

## L'esdebitazione (già) al vaglio della Consulta

di **Claudio Sabbatini**

Pubblicato il 1 agosto 1999

### **In breve**

La riforma del gennaio 2006 ha introdotto nel sistema del diritto **fallimentare** la disciplina dell'esdebitazione, che prende il posto della riabilitazione del fallito.

L'istituto, nato nei secoli scorsi ed introdotto nel sistema moderno, ha creato molte aspettative che, al momento, sono state disattese, soprattutto per il suo limitato ambito applicativo.

Recentemente la Corte costituzionale ha dichiarato il procedimento di esdebitazione poco garantista nei confronti dei creditori, per cui ha dichiarato l'illegittimità di quella parte dell'articolo 143 L.F. che esclude la necessità di comunicare ai creditori della richiesta di liberazione dai debiti avanzata, entro un anno dalla chiusura del fallimento, dal debitore.

L'istituto della esdebitazione consente al debitore, persona fisica, che presenti certi requisiti indicati dalla legge, a seguito della conclusione della procedura di fallimento, di vedere cancellati i debiti residui nei confronti dei creditori concorsuali non soddisfatti integralmente nell'ambito della procedura, e dei quali dunque il fallito sia ancora gravato (1). La finalità è, evidentemente, quella di consentire al fallito il cosiddetto "*fresh start*", ossia la possibilità di iniziare una nuova attività **commerciale** senza il peso dei pregressi debiti, e di eliminare il fenomeno di ex-falliti che operano tramite familiari o prestanome. Dunque il fallito potrà riprendere la

propria attività con assoluta tranquillità e libertà, poiché i creditori non potranno più agire nei suoi confronti chiedendogli la parte non soddisfatta dei loro crediti.

**Condizioni** - L'esdebitazione, la cui disciplina si trova negli articoli 142 e seguenti della Legge Fallimentare (L.F., cioè il R.D. 16 marzo 1942, n. 267, come modificato dal Decreto Legislativo 9 gennaio 2006, n. 5) ha una lunga storia (si veda il riquadro) e ammette al beneficio della liberazione dei debiti non onorati a condizione che (art. 142 L.F.) il fallito persona fisica:

- abbia collaborato con gli organi della procedura (curatore e soprattutto comitato dei creditori), fornendo tutte le informazioni e la documentazione utile all'accertamento del passivo e adoperandosi per il proficuo svolgimento delle operazioni;
- non abbia violato l'obbligo di consegnare al curatore la corrispondenza;
- non abbia beneficiato di altra esdebitazione nei 10 anni precedenti la richiesta;
- non avere una fedina penale macchiata da condanna per bancarotta.

Secondo l'articolo 143, il Tribunale, sentito il curatore ed il comitato dei creditori e verificata la condotta "meritoria" sopra menzionata, con il decreto di chiusura del fallimento o su ricorso del debitore presentato entro l'anno successivo "dichiara inesigibili nei confronti del debitore già dichiarato fallito i debiti concorsuali non soddisfatti integralmente": si attua quindi una remissione giudiziale al fallito meritevole.

L'esdebitazione **non può essere concessa** qualora non siano soddisfatti, neppure in parte, i creditori concorsuali: questi ultimi sono i creditori privilegiati. In

altre parole, è necessario che vengano pagati, almeno parzialmente i crediti ammessi con privilegio, mentre si può accedere al beneficio anche in assenza totale di soddisfazione da parte dei creditori chirografari. Interpretando diversamente il secondo comma dell'art. 142 si giungerebbe alla conclusione, non scritta nella norma, che il privilegio sia stato integralmente pagato (art. 111 L.F.). Dunque non può condividersi un'interpretazione restrittiva della norma che richieda il pagamento, anche se parziale, dei creditori chirografari (decreto del 2 aprile 2008 emesso dal Tribunale di Firenze).

Contro il decreto del tribunale può essere proposto reclamo dai creditori non integralmente soddisfatti.

#### **Le origini che vengono dal passato**

Il procedimento di esdebitazione ha avuto origine nei primi anni del '700 in Inghilterra e, successivamente, è approdato nelle colonie britanniche del Nord America, poi Stati Uniti. L'introduzione del *discharge* fu effettuata nell'interesse dei creditori e dello Stato per indurre il fallito al rilascio dei beni ed al rispetto delle disposizioni della legge. Il certificato attestante l'avvenuta liberazione doveva essere frutto di un'intesa tra i creditori, sottoscritto da un certo numero di essi, calcolati per numero e valore, ed era condizionato in definitiva alla loro volontà. Nella legislazione americana vennero effettuati una serie di interventi e controlli da parte del tribunale che, per un verso, attenuava i poteri dei creditori, ma per altro verso condizionava l'effettiva liberazione al pagamenti di debiti di particolare natura, tra cui quelli fiscali.

**La recente introduzione dell'esdebitazione** nel procedimento

**fallimentare** - Nella sua versione moderna, la cancellazione dei debiti ha avuto un percorso difficile. Era annunciata come una delle novità più emblematiche della riforma **fallimentare**, in vigore - per la parte che qui ci interessa - dal luglio 2006, tesa a rafforzare l'indirizzo di fondo dell'intera riforma, cioè quella di considerare il fallimento come una (spiacevole) eventualità dell'esito dell'attività intrapresa dall'imprenditore, ma non come di un sistema volto a bollare il fallito come incapace e disonesto. I numeri (2), per ora, non danno ragione a chi considerava questa novità una ghiotta occasione per fallire, non pagare e ricominciare: le richieste di esdebitazione, in pochi mesi del 2008, sono solo poche decine. La limitazione del beneficio al solo imprenditore persona fisica, escludendo così le persone giuridiche che dunque non avevano la possibilità di riprendere l'attività, ha reso il procedimento poco usato.

A ciò si aggiunga l'effetto che nasce dalla riforma del 2006, che ha introdotto le cosiddette soglie di fallibilità che hanno drasticamente ridotto il numero dei fallimenti (e di conseguenza dei soggetti che potenzialmente possono fruire del beneficio economico della cancellazione dei debiti).

Neppure l'intervento del decreto correttivo di settembre 2007 ha invertito la tendenza: l'articolo 19 del D.Lgs. 169/2007 ha esteso retroattivamente l'applicazione del beneficio dell'esdebitazione anche alle procedure fallimentari pendenti al 16 luglio 2006, data di entrata in vigore del D.Lgs. n. 5/2006 (risulta poco comprensibile la scelta del legislatore di non consentire l'ammissione al beneficio anche alle procedure chiuse a tale data, visto che l'obiettivo di fondo della disciplina di cui si discute è quello di ampliare l'ambito di operatività dell'istituto: ai soggetti esclusi non resta che ottenere la "vecchia" riabilitazione).

Anche per le procedure chiuse nel 2007 è possibile richiedere l'esdebitazione entro un anno dalla data di entrata in vigore del decreto della "controriforma" **fallimentare**, cioè dalla data del 1° gennaio 2008 (3).

**Le questioni sollevate con la riforma** - Alle difficoltà così delineate si aggiungono quelle proposte dalla dottrina e che presto dovranno trovare un chiarimento dalla giurisprudenza: si pensi a come conciliare la volontà del legislatore della riforma di premiare il fallito che, grazie al suo intervento collaborativo, consente di velocizzare la conclusione della procedura **fallimentare** con i tempi della giustizia penale, atteso che il beneficio dell'esdebitazione è concedibile al fallito che, con sentenza passata in giudicato (!!), non sia stato condannato per bancarotta fraudolenta o per altri reati penali.

Oppure si pensi ai confini incerti dei debiti esclusi dall'esdebitazione ex art. 142, comma 3, L.F.: mentre il testo ante D.Lgs. 169/2007 faceva un preciso riferimento ai rapporti non compresi nel fallimento ai sensi dell'articolo 46 L.F., il testo oggi in vigore si limita a citare i "rapporti estranei all'esercizio dell'impresa". E' facile immaginare i problemi applicativi che nasceranno dall'individuazione delle fattispecie escluse dal beneficio della remissione dei debiti.

**Risvolti fiscali** - Infine, non si dimentichi anche un interessante risvolto di carattere fiscale: il procedimento di esdebitazione decretato dal Tribunale riguarda i debiti che sopravvivono al fallimento. Benché la remissione dei debiti possa avvenire contestualmente al decreto di chiusura del fallimento, ha un effetto sull'imprenditore fallito e tornato *in bonis*.

Dunque, mentre è certo che le sopravvenienze attive generate dalla remissione dei debiti non concorrono a formare il residuo attivo del fallimento assoggettato ad imposizione (atteso che tali componenti positivi risultano estranei alla procedura **fallimentare** che si conclude con il pagamento previsto dal piano di riparto) dovrebbe essere probabile (ma quasi certo, data l'impossibilità di interpretare diversamente ed estensivamente la legge fiscale) l'impossibilità di applicare all'esdebitazione l'articolo 88, comma 4, del TUIR (D.P.R. 917/1986), che stabilisce: "Non si considerano sopravvenienze attive ..... la riduzione dei debiti dell'impresa in sede di concordato **fallimentare** o preventivo".

Rammentiamo che la citata disposizione, si propone lo scopo di evitare di rendere non appetibile l'istituto del concordato.

Infatti, se la riduzione dei debiti ottenuta tramite concordato (o se i plusvalori latenti dei beni patrimoniali) fossero assoggettati ad imposizione si arriverebbe alla situazione paradossale per cui quanto meno i creditori vengono soddisfatti tanto più sul residuo si applica il prelievo impositivo, inducendo le società a preferire il fallimento nel quale la tassazione avviene solo sull'eventuale residuo a conclusione della procedura.

**La bocciatura della Consulta** - Intanto, un primo ma significativo intervento giurisprudenziale è giunto dalla Corte costituzionale che risponde ad una questione di legittimità sollevata dalla Corte d'appello di Venezia.

La Consulta boccia quella parte dell'articolo 143 L.F. che esclude la comunicazione ai creditori della richiesta avanzata dal debitore.

In effetti, così come è formulato il testo dell'art. 143, pare che il Tribunale non debba

fare un controllo di merito ma debba limitarsi a svolgere un ruolo ridotto alla tutela della mera legalità. Quindi, se il fallito è in possesso dei requisiti (tra cui la collaborazione con gli organi della procedura) e questi siano documentati nel fascicolo della procedura (come si potrà evincere dalle relazioni periodiche che il curatore presenta al Giudice delegato) difficilmente il Tribunale può esimersi dal concedere l'esdebitazione.

Secondo la Consulta (sentenza n. 181 del 30 maggio 2008) la mera constatazione dei fatti che depongono in favore dell'affermazione del possesso, in capo al fallito, dei requisiti necessari per ottenere l'esdebitazione e l'esclusione di un qualsiasi ulteriore esame di merito da parte del Tribunale costituisce un procedimento poco garantista per il creditore, al quale, di fatto, viene impedito il diritto di difesa e la tutela giurisdizionale assicurati dall'articolo 24 della Costituzione.

**La (insufficiente) tutela riservata ai creditori** - Al creditore insoddisfatto non resta che proporre reclamo nei modi ordinari contro la pronuncia finale, ma questa previsione, contenuta nell'ultimo comma dell'art. 143 in commento, non è sufficiente ad assicurare il diritto di difesa.

In pratica, i creditori i cui crediti non sono stati soddisfatti dal riparto derivante dalla procedura **fallimentare**, si trovano a prendere atto dell'impossibilità di agire nei confronti dell'imprenditore tornato *in bonis* per il recupero del loro credito (residuo per quelli assistiti da privilegio e residuo o totale per quelli chirografari).

L'organo Statale precisa che l'irragionevolezza e l'ingiustizia derivano dal mancato invito dei creditori insoddisfatti mediante apposita comunicazione dell'avvio

del ricorso introduttivo del ricorso teso ad ottenere la cancellazione dei debiti residui. Gli stessi creditori che, all'avvio della procedura concorsuale, si sono insinuati nel passivo **fallimentare** per vedere soddisfatto il loro credito si trovano, al termine della procedura, insoddisfatti ed impossibilitati ad agire personalmente, e senza possibilità di contestare la concessione del beneficio della remissione dei debiti.

Infine, ribadisce la Corte, un provvedimento (come quello dell'esdebitazione) è costituzionalmente legittimo se rispetta le garanzie minime del contraddittorio (nel caso specifico, contraddittorio con i creditori insoddisfatti), assicurando alle parti la possibilità di partecipare al procedimento decisionale.

Domenico Pascuzzi e Andrea Marchigiani  
4 Agosto 2008

#### NOTE

- (1)** Così V. De Michele in "La controriforma al diritto **fallimentare**", ed. Il Sole 24 Ore, pag. 8.
- (2)** Vedi Il Sole 24 Ore del 18 maggio 2008.
- (3)** V. De Michele, op. cit., pagg. 178 e 179.



