (1981) afferma che "[a] discharge system provides a technique for allocating the risk of financial distress between a debtor and his creditors." See also R. A. HILLMAN, *Contract Excuse and Bankruptcy Discharge*, 43 Stan. L. Rev. 99, 126 (1990); J. HIRSCH, *Inheritance and Bankruptcy: The Meaning of the 'Fresh Start'*, 45 Hastings L.J. 175, 207 (1994).

(2) F. CARNELUTTI, *Espropriazione del creditore*, in *Riv. dir. comm.*, 1930, I, 676

ma a seguito di un parere reso da una commissione che teneva conto anche della condotta del debitore. La normativa subì varie modifiche finché sotto il regno di Giorgio II nel 1732 veniva riformata la normativa fallimentare prevedendo tra l'altro che il fallito "onesto" potesse godere della discharge ed avere anche altri benefici tra cui aiuti per il sostentamento della famiglia⁽³⁾.

2. La legislazione italiana

È noto che l'istituto dell'esdebitazione è stato introdotto in Italia dal legislatore con la riforma del diritto fallimentare, di cui al d.lg. 9 gennaio 2006, n. 5, che ha tra l'altro novellato gli artt. 142—144 della legge fallimentare (r.d. 16 marzo 1942, n. 267 di seguito l.fall.). Con il d.l. 19 ottobre 2012, n. 179 convertito in l. 17 dicembre 2012, n. 221 è stata successivamente introdotta la esdebitazione dei debitori civili attraverso una novellazione della l. 27 gennaio 2012, n. 3 ove sono contenute le disposizioni in tema di composizione delle crisi da sovraindebitamento del c.d. debitore civile⁽⁴⁾.

In entrambi i contesti normativi si prevede che il fallito persona fisica (art. 142 l. fall.) e il debitore civile persona fisica (Art. 14 *terdecies* l. 27 gennaio 2012, n. 3), ove sussistano determinate condizioni, sono ammessi "alla liberazione dei debiti residui nei confronti dei creditori concorsuali non soddisfatti"⁽⁵⁾.

La revisione della concezione del fallimento come procedimento sanzionatorio nei confronti del fallito è stata fortemente accelerata dalla giurisprudenza della Corte Euro-

(3) G. ROSSI, *Il fallimento nel diritto americano*, Padova, 1956; F.H. BUCKLEY, *The American Fresh Start*, 4 S. Cal. Interdisc. L.J. 67, 68 (1995); C. J. TABB, *The Historical Evolution of the Bankruptcy Discharge*, 65 Am. Bankr. L.J. 325, 327 (1991). Per la dottrina italiana che si è occupata del *discharge* nel sistema anglo-americano si veda A. CASTAGNOLA, *La liberazione del debitore (discharge) nel diritto fallimentare statunitense*, Milano, 1993; M. MARCUCCI, *L'insolvenza del debitore civile negli Usa*, in *Analisi giuridica dell'economia*, 2004, II, 363 ss.; I. MECATTI, *L'insolvenza del debitore civile nel Regno Unito*, ivi, II, 347 ss.; L. GHIA, *L'esdebitazione. Evoluzione storica, profili sostanziali, procedurali, comparatistica*, Milano, 2008, 55.

(4) In Italia il debitore civile non è solo il consumatore ma sono debitori civili anche tutti quei soggetti a cui non si applica la disciplina fallimentare come il piccolo imprenditore o il professionista.

pea dei Diritti dell'Uomo e delle libertà fondamentali che più volte ha sanzionato l'Italia per violazioni della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (Cedu) da parte della nostra legge fallimentare. La Corte Europea ha dichiarato ricevibili una serie di ricorsi in cui, per la eccessiva durata delle procedure fallimentari, i ricorrenti denunciavano la violazione anche di altri diritti garantiti dalla Cedu. In particolare in due casi, *Peroni c. Italia* e *Bassani c. Italia*, sono state dichiarate ricevibili le sole doglianze relative all'eccessiva durata della procedura. Nei casi *Luordo c. Italia* e *Bottaro c. Italia*, si denunciava, tra l'altro, il fatto che il diritto dei ricorrenti all'elettorato attivo e passivo fosse stato sospeso per tutto il lungo corso delle procedure fallimentari⁽⁶⁾.

La Corte Costituzionale ha fatto propri i principi delle sopraccitate pronunce della Corte Europea dei diritti dell'uomo dichiarando costituzionalmente illegittimi gli art. 50 e 142 r.d. 16 marzo 1942 n. 267, nel testo anteriore all'entrata in vigore del d.lg. 9 gennaio 2006 n. 5, in quanto stabiliscono che le incapacità personali derivanti al falli-

(5) Sull'introduzione in Italia dell'istituto della esdebitazione L. STANGHELLINI, "Fresh start" e implicazioni di "policy", in *Analisi giuridica dell'economia*, 2004, 437; C.FERRI, *L'esdebitazione*, in *Fallimento*, 2005, 1085; L. MARCHITTO, *Appunti in tema di esdebitazione del fallito*, in *Riv.not.*, 2008, IV, 843; L. GHIA, *op. loc. cit.*; M. CORDOPATRI, *Luci e ombre della nuova esdebitazione*, in *Dir. fall.*, 2009, I, 1, 180; G. SCARSELLI, *La esdebitazione e la soddisfazione dei creditori chirografari*, in *Fallimento*, 2008, VII, 819; Id., *Ancora sulla esdebitazione (una questione intertemporale ed altre più generali)*, *ivi*, 2009, XI, 1335; G. SCARSELLI, *La esdebitazione della nuova legge fallimentare*, in *Dir. fall.*, 2007, I, 29; G. BARTALINI- G.SANDRELLI, *L'esdebitazione*, in *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, a cura di P. Pototschnig, F. Marelli, M. Cimetti, Milano, 2010, 420; G. CAPO, in V.Buoncore-A. Bassi (a cura di), *Trattato di diritto fallimentare*, Padova, 2011, III, 552; V. SANTORO, *Commento sub artt. 142, 143, 144*, in *La riforma della legge fallimentare*, a cura di Nigro, Sandulli, II, Torino, 2010, 1864.

Per quanto riguarda i creditori concorsuali non concorrenti l'art. 144 prevede che "Il decreto di accoglimento della domanda di esdebitazione produce effetti anche nei confronti dei creditori anteriori alla apertura della procedura di liquidazione che non hanno presentato la domanda di ammissione al passivo; in tale caso, l'esdebitazione opera per la sola eccedenza alla percentuale attribuita nel concorso ai creditori di pari grado"

(6) Caso *Peroni c. Italia* del 29 giugno 2000, ricorso n. 44521/98; Caso *Bassani c. Italia* del 4 luglio 2000, ricorso n. 47778/99; Caso *Bassani c. Italia* del 4 luglio 2000, ricorso n. 47778/99; Caso *Luordo c. Italia* del 23 maggio 2001, ricorso n. 32190/96; Caso *Bottaro c. Italia* del 23 maggio 2002, ricorso n. 56298/00.

to dalla dichiarazione di fallimento perdurano oltre la chiusura della procedura concorsuale. Dette norme assumono così “carattere genericamente sanzionatorio, senza correlarsi alla protezione di interessi meritevoli di tutela”⁽⁷⁾.

L'art. 142 prevede una serie di requisiti di base: il debitore deve essere una persona fisica⁽⁸⁾, il debitore deve aver pagato parte dei crediti⁽⁹⁾, il debitore deve essere meritevole⁽¹⁰⁾. La meritevolezza deve essere valutata tenuto conto di alcune condizioni.

L'art. 142 prevede un elenco di condizioni, cumulative e non alternative, per l'ottenimento della esdebitazione. Si tratta di una serie di condizioni che fanno riferimento a condotte del fallito la cui valutazione da parte del tribunale in alcuni casi importa una verifica meramente oggettiva, ma in altri richiede una valutazione di merito.

Il primo requisito 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”.

La norma è stata interpretata nel senso che il fallito debba adoperarsi non solo fornendo tutte le informazioni necessarie, ma anche conservando i beni acquisiti all'attivo, ricercando possibili acquirenti. Si tratta quindi di una condotta non solo passiva, consistente

(7) Corte Cost. 27. 02. 2008, n. 39, in *Giurispr. Cost.*, 2008, 1, 408, in *Fallimento*, 2008, 401 con nota di CONTI, *Il registro dei falliti cade sotto la scure della Consulta (grazie alla Cedu)*.

(8) Trib. La Spezia 19. 9.2014, in www.unijuris.it, Trib. Como 3. 3.2015, ivi affermano che anche i soci il limitatamente responsabili di una società possono essere esdebitati in quanto soggetti al fallimento.

(9) Il legislatore non individua un ammontare preciso. Starà al giudice valutare in concreto tenuto conto della causa della crisi e dello sforzo compiuto dal debitore per adempiere.

(10) L'art. 142, a differenza del previgente articolo 143 sulla riabilitazione ora non più in vigore, non parla di meritevolezza del debitore, ma le condizioni per l'esdebitazione indicate nell'art. 142 rappresentano criteri per valutare la condotta del debitore e quindi la sua meritevolezza rispetto al beneficio dell'esdebitazione. La parola meritevole viene dal latino “mereri” che significa “rendersi degno di qualcosa”. Il controllo di meritevolezza nel diritto italiano lo troviamo in varie ipotesi normative. Ricordiamo l'art. 1322 il quale prevede che “Le parti possono anche concludere contratti che non appartengano ai tipi aventi una disciplina particolare, purché siano diretti a realizzare interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico”; l'art. 2645 ter intitolato “Trascrizione di atti di destinazione per la realizzazione di interessi meritevoli di tutela riferibili a persone con disabilità, a pubbliche amministrazioni, o ad altri enti o persone fisiche”.

nel non ostacolare, ma anche attiva, consistente in attività facilitative dell'opera degli organi della procedura⁽¹¹⁾.

Il secondo requisito per la concessione dell'esdebitazione è che il fallito non abbia ritardato in alcun modo lo svolgimento della procedura ovvero non abbia contribuito a ritardarlo. Una simile interferenza potrà aversi sia con comportamenti commissivi, sia con comportamenti omissivi⁽¹²⁾.

Secondo quanto disposto al punto 3 dell'art. 142, il beneficio può essere concesso se il fallito non ha violato le disposizioni di cui all'art. 48 ove si prevede che il fallito è tenuto a consegnare al curatore tutta la corrispondenza relativa ai rapporti compresi nel fallimento.

Altra condizione per la concessione della esdebitazione è che il fallito non abbia beneficiato dell'esdebitazione nei dieci anni precedenti la nuova richiesta.

Al punto 5 dell'art. 142 si prevede che il fallito non deve aver "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."

Il punto 6 dell'art. 142 pone, come condizione al beneficio di esdebitazione, la circostanza che il fallito "non sia stato condannato con sentenza passata in giudicato per bancarotta fraudolenta (art. 216 l.fall.) o per delitti contro l'economia pubblica, l'industria e il commercio, e altri delitti compiuti in connessione con l'esercizio dell'attività d'impresa, salvo che per tali reati sia intervenuta la riabilitazione⁽¹³⁾. Se è in corso il procedimento penale per uno di tali reati, il tribunale sospende il procedimento fino all'esito di quello penale".

(11) In giurisprudenza si veda Trib. Arezzo 17 maggio 2012, in *Redazione Giuffrè*, 2012

(12) Cassazione civile 23 maggio 2011, n.11279, in *Mass. Foro it.*, 2011.

(13) Nell'ordinamento giuridico italiano la "riabilitazione penale" consente alla persona condannata, che ha manifestato sicuri segni di ravvedimento, di ottenere l'estinzione degli effetti penali della condanna, e delle pene accessorie (es.l'intedizione dai pubblici uffici), salvo tuttavia che la legge disponga diversamente: la persona riacquista così le capacità eventualmente perdute. Così dispone l'art. 178 del codice penale.

Con riferimento all'ambito oggettivo, non tutti i debiti sono ammessi al beneficio di esdebitazione. L'art. 142 prevede che siano esclusi dalla esdebitazione: "gli obblighi di mantenimento e alimentari e comunque le obbligazioni derivanti da rapporti estranei all'esercizio dell'impresa". Sono inoltre esclusi i debiti per il risarcimento dei danni da fatto illecito extracontrattuale nonché le sanzioni penali ed amministrative di carattere pecuniario che non siano accessorie a debiti estinti per esdebitazione ⁽¹⁴⁾.

Riguardo al debitore civile l'art. 14 *terdices* della L. 3/2012 introdotto dal soprarichiamato decreto sviluppo *bis* inizia sancendo che "il debitore persona fisica è ammesso al beneficio della liberazione dei debiti residui nei confronti dei creditori concorsuali non soddisfatti".

L'esdebitazione non opera: in caso di debiti derivanti da obblighi di mantenimento o alimentari; per debiti da risarcimento dei danni da illecito extracontrattuale, sanzioni pecuniarie penali e amministrative; debiti fiscali che, pur avendo causa anteriore, sono stati accertati successivamente al decreto di apertura delle procedure di composizione delle crisi da sovraindebitamento.

Con riferimento ai requisiti per ottenere l'esdebitazione si prevede in particolare che il debitore abbia "cooperato al regolare ed efficace svolgimento della procedura". I termini "regolare ed efficace svolgimento" non sono compresi nell'art. 142 dove, in punto di requisiti per l'esdebitazione del debitore fallito, si parla genericamente di cooperazione. Di recente il Tribunale di Busto Arsizio (sentenza della Seconda Sezione Civile del 15 settembre 2014) ha confermato la possibilità teorica di attivare il procedimento anche se il creditore è unico e si identifica con l'Agente per la riscossione (vedi il caso appunto di debiti con Equitalia, la società per azioni che dal 2007 si occupa della riscossione delle imposte a livello nazionale).

La scarsa applicazione dell'istituto del discharge del civil debtor trova ragione nella mancanza di norme che definiscano quali siano i requisiti degli enti autorizzati a gestire

(14) Ad esempio il pagamento delle tasse è considerato un debito pecuniario verso lo Stato. Il ritardo nel pagamento delle tasse importa sanzioni amministrative accessorie.

la crisi di sovraindebitamento. La disciplina è intervenuta con il D.M. Giustizia 24 settembre 2014, n. 202 pubblicato in Gazzetta Ufficiale 27 gennaio 2015, n. 20. Il decreto istituisce il registro degli organismi autorizzati alla gestione della crisi da sovraindebitamento.

3. Esdebitazione e diritto delle obbligazioni. Il problema del pagamento dei debiti esdebitati.

Nell'ordinanza di remissione alla Corte Costituzionale della questione di legittimità della esdebitazione il tribunale di Bolzano, osservava che l'istituto dell'esdebitazione (ex art. 142 l.fall.) “modifica, con norma eccezionale e solo per alcuni soggetti, il precedente sistema generale, in quanto - derogando «alla regola generale del nostro diritto civile per cui i debiti vanno pagati fino a che non vengano evangelicamente rimessi oppure fino a che non si prescrivano» - non consente la conservazione, una volta chiuso il fallimento, del diritto dei creditori di cercare di riscuotere i crediti insoluti sui beni futuri del debitore (guadagni, eredità, vincite, donazioni, ecc.)”⁽¹⁵⁾.

Il riferimento è al fondamentale principio della responsabilità patrimoniale di cui all'art. 2740 codice civile in base al quale il debitore risponde delle obbligazioni assunte con tutti i suoi beni presenti e futuri⁽¹⁶⁾.

Il punto è che l'esdebitazione, come più volte detto, determina una estinzione del debito in via diretta, e solo in via indiretta incide sulla garanzia patrimoniale ad esso correlata⁽¹⁷⁾. Non si crea quindi un'eccezione al principio di responsabilità patrimoniale di cui all'art.

(15) Cfr. A. CARRATTA, *Dell'esdebitazione del fallito e della sua illegittimità costituzionale*, in *Giurisprudenza italiana*, 2009, I, 400; V. SANTORO, *Commento sub artt. 142, 143, 144*, in *La riforma della legge fallimentare*, a cura di Nigro, Sandulli, II, Torino, 2006, 848.

(16) E. FRASCAROLI SANTI, *L'esdebitazione del fallito: un premio per il fallito o un'esigenza di mercato?*, in *Dir. fall.*, 2008, 37.

(17) Così L. BARBIERA, *La responsabilità patrimoniale. Disposizioni generali (artt. 2740-2744)*, in *Comm. Cod. Civ. Schlesinger*, Milano, 2010, p. 145., il quale paragona l'effetto della esdebitazione alla avvenuta prescrizione di un credito. Il debitore resta moralmente obbligato all'adempimento e ove paghi non avrà diritto alla ripetizione.

2740 c.c.

L'inquadramento degli effetti della esdebitazione rispetto alla posizione del debitore e del creditore assume rilievo nel momento in cui ci si interroga in ordine agli effetti di un eventuale pagamento del debito esdebitato. Il debitore, una volta uscito dalla crisi, potrebbe avere interesse a pagare i debiti anche per recuperare rapporti commerciali nonché per presentarsi nel mercato con una immagine positiva di debitore osservante e rispettoso delle obbligazioni contratte.

Si porrebbe a questo punto il problema relativo al se considerare detta ipotesi una forma di pagamento dell'indebitato con i conseguenti possibili effetti restitutori.

La dottrina maggioritaria, come detto, tende a parlare di estinzione del debito esdebitato ed inquadra il problema del pagamento dello stesso all'interno della disciplina dell'adempimento delle obbligazioni naturali di cui all'art. 2034 ove si prevede che "non è ammessa ripetizione di quanto è stato spontaneamente prestato in esecuzione di doveri morali e sociali"⁽¹⁸⁾.

(18) L. BALESTRA, *Le obbligazioni naturali nel pensiero di Michele Giorgianni*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2008, II, 227. Volendo richiamare un esempio di applicazione dell'art. 2034 possiamo ricordare una recente sentenza della Corte di Cassazione in materia di famiglia di fatto. Dice la Suprema Corte "Le unioni di fatto, quali formazioni sociali che presentano significative analogie con la famiglia formatasi nell'ambito di un legame matrimoniale e assumono rilievo ai sensi dell'art. 2 Cost., sono caratterizzate da doveri di natura morale e sociale di ciascun convivente nei confronti dell'altro, che si esprimono anche nei rapporti di natura patrimoniale. Ne consegue che le attribuzioni patrimoniali a favore del convivente "more uxorio" effettuate nel corso del rapporto (nella specie, versamenti di denaro sul conto corrente del convivente) configurano l'adempimento di una obbligazione naturale ex art. 2034 cod. civ., a condizione che siano rispettati i principi di proporzionalità e di adeguatezza, senza che assumano rilievo le eventuali rinunce operate dal convivente - quale quella di trasferirsi all'estero recedendo dal rapporto di lavoro - ancorché suggerite o richieste dall'altro convivente, che abbiano determinato una situazione di precarietà sul piano economico, dal momento che tali dazioni non hanno valenza indennitaria, ma sono espressione della solidarietà tra due persone unite da un legame stabile e duraturo.": Cass. 22. 01. 2014, n. 1277, in *Foro it.* 2014, 4, I, 1149.