



**DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA**

**Cattedra di Diritto delle Crisi d'Impresa**

**IL FRESH START IN ITALIA E NEGLI STATI UNITI**

RELATORE

Chiar.mo Prof. **Vincenzo de Sensi**

CANDIDATO

**Steven Taylor**

Matr. **130993**

CORRELATORE

Chiar.mo Prof. **Giorgio Meo**

ANNO ACCADEMICO 2018/2019

# IL FRESH START IN ITALIA E NEGLI STATI UNITI

## INTRODUZIONE

### CAPITOLO I

#### L'EVOLUZIONE DELLA *DISCHARGE* NEGLI STATI UNITI D'AMERICA.

1. Il *Bankruptcy Act* del 1800: origini e fondamento dell'istituto.
2. Il *Bankruptcy Act* 1841: il carattere volontario della *bankruptcy*.
3. Il *Bankruptcy Act* 1867: un compromesso fra I diversi interessi.
4. Il *Bankruptcy Act* 1898: l'esdebitazione come effetto pressoché automatico della procedura.
5. Gli emendamenti successivi alla *Torrey Bill* del 1903, del 1910 e del 1926.
6. Il *Chandler Act* del 1938 ed i successivi emendamenti.
7. Il *Celler Amendment* e gli emendamenti del 1970.
8. Il *Bankruptcy Code* del 1978 e l'attuale disciplina.
9. Liquidazione e *discharge* ai sensi del *Chapter 7*.
10. *Chapter 11*: la riorganizzazione della situazione finanziaria del debitore e *discharge*.
11. *Chapter 13*: procedura di *adjustment* e *discharge*.

## **CAPITOLO II**

### **L'ESDEBITAZIONE NELL'ORDINAMENTO GIURIDICO ITALIANO.**

1. Il predecessore dell'istituto: la riabilitazione.
2. La Commissione Trevisanato.
3. L'introduzione dell'esdebitazione nell'ordinamento giuridico italiano.
4. Le condizioni soggettive ed oggettive per l'esdebitazione.
5. Il procedimento di esdebitazione.
6. Le problematiche con la normativa preesistente.

## **CAPITOLO III**

### **L'EVOLUZIONE NORMATIVA E LE IMPLICAZIONI ECONOMICHE E SOCIALI DELL'ISTITUTO.**

1. L'esdebitazione nel Codice della crisi e dell'insolvenza.
2. Cenni sull'esdebitazione del sovraindebitato.
3. Le radici ideologiche, etiche e ratio dell'istituto.
4. La compatibilità della discharge con il principio della responsabilità patrimoniale del debitore.
5. Il ruolo del *fresh start* nello scenario economico globale.

## **CONCLUSIONI**

## **BIBLIOGRAFIA**

## INTRODUZIONE

Nel 2006 è stata introdotta per la prima volta, nell'ordinamento giuridico italiano, la possibilità per il debitore di ottenere una liberazione dalle obbligazioni pregresse. L'introduzione dell'esdebitazione si colloca all'interno di un generale processo di riforma del diritto concorsuale, il quale è tutt'ora in corso. Questa novità sul piano normativo ha costituito il primo passo verso il definitivo ripudio della concezione sanzionatoria del fallimento ed ha permesso di rivalutare le potenzialità economiche dell'imprenditore fallito. Liberare il debitore dalle obbligazioni pregresse comporta, oltre che il ripristino della libertà e della dignità della persona, un beneficio per la collettività intera, la quale potrà godere della rinnovata capacità di produrre di un agente economico che operare e consumare all'interno del mercato.

L'istituto è basato sul modello della *discharge* anglosassone, le cui origini devono essere collocate nel 1705, con la legge 4 *Anne, ch. 17*, la quale, prendendo una svolta in senso favorevole al debitore, stabiliva la liberazione dei debitori dai debiti esistenti fino alla data del fallimento. Secondo alcuni, però, è possibile rinvenire provvedimenti antesignani dell'istituto già nell'ordinamento giuridico dell'Antica Grecia o nel diritto italiano intermedio (da cui deriva il detto, menzionato da Benedetto Croce, "Colonna mia aggarbata, io m'aggio fatto il diébbete e tu me l'hai pavate"). Vi è anche chi individua il primo provvedimento che prevede la liberazione del debitore sfortunato nell'antico Codice di Hammurabi, risalente a circa al 2300 a.C., il quale stabiliva "Se

un uomo ha contratto un debito e non può pagare un creditore per mancanza di raccolto dovuta ad inondazione o siccità, non sia vincolato dal contratto e non paghi interessi per quell'anno”.

L'obiettivo del presente elaborato è quello di studiare l'evoluzione dell'istituto dell'esdebitazione e le conseguenze che questa ha per il debitore che ne beneficia, concentrandosi, in particolare sulla c.d. *fresh start policy*, ovvero la possibilità per il debitore liberato di ripartire da zero attraverso, appunto, un nuovo inizio. A tal fine, è da ritenersi necessario iniziare dallo studio del percorso seguito dalla *discharge* statunitense. L'esperienza nordamericana, trattata nel capitolo I, offre la possibilità di cogliere da un lato, le concrete declinazioni della c.d. *debt discharge* e, dall'altro, di come il complessivo *favor debitoris* tipico degli ordinamenti anglosassoni abbia nel tempo suscitato preoccupazioni in merito alle possibili condotte opportunistiche e fraudolente del debitore. La normativa statunitense ha progressivamente influenzato altri ordinamenti, come il nostro, i quali si sono progressivamente orientati nell'assimilazione delle istanze della *fresh start policy*, nel tentativo di armonizzarla con i valori su cui essi si fondano.

Il capitolo II si propone di studiare l'introduzione e gli effetti dell'istituto nel sistema giuridico italiano, all'interno del quale i motivi sottostanti l'applicazione dell'istituto divergono parzialmente rispetto agli ordinamenti di *common law*, in quanto si sono evoluti sulla scia di profondi cambiamenti politici ed economici che hanno caratterizzato il secolo scorso.

Infine, il capitolo III evidenzierà da un lato, i nuovi caratteri che assumerà l'esdebitazione con l'entrata in vigore della riforma

c.d. Rordorf e la compatibilità di quest'ultima con il secolare principio della responsabilità patrimoniale del debitore; e dall'altro, le radici ideologiche sottostanti la *discharge* e il ruolo che questa, unitamente alla politica del *fresh start*, ha nello scenario economico globale.

# **CAPITOLO I**

## **L'EVOLUZIONE DELLA DISCHARGE NEGLI STATI UNITI D'AMERICA.**

### **1. Il *Bankruptcy Act* del 1800: origini e fondamento costituzionale dell'istituto.**

Negli Stati Uniti già nel 1787, anno di redazione della *United States Constitution*, fu riconosciuta l'importanza di dettare una disciplina fallimentare che fosse uniforme in tutti gli Stati. Tale esigenza fu rappresentata nella stessa costituzione, mediante l'inserimento di un'apposita clausola (*Bankruptcy Clause*) mediante la quale era attribuito al Congresso il potere di “*uniform laws on the subject of bankruptcies throughout the United States*”.<sup>1</sup>

Tale clausola assegnò quindi la potestà normativa in materia fallimentare esclusivamente agli organi federali.<sup>2</sup> Il potere normativo in questione, rimase tuttavia inattuato per ben oltre un

<sup>1</sup>Cost. USA, art. 1, sez. 8, cl. 4: “*To establish an uniform Rule of Naturalization, and uniform Laws on the subject of Bankruptcies throughout the United States.*”

<sup>2</sup>Chiaramente, fino a che gli Stati Uniti non ottennero l'indipendenza dalla Gran Bretagna, la disciplina in materia fallimentare coincise con quella della madre patria inglese. Si veda sul punto, TABB, CHARLES JORDAN, *The Historical Evolution of Bankruptcy Discharge*, *American Bankruptcy Law Journal*, col 63 n. 3, 1991, p. 325-344.

decennio, e, nell'inerzia del legislatore federale, furono i vari Stati a munirsi di singole legislazioni fallimentari, adottando – alcuni di essi - un approccio *pro-debtor* ed introducendo forme preliminari di *discharge*.<sup>3</sup>

Tali sforzi locali non furono tuttavia sufficienti a fronteggiare la crisi economica che aveva caratterizzato l'ultimo decennio dell'800 in quanto (i) non tutti gli Stati avevano introdotto una legge fallimentare e (ii) alcuni di quelli che l'avevano introdotta non avevano previsto che mediante una procedura concorsuale il debitore fosse integralmente liberato dai propri debiti o, ancora, (iii) ove previsto il *relief* completo non era visto di buon occhio.

Tali difficoltà, dovute principalmente ad una molteplicità di disposizioni normative in materia, portarono all'adozione della prima legge fallimentare federale: il c.d. *Bankruptcy Act* del 1800,<sup>4</sup> la quale tuttavia fu abrogata nel 1803, in quanto, secondo alcuni, favoriva eccessivamente la classe mercantile rispetto a quella agricola, non prevedendo per quest'ultima o per i *nonmerchants* alcuna liberazione dai debiti.

<sup>3</sup> Termine che, prima dell'introduzione dell'esdebitazione nel nostro ordinamento, veniva generalmente tradotto come "liberazione del debitore dai suoi debiti." V. DE SENSI, *L'etica del fallimento*, in *Rivista di diritto dell'impresa*, 1/2003, Napoli, p. 167.

<sup>4</sup> *Bankruptcy Act* del 1800, *ch.* 19, in 2 *U. S. Statutes at large* 19 (1800). L'*Act* fu approvato per un solo voto, quello dello *Speaker* Sedgwick of Massachussets. NOEL F. R., *A history of the bankruptcy law*, C. H. Potter & Company, 1919, p. 130.



La stesura del testo fu influenzata da diverse correnti di pensiero:<sup>5</sup> una prima, c.d. *pro-debtor*, che favoriva una procedura fallimentare volontaria; una seconda, c.d. *pro-creditor*, la quale supportava procedure esclusivamente involontarie o a base mista; ed infine una a favore degli “*state’s rights*” contraria ad una disciplina fallimentare uniforme a livello federale.<sup>6</sup> Il risultato di questo conflitto di orientamenti fu una legge a contenuto misto, principalmente basata sul modello inglese dell’epoca<sup>7</sup> e prevalentemente orientata alla tutela dei creditori.

Circa il contenuto dell’*Act* del 1800, questo prevedeva che:  
(i) potessero accedere alla procedura esclusivamente i mercanti;<sup>8</sup>  
(ii) la procedura fosse su instaurata esclusivamente in via involontaria,<sup>9</sup> l’apertura della stessa era dunque subordinata alla presentazione di apposita istanza da parte dei creditori<sup>10</sup>;

<sup>5</sup> DAVID A. SKEEL, *Debt’s Dominion: A History of Bankruptcy Law in America*, Princeton University Press, 2001.

<sup>6</sup> Spicca, fra i rappresentati di questo gruppo, Thomas Jefferson, preoccupato dai nuovi poteri in capo a gli organi federali. LEVIN, ELLIOT D., e JOHN M. ROGERS. "A Short History of American Bankruptcy Law in the 1800's: Part One." *Debt*3, vol. 22, no. 4, July/August 2007, pp. 26-31.

<sup>7</sup> 1732 English Statute of 5 George 2.

<sup>8</sup> Bankruptcy Act of 1800, ch. 19, § 1, 2 Stat. 20 (1800) (repealed 1803) (“*any merchant, or other person actually using the trade of merchandise, by buying and selling in gross, or by retail, or dealing in exchange, or as a banker, broker, factor, underwriter, or marine insurer*”).

<sup>9</sup> *Id.* § 2, 2 Stat. 21-22. “*A single creditor could file the petition if owed \$ 1,000; two creditors if their claims totaled \$ 1,500; or more than two creditors if owed \$ 2,000*”.

<sup>10</sup> Bankruptcy Act of 1800, ch. 19, § 1, 2 Stat. 2.

(iii) fosse attribuito al debitore, che aveva cooperato con gli organi della procedura al fine di superare la crisi, una completa *discharge*<sup>11</sup> dei suoi debiti<sup>12</sup>;

(iv) la bancarotta fraudolenta fosse sanzionata, non più con la pena capitale, bensì con la reclusione da dodici mesi a dieci anni<sup>13</sup>.

A ciò si aggiunga che l'*Act* ammetteva l'assegnazione di una c.d. *allowance* al debitore che si mostrava collaborativo; tale misura premiale era quantificata tenendo conto della percentuale di soddisfazione garantita ai creditori<sup>14</sup> e permetteva l'esclusione di taluni beni dalla procedura, tra cui i "*necessary wearing apparel*" ed i "*necessary bed and bedding*" del fallito, di sua moglie e dei suoi figli.<sup>15</sup>

Così come nel sistema britannico, la *discharge* non era di automatica applicazione per il fallito, ma poteva essere ottenuta solo con il consenso dei *bankruptcy commissioners*<sup>16</sup> e dei creditori, i quali erano chiamati ad esprimersi mediante un documento operativo denominato *certificate of discharge*.<sup>17</sup>

<sup>11</sup> *Id.* § 34, 2 Stat. 30 ("*and every such bankrupt shall be discharged from all debts by him or her due or owing, at the time he or she became bankrupt, and all which were or might have been proved under the said commission*").

<sup>12</sup> *Id.* §§ 38, 60, 2 Stat. 32, 35. Dall'atto risulta chiaro, però, che qualora fosse stato negato il *certificate of discharge*, il debitore correva il rischio di essere arrestato ed incarcerato per i propri debiti. *Id.* § 60, 2 Stat. 35-36.

<sup>13</sup> Confrontare *Bankruptcy Act of 1800*, ch. 19, § 18, 2 Stat. 27 (1800), con 5 Geo. 2. c. 30, § 1 (1732).

<sup>14</sup> *Ibidem.* § 34, 2 Stat. 30.

<sup>15</sup> *Ch.* 19, sez. 5, 18, 2 *U.S. Statutes at large* 23, 27 (1800).

<sup>16</sup> Questi avevano un ruolo simile a quello di un giudice fallimentare moderno, con funzioni tuttavia più amministrative.

<sup>17</sup> *Ibidem.* § 36, 2 Stat. 31.

Dal punto di vista procedurale, al fine dell'ottenimento dell'esdebitazione era necessario che il debitore ottenesse il consenso della maggioranza dei *commissioners*, nonché provasse di aver diligentemente rappresentato tutti i beni di cui fosse titolare (c.d. *full discovery*) e, da ultimo, si fosse conformato pienamente alla legge.<sup>18</sup>

Ad ogni modo, per porre un limite al potere discrezionale dei *commissioners*, l'*Act* prevedeva che giudice designato potesse comunque concedere il certificato di esdebitazione al fallito, qualora ritenesse che fosse stato irragionevolmente negato<sup>19</sup>. Da ultimo, prima che il giudice potesse concedere il certificato al fallito, questi era tenuto a giurare che il consenso dei creditori fosse stato ottenuto "*fairly and without fraud*". Era comunque attribuito ai creditori il diritto di presentare opposizione all'emissione del certificato.<sup>20</sup>

La *discharge* non poteva essere concessa al fallito in una serie di casi tassativi,<sup>21</sup> e veniva sottoposta a stringenti limitazioni nei casi in cui il debitore ne avesse già beneficiato in passato.<sup>22</sup>

<sup>18</sup> Il certificato doveva anche essere firmato dai creditori che rappresentassero i due terzi della massa, che fossero titolari di crediti provati superiori a 50\$. *Id.* § 36, 2 Stat. 31.

<sup>19</sup> *Id.* § 36, 2 Stat. 31.

<sup>20</sup> Bankruptcy Act of 1800, ch. 19, §§ 36, 52, 2 Stat. 31, 34

<sup>21</sup> In particolare, quando avesse omesso di rivelare l'esistenza di crediti fittizi o avesse perduto 50\$ al gioco d'azzardo in una sola volta o 300\$ in totale nell'anno precedente. *Sez. 37, 2 U.S. Statutes at large* 31-32.

<sup>22</sup> Per poter ottenere il beneficio una seconda volta, il fallito doveva corrispondere almeno il 75% del dividendo ai creditori, indipendentemente da quanto tempo fosse trascorso dal primo fallimento. *Sez. 37, 2 U.S. Statutes at large* 31-32.

Nonostante le forti limitazioni, la *discharge*, quando concessa, aveva un'ampia area applicativa, in quanto erano da questa esclusi solo i debiti contratti nei confronti degli Stati Uniti o dei singoli Stati federali (c.d. *non-dischargeable debts*).<sup>23</sup>

Differentemente a quanto previsto nell'attuale diritto statunitense,<sup>24</sup> il *certificate of discharge* aveva il valore processuale di *affirmative defense* e non operava invece automaticamente: gravava quindi sul debitore l'onere di far valere l'ottenuta esdebitazione al fine di arrestare le azioni giudiziarie eventualmente esperite nei suoi confronti.

I creditori, di contro, potevano inficiare la validità del certificato di esdebitazione, dimostrando che questo fosse stato ottenuto “*unfairly, and by fraud*” o che il debitore avesse celato l'esistenza di beni di sua proprietà di un valore pari o superiore ai 100,00\$.

Come detto, il *Bankruptcy Act* del 1800 rimase in vigore solo tre anni. Difatti, l'abuso delle tutele attribuite, da tale legge, alla classe imprenditoriale portò nel 1803 alla sua abrogazione, riportando quindi gli Stati Uniti ad una legislazione frammentata in tema di insolvenza e fallimento per i trentotto anni successivi.

L'inadeguatezza di questo sistema frammentario fu in seguito constatata da due note sentenze della *US Supreme Court*: *Sturges v. Crowninshield* (1819)<sup>25</sup> e *Ogden v. Saunders* (1827).<sup>26</sup> Nella prima, la corte osservò che le leggi statali che prevedevano

<sup>23</sup> Bankruptcy Act of 1800, ch. 19, §62,2 Stat. 36.

<sup>24</sup> 11 USC. Sez. 524(a)(1), (2) (West Supp. 1991).

<sup>25</sup> 17 U.S. (4 Wheat.) 122(1819).

<sup>26</sup> 25 U.S. (12 Wheat.) 213 (1827).

la liberazione dai debiti preesistenti erano in contrasto con le previsioni costituzionali in tema di responsabilità contrattuale; nella seconda invece, la Corte Suprema dichiarò l'incostituzionalità della previsione che ammetteva, in uno Stato, la liberazione del debitore dai debiti assunti nei confronti di un cittadino di un altro Stato.<sup>27</sup>

L'Act del 1800, in conclusione, contribuì ben poco all'evoluzione del diritto fallimentare statunitense, potendosi dunque dire che la sua unica rilevanza storica risiede nell'essere il primo intervento federale in materia.<sup>28</sup>

## **2. Il Bankruptcy Act 1841: il carattere volontario della bankruptcy.**

Il sostanziale fallimento delle singole legislazioni nazionali nell'affrontare il c.d. *Panic* del 1837, portò all'emanazione di una nuova legislazione federale: il *Bankruptcy Act* del 1841.<sup>29</sup> Questa, per la portata innovativa che ha avuto con riguardo alla *discharge* nel diritto statunitense, può essere paragonata allo *Statute of 4 Anne* inglese.<sup>30</sup>

<sup>27</sup> Nel caso *Ogden*, la corte però affermò anche che erano valide le previsioni che concedevano la *discharge* per i debiti assunti nei confronti di un cittadino dello stesso stato.

<sup>28</sup> TABB, CHARLES JORDAN, *The historical evolution of bankruptcy discharge*, *American bankruptcy law journal*, col 63 n. 3, 1991, p 345.

<sup>29</sup> *Bankruptcy Act* del 1841, 5 *U.S. Statutes at large* 441 (1841).

<sup>30</sup> È stata considerata da Tabb "*the second watershed event, along with the Statute of 4 Anne, in the evolution of bankruptcy discharge.*" TABB, C.J. *The Historical Evolution of Bankruptcy Discharge*, *American Bankruptcy Law Journal*, col 63 n. 3, 1991, p. 349.

Ad ogni modo, tale legge federale si pose quale obiettivo quello di riformare completamente la procedura fallimentare. Infatti, se prima il fallimento era visto come un rimedio per il creditore, disponibile solo su base involontaria e solo nei confronti di *merchants and traders*, l'Act del 1841 mirò a tutelare direttamente i debitori.

Fu introdotta per la prima volta nella storia del diritto fallimentare anglo-sassone la possibilità di instaurare una *bankruptcy* volontaria: il debitore che intendesse beneficiare della *discharge* poteva dunque presentare apposita istanza (*file a petition in bankruptcy*) e, una volta ottenuto il consenso dei creditori e dimostrato il rispetto dei requisiti di legge, ottenere effettivamente l'esdebitazione.

Di grande rilievo fu l'estensione del perimetro soggettivo di applicazione della *voluntary bankruptcy*<sup>31</sup>: tale procedura fu infatti estesa a "*all persons whatsoever ... owning debts,*"<sup>32</sup> a prescindere dalla qualifica professionale.

Tale legge modificò dunque la natura del procedimento di *bankruptcy* e, per questo, fu colpita da aspre critiche. La discussione in merito alla costituzionalità della norma coinvolse anche esponenti politici dell'epoca, tra cui Thomas Benton e John Calhoun, secondo cui l'espressione "*the subject of bankruptcies*" indicata nella U.S. Constitution si dovrebbe riferire al concetto di

<sup>31</sup> Per questa fu però mantenuta anche la procedura involontaria (*Bankruptcy Act* del 1841, *ch. 9*, sez. 1, 5 Stat. 441-42).

<sup>32</sup> *Bankruptcy Act* del 1841, *ch. 9*, sez. 1, 5 *U.S Statutes at large* 441.

*bankruptcy* così come inteso nel 1789 e quindi esperibile solo come procedura involontaria nei confronti dei *traders*.

Anche alla luce di tali argomentazioni, la disposizione federale entrò comunque in vigore<sup>33</sup> ed i dubbi circa la sua costituzionalità non raggiunsero mai importanza tale per far sottoporre la legge al vaglio della *Supreme Court*.<sup>34</sup>

Furono molteplici infatti gli effetti positivi apportati dalla legge del 1841, tra cui si annovera certamente il contrasto di comportamenti preferenziali posti in essere dal debitore in chiara lesione della *par condicio creditorum*.

Tali comportamenti<sup>35</sup> erano infatti sanzionati negando al debitore l'accesso all'esdebitazione<sup>36</sup>.

Ad ogni modo, ai fini della presente analisi occorre osservare che nelle sezioni 3<sup>37</sup> e 4<sup>38</sup> dell'*Act* del 1841 sono indicati i requisiti di accesso alla esdebitazione in termini meno restrittivi rispetto alla legge del 1800. Più nel dettaglio, il debitore – per

<sup>33</sup> Anche grazie al sostegno apportato da Daniel Webster, suo più tenace sostenitore.

<sup>34</sup> Per le corti inferiori, non fu mai messa in discussione la legittimità costituzionale della legge. Il giudice Marshall, nel caso *Sturges* del 1819, sostenne che una procedura di *voluntary bankruptcy* ben avrebbe potuto essere conforme alla costituzione, non ritenendo determinante ai fini della costituzionalità della normativa il rispetto incondizionato della distinzione fra *bankruptcy law* e *insolvency law*. 17 U.S. (4 Wheat.) 122, 194 (1819).

<sup>35</sup> Spesso anche solo distanza fisica.

<sup>36</sup> Veniva negata l'esdebitazione qualora l'atto preferenziale fosse stato realizzato nei due mesi antecedenti il fallimento, salvo che nonostante tale preferenza la maggioranza dei creditori non beneficiari avesse comunque acconsentito alla *discharge* del debitore (*Bankruptcy Act of 1841*, ch. 9, § 2, 5 Stat. 442).

<sup>37</sup> *Bankruptcy Act of 1841*, ch. 9, § 3, 5 Stat. 443-44 (1841).

<sup>38</sup> *Bankruptcy Act of 1841*, ch. 9, § 4, 5 Stat. 443-44 (1841).

godere di tale diritto - avrebbe dovuto consegnare spontaneamente ed in buona fede tutte le sue *non-exempt properties*,<sup>39</sup> obbedire agli ordini della *Court* ed, in generale, conformarsi alle previsioni dell'*Act*.

La legge intervenne anche con riferimento al consenso dei creditori, riducendo la percentuale richiesta per l'ammissione alla *discharge* dai due terzi alla mera maggioranza semplice, da calcolarsi per teste e per valore dei rispettivi crediti.

Inoltre, mentre secondo la disciplina previgente sarebbe spettato al debitore il compito di adoperarsi per ottenere il consenso dei creditori, con la nuova legge il silenzio di questi ultimi assunse valore positivo<sup>40</sup>.

Ai sensi della nuova disciplina, l'udienza per la concessione dell'esdebitazione si sarebbe dovuta tenere dinnanzi alla *district court* competente e alla stessa avrebbero avuto il diritto di comparire e far valere le loro ragioni, tutti i creditori dissenzienti<sup>41</sup>

<sup>39</sup> *Bankruptcy Act* del 1841, ch. 9, sez. 3, 5 *U.S. Statutes at large* 442-43. L'esenzione del *wearing apparel* presente nell'*Act* del 1800 fu mantenuta, mentre fu rimessa alla discrezionalità dell'*assignee* quella del *necessary bed and bedding*. Fra le eccezioni furono aggiunte anche "*the necessary household and kitchen furniture, and such other articles and necessaries of such bankrupt as the said assignee shall designate and set apart, having reference in the amount to the family, condition, and circumstances of the bankrupt.*" Per un confronto con la legge precedente vedere *Bankruptcy Act* del 1800, ch. 19, sezz. 5, 18, 2 *U.S. Statutes at large* 23, 27 (1800).

<sup>40</sup> COUNTRYMAN, *A history of American bankruptcy law*, in 81 *Commercial L.J.*, 1976, p. 229.

<sup>41</sup> *Bankruptcy Act of 1841*, ch. 9, § 4, 5 Stat. 443-44 (1841).



In caso di diniego, era attribuita al debitore la possibilità di proporre appello presso la *Circuit Court* ovvero di richiedere un *trial by jury*.<sup>42</sup>

L'Act, per via della sua portata innovativa, trovò forti opposizioni anche dopo la sua entrata in vigore; principali motivi furono la bassa percentuale di soddisfazione dei creditori<sup>43</sup> e le elevate spese di procedura.

Tutto ciò, unito al discontento generale dei creditori, portò all'abrogazione dell'Act nel marzo 1843, appena un anno dopo la sua entrata in vigore<sup>44</sup>.

Nonostante ciò, dal 1841 in poi non fu mai più messa in discussione l'appartenenza della *voluntary bankruptcy* per i *non-merchants*;<sup>45</sup> l'Act del 1841 rappresentò dunque una pietra miliare della *bankruptcy law* statunitense.

### **3. Il *Bankruptcy Act* del 1867: un compromesso fra i diversi interessi.**

In seguito all'abrogazione dell'Act del 1841, passarono quasi venticinque anni prima di una nuova riforma federale in materia

<sup>42</sup> *Bankruptcy Act of 1841*, ch. 9, § 4, 5 Stat. 444 (1841).

<sup>43</sup> Studi statici dimostrarono come in media venivano pagati dividendi pari al 10%. *I Natl Bankr. News* 9, col. 1 (Dec. 1, 1898).

<sup>44</sup> *An Act to Repeal the Bankruptcy Act*, ch. 82, 5 Stat. 614 (1843).

<sup>45</sup> Il carattere volontario della *bankruptcy* fu confermato nei lavori preparatori per all'approvazione del successivo *Bankruptcy Act* del 1867.

fallimentare. Durante questo lasso di tempo, ciascuno Stato adottò la propria disciplina fallimentare.

Un nuovo intervento legislativo federale si rese indispensabile alla luce del c.d. *Panic* del 1857<sup>46</sup> e della sanguinosa guerra civile che travolse gli Stati Uniti in quegli anni (12 Aprile 1861 – 9 Maggio 1865). Tale esigenza sfociò nel *Bankruptcy Act* del 1867.<sup>47</sup>

In particolare, ci si rese conto che solo una disciplina a livello federale avrebbe potuto garantire al debitore una *discharge* completa.

La stesura di un nuovo *Act* incontrò rilevanti difficoltà, per via dei molteplici orientamenti esistenti in materia: il risultato finale fu un compromesso fra gli interessi dei creditori e quelli dei debitori.<sup>48</sup>

In ogni caso, la riforma fu mossa, da un lato, dal desiderio di “*relieve the plight of debtors*”<sup>49</sup> e, dall’altro, dal desiderio dei creditori del Nord di riscuotere i propri crediti dai debitori dei *Southern States*<sup>50</sup>.

<sup>46</sup> Una nuova crisi economica causata dal declino dell’economia internazionale e dalla sovra-espansione dell’economia domestica statunitense. Sul punto, vedere la prefazione a *Collected Works of Karl Marx and Frederick Engels*, Volume 28, New York, 1986, p. XIII.

<sup>47</sup> *Bankruptcy Act* del 1867, *ch.* 176, 14 *U.S. Statutes at large* 517.

<sup>48</sup> C. WARREN, *Bankruptcy in United States History*, Harvard University Press, 1935 p. 105.

<sup>49</sup> C. WARREN, *Bankruptcy in United States History*, Harvard University Press, 1935, p. 105.

<sup>50</sup> C. J. TABB, *The Historical Evolution of Bankruptcy Discharge*, *American Bankruptcy Law Journal*, col 63 n. 3, 1991, p. 353.

Come detto, la nuova legge dovette intervenire sul tema delle c.d. *state exemptions*, in quanto numerosi Stati adottarono normative – anche di rango costituzionale – talmente garantiste nei confronti del debitore da far sorgere dubbi di costituzionalità delle stesse.<sup>51</sup>

Sicché nel 1872 un emendamento<sup>52</sup> stabilì che entro il 1871<sup>53</sup>, si sarebbe dovuto adottare una legge federale che permettesse di uniformare la posizione dei debitori e dei creditori in ciascuno Stato: tale legge fu il *Bankruptcy Act* del 1867.

Più nel dettaglio, tale nuovo *Act* introdusse la soglia di soddisfazione del 50% del valore nominale di ciascun credito per l'attribuzione dell'esdebitazione. Allo stesso tempo, la legge federale introduceva un'accezione alla regola appena menzionata: nonostante il mancato raggiungimento della soglia, il debitore poteva essere liberato se la maggioranza dei creditori acconsentiva<sup>54</sup>.

Nonostante le vittorie, sul piano legislativo, delle forze *pro-debtor*, non fu possibile garantire l'accesso alla *discharge* a tutti i debitori che ne avessero bisogno. Infatti, uno dei problemi principali dell'*Act* del 1867 è proprio la difficoltà di accesso

<sup>51</sup> I dubbi furono sciolti da una pronuncia della Corte Suprema nel 1902.

<sup>52</sup> *An Act to declare the true intent and meaning of the Act [of 1872]*

<sup>53</sup> Oltre questa data le *exemptions* previste a livello nazionale potevano trovare applicazione solo rispetto a debiti anteriori. In merito, C. WARREN, *Bankruptcy in United States History*, Harvard University Press, 1935, pp. 111-12

<sup>54</sup> *Bankruptcy Act* del 1867, *ch.* 176, sez. 33, 14 *U.S. Statutes at large* 533 (1867).

all'esdebitazione<sup>55</sup>. Di fatto, meno di un terzo dei soggetti dichiarati falliti riusciva, successivamente, ad accedere alla *discharge*<sup>56</sup>. Le difficoltà al conseguimento del beneficio erano principalmente dovute alla lunga lista dei casi in cui questo poteva essere negato contenuta nella sezione 29 dell'*Act*<sup>57</sup>.

<sup>55</sup> Remington H., *A treatise on the bankruptcy law of the United States*, a cura di J. Henderson, 5.ed., 1950, p. 18.

<sup>56</sup> Countryman, *A history of American bankruptcy law*, in 81 *Commercial L.J.*, 1976, p. 230.

<sup>57</sup> In particolare, il *Bankruptcy Act* of 1867, ch. 176, § 29, 14 Stat. 531-32 (1867) (repealed 1878), stabiliva: *No discharge shall be granted, or, if granted, be valid, if the bankrupt has willfully sworn falsely in his affidavit annexed to his petition, schedule, or inventory, or upon examination in the course of the proceedings in bankruptcy, in relation to any material fact concerning his estate or his debts, or to any other material fact; or if he has concealed any part of his estate or effects, or any books or writings relating thereto, or if he has been guilty of any fraud or negligence in the care, custody, or delivery to the assignee of the property belonging to him at the time of the presentation of his petition and inventory, excepting such property as he is permitted to retain under the provisions of this act, or if he has caused, permitted, or suffered any loss, waste, or destruction thereof; or if, within four months before the commencement of such proceedings, he has procured his lands, goods, money, or chattels to be attached, sequestered, or seized on execution; or if, since the passage of this act, he has destroyed, mutilated, altered, or falsified any of his books, documents, papers, writings, or securities, or has made or been privy to the making of any false or fraudulent entry in any book of account or other document, with intent to defraud his creditors; or has removed or caused to be removed any part of his property from the district, with intent to defraud his creditors; or if he has given any fraudulent preference contrary to the provisions of this act, or made any fraudulent payment, gift, transfer, conveyance, or assignment of any part of his property, or has lost any part thereof in gaming, or has admitted a false or fictitious debt against his estate; or if, having knowledge that any person has proved such false or fictitious debt, he has not disclosed the same to his assignee within one month after such knowledge; or if, being a merchant or tradesman, he has not, subsequently to the passage of this act, kept proper books of account; or if he, or any person in his behalf, has procured the assent of any creditor to the discharge, or influenced the action of any creditor at any stage of the proceedings, by any pecuniary consideration or obligation; or if he has, in contemplation of becoming bankrupt, made any pledge, payment, transfer, assignment or conveyance of any part of his property, directly or indirectly,*

Un successivo emendamento intervenne nel 1874 eliminando per la *bankruptcy* involontaria il presupposto del consenso dei creditori<sup>58</sup>.

Tuttavia, fu proprio questa previsione a portare all'abrogazione dell'*Act*, in quanto i debitori non avevano incentivo a proporre istanza di *voluntary bankruptcy* e pertanto cercavano di eludere tale procedura concludendo piuttosto degli accordi collusivi con la controparte nelle procedure involontaria<sup>59</sup>.

#### **4. Il *Bankruptcy Act* 1898: l'esdebitazione come effetto pressoché automatico della procedura.**

Ulteriori crisi economiche (*Panics*) nel 1884 e nel 1893, portarono il Congresso ad approvare, nel 1898, la c.d. *Torrey Bill*.<sup>60</sup> Con questa nuova legge si ebbe, finalmente, negli Stati

*absolutely or conditionally, for the purpose of preferring any creditor or person having a claim against him, or who is or may be under liability for him, or for the purpose of preventing the property from coming into the hands of the assignee, or of being distributed under this act in satisfaction of his debts; or if he has been convicted of any misdemeanor under this act, or has been guilty of any fraud whatever contrary to the true intent of this act....*

TABB, CHARLES JORDAN, *The Historical Evolution of Bankruptcy Discharge*, *American Bankruptcy Law Journal*, col 63 n. 3, 1991, p. 358.

<sup>58</sup> In particolare, la soglia necessaria per la liberazione senza necessità del consenso fu ridotta dal 50% al 30% del dividendo. *Ch. 390*, sez. 9, 18 *U.S. Statutes at large* 180 (1874).

<sup>59</sup> F. R. NOEL, *A history of the bankruptcy law*, C. H. Potter & Company, 1919, p. 153.

<sup>60</sup> *Bankruptcy Act* del 1898, *ch. 541*, 30 *U.S. Statutes at large* 544 (1898). Così battezzata in onore del suo proponente, il Colonnello Jay Torrey.

Uniti, la definitiva adozione di una legge federale uniforme in materia fallimentare.

Il *Bankruptcy Act* del 1898 mantenne il carattere di volontarietà e di accessibilità della procedura. Infatti, superando il limite soggettivo, la procedura di *voluntary bankruptcy* fu resa accessibile a tutti i *debtors*, con l'esclusione delle società di capitali (“*[a]ny person who owes debts, except a corporation*”).<sup>61</sup> Queste erano invece soggette alla procedura involontaria,<sup>62</sup> a cui potevano accedere anche a tutte le persone fisiche, ad esclusione dei lavoratori subordinati e degli agricoltori.

Di conseguenza, a fare ricorso alla procedura di *bankruptcy* volontaria erano prevalentemente i *non-merchants*, in quanto per l'imprenditore dell'epoca era più conveniente l'esercizio dell'attività d'impresa in forma societaria (c.d. *corporations*), in virtù dell'autonomia patrimoniale perfetta che caratterizzava l'istituto.

Con la legge del 1898, l'istituto della *discharge*, e quindi il *favor debitoris*, furono ulteriormente rafforzati: scopo primario della procedura concorsuale non era più quello di tutelare i

<sup>61</sup> *Bankruptcy Act* del 1898, *ch.* 541, sez. 4(a), 30 *U.S. Statutes at large* 547 (1898). All'interno della nozione di *corporations* erano incluse sia le *municipal corporations* (le società ferroviarie, d'assicurazione e bancarie) che le *building and loan associations*. *Bankruptcy Act* del 1898, sez. 4. Sul punto, Rossi, *Il fallimento nel diritto americano*, Padova, 1956, p. 74.

<sup>62</sup> *Bankruptcy Act* del 1898, sez. 4. In particolare, la procedura involontaria era aperta a tutte le persone fisiche, con l'esclusione dei *wage earners* e degli agricoltori, e a tutte le *moneyed, business or commercial corporations*, da cui erano eccettuate le società ferroviarie, d'assicurazione, bancarie e le *building and loan associations*.

creditori dai comportamenti opportunistici della classe mercantile, bensì quello di consentire il reingresso del debitore, vittima di una sventura economica, nel ciclo economico produttivo.

In particolare, la sez. 1(12) del *Bankruptcy Act* del 1898 si preoccupò di fornire una nuova definizione<sup>63</sup> di *discharge* osservando che: “*the release of a bankrupt from all of his debts which are provable in bankruptcy, except such as are excepted by this Act.*”<sup>64</sup>

Peraltro, la nuova legge si preoccupò sin da subito di fornire una previsione che potesse coordinare le varie *exemptions* previste dai singoli Stati: la sezione 6 stabiliva infatti che il debitore avrebbe potuto beneficiare, a seconda del caso, delle *exemptions* previste dallo Stato in cui insisteva il suo domicilio, senza che le eccezioni alla *discharge* stabilite dalla legislazione federale potessero interferire in alcun modo.

Per quanto concerne invece i profili procedurali, nel caso della *voluntary bankruptcy*, la riforma stabiliva che il debitore poteva presentare alla *Court of Bankruptcy* istanza per l'emissione del certificato di esdebitazione entro un anno dalla dichiarazione di fallimento.<sup>65</sup> L'esdebitazione, quindi, poteva essere pronunciata direttamente dal Tribunale, al seguito di un breve

<sup>63</sup> Una definizione analoga è fornita dalla giurisprudenza. Si veda, in particolare, *Irving Federal Savings and Loan Association v. Billings*, 146 B. R. 431 (Bankr. N. D Ill. 1992).

<sup>64</sup> *Bankruptcy Act* del 1898, sez. 1(12).

<sup>65</sup> *Bankruptcy Act* del 1898, sez. 14(a).

contraddittorio fra il debitore e le altre parti interessate, riguardante esclusivamente i debiti c.d. *provable in the bankruptcy*.<sup>66</sup>

Tutto ciò era applicabile, purché il fallito non avesse commesso alcuno dei reati previsti dalla medesima legge, punibili con la reclusione, ossia non avesse distrutto, occultato od omesso di registrare fatti di rilevanza contabile, con il deliberato e fraudolento intento di non rendere note all'esterno le proprie condizioni finanziarie in vista del suo successivo fallimento.<sup>67</sup>

In tali ipotesi il debitore non avrebbe chiaramente goduto della liberazione dai c.d. *non-dischargeable debts*, individuati dalla sez. 17(a) della legge.<sup>68</sup>

Come nelle versioni precedenti della legge, anche in questo caso fu attribuita ai creditori la possibilità di ottenere la revoca della *discharge*, in tutti quei casi in cui esse fossero riusciti a dar prova, entro un anno dalla dichiarazione di esdebitazione, della condotta fraudolenta del debitore.<sup>69</sup>

Alla luce di quanto su esposto appare evidente che, il *Bankruptcy Act* del 1898 segnò una svolta decisiva<sup>70</sup> nel percorso

<sup>66</sup> *Bankruptcy Act* del 1898, sez. 1 a(12). P. J. HARTMAN, *The dischargeability of debts in bankruptcy*, in 15 *Vanderbilt L. Rev* (1961-62), p. 13 ss.

<sup>67</sup> *Bankruptcy Act* del 1898, sez. 14(b).

<sup>68</sup> In una prospettiva per lo più criminalistica, al fine di disincentivare i *dishonest debtors* dal realizzare condotte opportunistiche. Sul punto v. *An interview with the Hon. David B. Henderson, reprinted from the Bankruptcy Magazine*, in *A National Bankruptcy Law*, 1897, p. 30.

<sup>69</sup> *Bankruptcy Act del 1898*, sez. 15(a).

<sup>70</sup> Fu anche il passo finale nel processo di emancipazione della disciplina nordamericana da quella inglese



dell'evoluzione legislativa fallimentare statunitense: l'esdebitazione era ormai un effetto pressoché automatico della procedura di *bankruptcy*,<sup>71</sup> svincolato da un penetrante controllo burocratico.<sup>72</sup>

La classe creditrice vide il suo potere ridursi notevolmente con la riforma: nella *bankruptcy* volontaria fu abolita qualsiasi soglia di consenso<sup>73</sup>. La liberazione dalle proprie obbligazioni non discendeva più dal possesso dei requisiti di legge, bensì dall'assenza di elementi ostativi alla *discharge*. Ormai, il passaggio da un sistema *pro-creditor* ad un sistema *pro-debtor* era ultimato: l'ultimo vero requisito necessario affinché ottenesse la liberazione era l'onestà del debitore istante<sup>74</sup>.

Secondo l'opinione dominante comunque, il *Bankruptcy Act* del 1898 tutelò eccessivamente gli interessi della classe debitrice.<sup>75</sup> Dai numerosi commenti negativi rinvenibili in dottrina si evince come la legge, pur potenzialmente perseguendo il pregevole fine di voler rivalutare la posizione del *debtor*, veniva in realtà percepita dagli occhi dei contemporanei come uno

<sup>71</sup> LORENZO CARLI, *L'Esdebitazione*, Università di Pisa, 2014, p. 97.

<sup>72</sup> Questo era secondo alcuni alla base degli elevati costi della procedura, i quali hanno contribuito all'abrogazione di tutti gli interventi federali precedenti. *Id.* p. 97.

<sup>73</sup> C. J. TABB, *The Historical Evolution of Bankruptcy Discharge*, *American Bankruptcy Law Journal*, col 63 n. 3, 1991, p. 364.

<sup>74</sup> “[t]he granting or withholding of it is dependent upon the honest of the man, not upon the value of his estate.” *House of Representatives Reports* n. 65, 55th Congr., 2nd Sess. 43 (1898).

<sup>75</sup> Al punto da venire sprezzantemente definita “*poor-debtor law*.” J. M. OLMSTEAD, *Bankruptcy, a commercial regulation*, in 15 *Harv. L. Rev.* (1902), pp. 829.

strumento inadeguato ed inefficace nei confronti dei debitori disonesti.<sup>76</sup>

## **5. Gli emendamenti successivi alla *Torrey Bill*: del 1903, del 1910 e del 1926.**

Dopo la sua entrata in vigore nel 1898, il *Bankruptcy Act* fu oggetto di una serie di emendamenti, connotati dall'essere particolarmente spiacevoli per i debitori.<sup>77</sup>

L'emendamento del 1903 individuò quattro nuove ipotesi al verificarsi delle quali sarebbe stato negato il beneficio della *discharge*: a) quando il debitore avesse ottenuto credito attraverso dichiarazioni mendaci in forma scritta; b) quando, nei quattro mesi antecedenti il fallimento, il debitore avesse effettuato trasferimenti di beni di sua proprietà al fine di sottrarli alla disponibilità dei creditori; c) ogni qualvolta il fallito si fosse rifiutato di eseguire un ordine della *bankruptcy Court* o di rispondere a domande da questa poste; d) qualora ne avesse già beneficiato nei sei anni precedenti.<sup>78</sup> Inoltre, sempre ai fini del

<sup>76</sup> In *National Bankruptcy News* 6, col. 2 (1° Dicembre 1898) (citazione di W.H. Hotchkiss).

<sup>77</sup> Secondo alcuni autori sembrano addirittura "essere stati scritti dalla mano dei creditori." *Amendments to the Bankruptcy Act*, in 16 *Harv. L. Rev.* (1902-03), pp. 359 e 360.

<sup>78</sup> Ch. 487, § 4, 32 *Stat.* 797 (1903) (*repealed* 1978). La commissione incaricata alla redazione dell'emendamento spiegò: "No person who has been guilty of any of these fraudulent acts should be discharged, and a person who has refused to obey the order of the court ought not to be discharged, and it is quite clear that no person should have the benefit of the act as a voluntary bankrupt oftener than once in six

diniego del beneficio, scomparvero le limitazioni previste per i c.d. *bad books* dall'Act del 1898, secondo cui era necessario che l'eventuale distruzione, occultamento od omessa tenuta dei libri contabili fosse avvenuta in vista del successivo fallimento e che comunque fosse stata commessa dal debitore con dolo<sup>79</sup>. In aggiunta, furono individuate nuove categorie di debiti non soggetti a liberazione, si trattava ad esempio dei debiti relativi che trovavano loro fonte nell'obbligo di mantenimento della moglie e dei figli.<sup>80</sup>

L'*Amendment* del 1910<sup>81</sup> ampliò inoltre i poteri del *Trustee*,<sup>82</sup> rendendo necessaria la sua audizione ai fini della concessione dell'esdebitazione, e attribuendo a tale organo il diritto - se autorizzato dall'adunanza dei creditori - di opporsi a tale concessione. Furono altresì introdotti nuovi motivi di rigetto dell'istanza di esdebitazione, fra cui l'ipotesi di false dichiarazioni ad un rappresentante del creditore.<sup>83</sup>

L'emendamento del 1926<sup>84</sup> introdusse, in capo al giudice, il potere di valutazione in concreto dei motivi che avevano indotto

*years. Some men in some of the large cities have made bankruptcy a profession, and it is proposed by the amendment to stamp out these practices."* H.R. RaP. No. 1698, 57th Cong., 1st Sess. 2-3 (1902).

<sup>79</sup> Ch. 487, 32 Stat. 797 (1903) (repealed 1978).

<sup>80</sup> *Act of Feb. 5, 1903, ch. 487, in 32 U.S. Statutes at large 797 (1903).*

<sup>81</sup> *Act of June 25, 1910, ch. 412, 36 U.S. Statutes at large 838 (1910).*

<sup>82</sup> Organo deputato all'amministrazione del *bankruptcy estate*.

<sup>83</sup> Quindi non più necessariamente a lui direttamente, come nella disciplina precedente.

<sup>84</sup> *Act of May 27, 1926, in 44 U.S. Statutes at large 662 (1926).* In particolare, per i soli *voluntary proceedings*, rimosse la limitazione secondo cui vi era l'impossibilità

il debitore alla distruzione totale o parziale, all'occultamento o all'omissione della tenuta dei libri contabili; permettendo dunque la concessione della *discharge* anche in tali ipotesi qualora il giudice avesse ritenuto tali comportamenti giustificati. Sebbene tale previsione sembri introdurre, *prima facie*, un *favor* nei confronti del debitore, in realtà così non è, poiché fu temperata dall'inasprimento del requisito soggettivo: ai fini della configurazione della fattispecie non era più necessario che il debitore avesse agito il dolo, bensì era sufficiente la mera colpa.

Un'ultima novità introdotta dai predetti emendamenti riguarda l'onere della prova: mentre prima di tale momento spettava, a chiunque intendesse opporsi alla cancellazione dei debiti, addurre e provare i motivi giustificanti il diniego, in seguito all'emendamento, gravava invece sul debitore l'onere di provare di non aver commesso l'atto contestato.

## **6. Il *Chandler Act* del 1938 ed i successivi emendamenti.**

In risposta alla Grande Depressione degli anni '30, il Congresso nel 1938 emanò un *amendatory act* alla legge del 1898,

di ottenere la *discharge* per il fallito che ne avesse beneficiato nei sei anni antecedenti il fallimento. Aggiunse, inoltre, fra le situazioni ostative alla concessione del beneficio, quella in cui il debitore non fosse stato in grado di giustificare ogni mancanza o insufficienza di beni nel proprio patrimonio rispetto agli obblighi assunti. Questa previsione fu aggiunta al fine di evitare che, nonostante l'apparente regolarità della contabilità, non fosse sufficientemente evidente quale sorte tali beni mancanti avessero avuto.

soprannominato, in onore del suo principale sostenitore:<sup>85</sup> *Chandler Act*.<sup>86</sup> Tal atto fu frutto del lavoro della *National Bankruptcy Conference*, istituita nel 1932.<sup>87</sup> L'Act, nonostante formalmente costituisse un emendamento alla legge, in realtà ne stravolse completamente l'impianto.<sup>88</sup>

Per quanto concerne la *discharge*, l'emendamento in questione introdusse una serie di novità particolarmente significative, sia sul piano degli effetti che su quello del procedimento.

La prima innovazione, e forse anche la più significativa, riguarda l'effetto liberatorio, fu riconosciuta infatti per la prima volta l'operatività automatica dello stesso,<sup>89</sup> senza quindi che fosse necessaria un'istanza del debitore in tal senso. Questa

<sup>85</sup> NOVICA PETROVSKI, *The Bankruptcy Code, Section 1121: Exclusivity Reloaded*, 11 Am. Bankr. Inst. L. Rev. 451, 457 n. 19, 2003. L'autore riporta una citazione di Chandler: "The [A]ct was to revise the bankruptcy law to meet modern business and economic problems and to promote the welfare of all the people of the country."

<sup>86</sup> Act of June 22, 1938, Public Law n. 75-696, ch. 575, in 52 U.S. Statutes at large 840 (1938). diviso in quattordici capitoli e centoventicinque sezioni. Comportò la modifica di tutte le sezioni del *Bankruptcy Act* con eccezione delle sezz. 75 e 77 e vi aggiunse i cinque capitoli dal X al XIV.

<sup>87</sup> DAVID S. KENNEDY, ERNO LINDNER, *The Bankruptcy Amending Act of 1938/The Legacy of the Honorable Walter Chandler*, 41 U. MEM. L. REV. 769, 786 (2011).

<sup>88</sup> DAVID S. KENNEDY & R. SPENCER CLIFT, III, *An Historical Analysis of Insolvency Laws and Their Impact on the Role, Power, and Jurisdiction of Today's United States Bankruptcy Court and Its Judicial Officers*, 9 J.BANKR. L. & PRAC. 165, 166 (2000).

<sup>89</sup> *Bankruptcy Act* del 1898, sez. 14(a) così come modificata dal *Chandler Act*. "The adjudication of any person, except a corporation, shall operate as an application for a discharge: Provided, That the bankrupt may, before the hearing on such application, waive by writing, filed with the court, his right to a discharge. A corporation may, within six months after its adjudication, file an application for a discharge in the court in which the proceedings are pending."

previsione, oltre a snellire l'*iter* processuale, risolse un problema che frequentemente aveva caratterizzato la disciplina precedente: spesso il fallito non era consapevole di dover presentare una richiesta espressa per beneficiare dell'esdebitazione. La stessa disciplina non fu estesa anche alle *corporations*, per le quali rimase in vigore l'onere di presentazione dell'istanza di *discharge* entro sei mesi dalla dichiarazione di fallimento.<sup>90</sup>

La liberazione automatica permise di introdurre un'ulteriore novità: l'interrogatorio del fallito (c.d. *examination*). Alla prima adunanza dei creditori, oppure in un'adunanza appositamente convocata, era diritto del debitore essere sentito da questi. Successivamente, il Tribunale fissava un termine entro il quale il *Trustee*, un creditore o il Procuratore degli Stati Uniti potevano presentare obiezioni alla concessione della *discharge*. Se le obiezioni erano ritenute fondate, il beneficio era negato. Decorso invece il termine senza che fossero state presentate obiezioni, la *discharge* sarebbe stata senz'altro accordata.<sup>91</sup>

<sup>90</sup> *Bankruptcy Act* del 1898, sez. 14(a).

<sup>91</sup> *Bankruptcy Act* del 1898, sez. 14(b) così come modificata dal *Chandler Act*. "After the bankrupt shall have been examined, either at the first meeting of creditors or at a meeting specially fixed for that purpose, concerning his acts, conduct, and property, the court shall make an order fixing a time for the filing of objections to the bankrupt's discharge, notice of which order shall be given to all parties in interest as provided in section 58 of this Act. Upon the expiration of the time fixed in such order or of any extension of such time granted by the court, the court shall discharge the bankrupt if no objection has been filed; otherwise, the court shall hear such proofs and pleas as may be made in opposition to the discharge, by the trustee, creditors, the United States attorney, or such other attorney as the Attorney General may designate, at such time as will give the bankrupt and the objecting parties a reasonable opportunity to be fully heard."

Fu introdotta peraltro, la possibilità per il debitore di rinunciare al beneficio liberatorio attraverso il c.d. *waiver of the right to discharge*. La rinuncia poteva avvenire secondo due modalità: in *primis*, attraverso una dichiarazione scritta presentata al Tribunale, detta *express waiver*;<sup>92</sup> ovvero questa poteva essere anche desunta da comportamenti concludenti (*implied waiver*),<sup>93</sup> come, ad esempio, la mancata comparizione all'*examination* o il rifiuto di essere interrogato in sede di concessione della *discharge*.

Le ultime novità rilevanti riguardano i casi di esclusione dell'esdebitazione, in quanto fu aggiunta alle ipotesi già esistenti quella nella quale il debitore avesse beneficiato di un concordato nei sei mesi antecedenti al fallimento<sup>94</sup>.

<sup>92</sup> *Bankruptcy Act* del 1898, sez. 14(a).

<sup>93</sup> *Bankruptcy Act* del 1898, sez. 14(e).” *If the bankrupt fails to appear at the hearing upon his application for a discharge, or having appeared refuses to submit himself to examination, or if the court finds after hearing upon notice that the bankrupt has failed without sufficient excuse to appear and submit himself to examination at the first meeting of creditors or at any meeting specially called for his examination, he shall be deemed to have waived his right to a discharge, and the court shall enter an order to that effect.”*

<sup>94</sup> *Bankruptcy Act* del 1898, sez. 14(c). “*The court shall grant the discharge unless satisfied that the bankrupt has (1) committed an offense punishable by imprisonment as provided under this Act; or (2) destroyed, mutilated, falsified, concealed, or failed to keep or preserve books of account or records, from which his financial condition and business transactions might be ascertained, unless the court deems such acts or failure to have been justified under all the circumstances of the case; or (3) obtained money or property on credit, or obtained an extension or renewal of credit, by making or publishing or causing to be made or published in any manner whatsoever, a materially false statement in writing respecting his financial condition; or (4) at any time subsequent to the first day of the twelve months immediately preceding the filing of the petition in bankruptcy, transferred, removed, destroyed, or concealed, or permitted to be removed, destroyed, or concealed, any of his property, with intent to hinder, delay, or defraud his creditors; or (5) has within six years prior to bankruptcy been granted a discharge, or had a composition or an arrangement by*

## 7. Il *Celler Amendment* e gli emendamenti del 1970.

Nel 1960 il Congresso decise di intervenire nuovamente sul problema del denaro o dei beni ottenuti mediante false dichiarazioni. A questo fine, nello stesso anno, entrò in vigore il c.d. *Celler Amendment*,<sup>95</sup> il quale reintrodusse la distinzione fra debitore commerciale e debitore civile. In particolare, esso stabilì che le false dichiarazioni di cui sopra, sarebbero valse come elemento impeditivo alla *discharge* dei soli *merchants*. Per quanto riguarda i non-commercianti (c.d. *non-merchants*), tuttavia, questa tipologia di debiti venne qualificata dal provvedimento come *non-dischargeable debts*.<sup>96</sup> Questa scelta del legislatore, per quanto possa non apparire tale a prima vista, segue a pieno l'orientamento *pro-debtor* di quegli anni: infatti *ratio* di disposizione normativa era quella di evitare che il debitore, al momento della stipulazione di un contratto, fosse, a causa della

*way of composition or a wage earner's plan by way of composition confirmed under this Act; or (6) in the course of a proceeding under this Act refused to obey any lawful order of, or to answer any material question approved by, the court; or (7) has failed to explain satisfactorily any losses of assets or deficiency of assets to meet his liabilities: Provided, That if, upon the hearing of an objection to a discharge, the objector shall show to the satisfaction of the court that there are reasonable grounds for believing that the bankrupt has committed any of the acts which, under this subdivision c, would prevent his discharge in bankruptcy, then the burden of proving that he has not committed any of such acts shall be upon the bankrupt."*

<sup>95</sup> Act of July 12, 1960, Public law n. 86-621 in 74 U.S. Statutes at large 408 (1960).

<sup>96</sup> Lo stesso tipo di comportamento, posto in essere da soggetti distinti, comportava conseguenze diverse, pur implicando lo stesso effetto pratico di non consentire la liberazione con riguardo a quel debito. MARGHERITA ANDREUCCI, *L'esdebitazione in una prospettiva comparata: Regno Unito, Stati Uniti e Italia a confronto*, Università di Pisa, 2016, p. 61.



sua poca conoscenza della materia finanziaria, escluso dal procedimento esdebitativo. Inoltre, spesso era proprio la controparte contrattuale a sollecitare dichiarazioni finanziarie imprecise o incomplete, proprio al fine di evitare l'eventuale successiva liberazione del debitore.<sup>97</sup> Quest'ultima modifica, purtroppo, non sortì l'effetto sperato di porre fine a tali condotte da parte dei creditori, prevalentemente perché lasciava immutata la situazione patrimoniale del debitore<sup>98</sup>.

Infine, è da segnalare una delle modifiche introdotte da un altro emendamento del 1970<sup>99</sup>. Questo trasferì, sottraendola ai singoli stati, la *jurisdiction* per i procedimenti relativi alla concessione della *discharge* esclusivamente in capo al Tribunale fallimentare federale.

## **8. Il *Bankruptcy Code* del 1978 e l'attuale disciplina.**

Nel 1970 il Congresso istituì la *National Commission on Bankruptcy*, incaricata di redigere un nuovo e moderno *statute*.<sup>100</sup>

<sup>97</sup> MARGHERITA ANDREUCCI, *L'esdebitazione in una prospettiva comparata: Regno Unito, Stati Uniti e Italia a confronto*, Università di Pisa, 2016, p. 61.

<sup>98</sup> Questi era tenuto in ogni caso ad adempiere all'obbligazione, prima dell'entrata in vigore del provvedimento, a causa della minaccia della sua controparte, e, in seguito, perché esso era stato ricompreso nei *non-dischargeable debts*. MARGHERITA ANDREUCCI, *L'esdebitazione in una prospettiva comparata: Regno Unito, Stati Uniti e Italia a confronto*, Università di Pisa, 2016, p. 61

<sup>99</sup> *Act of Oct. 19, 1970, 854 U.S. Statutes at large 990 (1970)*.

<sup>100</sup> WILLIAM J. WOODWARD JR., in F. VASSALLI, F.P. LUISO ED E. GABRIELLI, *Trattato Di Diritto Fallimentare E Delle Altre Procedure Concorsuali, Volume V*, Torino, 2014, p. 357.

Ciò che emerse dai lavori della Commissione, dopo innumerevoli compromessi, fu il *Bankruptcy Reform Act* del 1978<sup>101</sup>, comunemente noto come “*Bankruptcy Code*” o più semplicemente “*Code*.”<sup>102</sup> Questo tutt’ora disciplina il diritto concorsuale statunitense ed è diviso in tredici *Chapters*, dei quali il primo, il terzo ed il quinto definiscono i principi generali in materia. Fra gli altri capitoli, che si occupano nello specifico delle singole procedure, quelli di maggior rilievo, ai fini di questa trattazione, sono i *Chapters* 7, 11 e 13. Il primo di questi si occupa della procedura di liquidazione; il *Chapter* 11 è destinato alla riorganizzazione delle imprese; ed infine il *Chapter* 13 riguarda la procedura di ristrutturazione.

## **9. Liquidazione e *discharge* ai sensi del *Chapter* 7.**

Come anticipato, il settimo *Chapter* del *Code* disciplina la liquidazione dei beni (*assets*) del debitore e la distribuzione dei relativi proventi ai suoi creditori, nel rispetto del principio della *par condicio creditorum*. Questa procedura è destinata alle persone fisiche (sia imprenditori che non), alle associazioni ed alle società, ed è caratterizzata da semplicità, celerità ed economicità.

<sup>101</sup> *Act of Nov. 6, 1978, 92 U.S. Statutes at large 2549 (1978)*.

<sup>102</sup> WILLIAM J. WOODWARD JR., in F. VASSALLI, F.P. LUISO ED E. GABRIELLI, *Trattato Di Diritto Fallimentare E Delle Altre Procedure Concorsuali, Volume V*, Torino, 2014, p. 357.

La legittimazione soggettiva varia a seconda che si tratti della procedura volontaria o di quella involontaria: nella prima chiaramente spetterà al debitore, il quale sarà incentivato a richiederla data l'assenza di alcun requisito di natura oggettiva;<sup>103</sup> nella seconda invece sarà di competenza dei creditori, anche se i presupposti sono stringenti a tal punto da scoraggiarne l'esercizio.<sup>104</sup>

L'effetto più importante che si produce con il deposito della domanda è quello del c.d. *automatic stay*,<sup>105</sup> in forza del quale sono sospese tutte le azioni esecutive esperibili nei confronti del patrimonio del debitore.

<sup>103</sup> Il debitore è tenuto a depositare istanza presso l'autorità giudiziaria del luogo di sua residenza, congiuntamente alla documentazione esemplificativa della sua situazione patrimoniale e reddituale corrente. Fra questi documenti rientrano: indicazione della consistenza dell'attivo e dei debiti; un prospetto delle entrate e delle spese; uno schema illustrativo degli eventuali contratti pendenti; un elenco dei creditori, con indicazione dell'ammontare e natura dei crediti; una minuziosa ricognizione delle proprie entrate; un elenco contenente tutte le proprietà e una dettagliata descrizione delle spese mensili destinate al proprio sostentamento.

<sup>104</sup> Come, ad esempio, la previsione secondo cui è necessario che i creditori istanti vantino crediti per un valore complessivo pari ad almeno \$ 10.000. 11 USC, sez. 303.

<sup>105</sup> 11 USC, sez. 362. "Except as provided in subsection (b) of this section, a petition filed under section 301, 302, or 303 of this title, or an application filed under section 5(a)(3) of the Securities Investor Protection Act of 1970, operates as a stay, applicable to all entities, of the commencement or continuation, including the issuance or employment of process, of a judicial, administrative, or other action or proceeding against the debtor that was or could have been commenced before the commencement of the case under this title, or to recover a claim against the debtor that arose before the commencement of the case under this title."

Il fallito conserva la materiale disponibilità del suo patrimonio fino all'emanazione del c.d. *order of relief*,<sup>106</sup> in forza del quale avviene lo spossessamento dei beni del debitore. Questi andranno a costituire il c.d. *bankruptcy estate*,<sup>107</sup> patrimonio di liquidazione, la cui gestione è affidata al *Trustee*. Quest'ultimo, oltre ad essere rappresentante legale dell'*estate*, è anche il soggetto incaricato dell'amministrazione della procedura: egli ha il compito di gestire e vendere gli *assets* del patrimonio, presiedere all'ammissione dei crediti ed eventualmente contestare i diritti vantati dai presunti creditori, nonché agire in giudizio per le azioni revocatorie, sia ordinarie che fallimentari.

Venendo ora ad analizzare la *discharge* ai sensi del *Chapter 7*, va subito detto che, sebbene come visto *supra* possono accedere alla procedura anche le società, a queste non è data la possibilità di beneficiare dell'esdebitazione, in quanto per esse finalità della procedura è quella di liquidare un patrimonio i cui debiti risultino maggiori degli *assets* utilizzabili. Da ciò discende che potranno beneficiare della *discharge* solo le persone fisiche, le quali, in virtù di un comportamento cooperativo e trasparente nel corso della procedura e senza aver compiuto atti pregiudizievoli nei confronti dei creditori, si siano dimostrate meritevoli del beneficio

<sup>106</sup> 11 USC, sez. 303(h). “*If the petition is not timely controverted, the court shall order relief against the debtor in an involuntary case under the chapter under which the petition was filed. Otherwise, after trial, the court shall order relief against the debtor in an involuntary case under the chapter under which the petition was filed.*”

<sup>107</sup> Da questo sono esclusi i guadagni conseguiti in qualsiasi forma dal debitore successivamente alla domanda e le c.d. *exempt properties*.

in questione. Tutto ciò discende dal principio tradizionale alla base dell'istituto della *discharge*, ossia quello secondo cui la procedura fallimentare è un rimedio per il c.d. “*honest but unfortunate debtor*,”<sup>108</sup> il quale potrà beneficiare di una nuova possibilità attraverso il c.d. *fresh start*. Conseguenza diretta di questa impostazione è che vi sono alcuni casi il cui verificarsi comporta l'impossibilità di ottenere la liberazione dai debiti.<sup>109</sup> Fra questi possiamo trovare: l'omesso deposito della documentazione contabile; omessa o insufficiente giustificazione della depauperazione del patrimonio; l'aver commesso reati nell'ambito della procedura; la violazione di un ordine del giudice fallimentare; il compimento di trasferimenti in frode ai creditori ed infine l'occultamento o distruzione di beni.<sup>110</sup>

Per quanto concerne i c.d. *non-dischargeable debts* (i debiti per i quali è espressamente esclusa la liberazione), possiamo indicare, fra i più rilevanti: i debiti per alimenti; debiti destinati al mantenimento di minori; alcuni debiti di natura fiscale;

<sup>108</sup> DAVID A. SKEEL, *Debt's Dominion: A History of Bankruptcy Law in America*, Princeton University Press, 2001, p. 193-194.

<sup>109</sup> Spetterà al Trustee o ai creditori l'onere di farli valere in giudizio al fine di opporsi all'esdebitazione.

<sup>110</sup> 11 USC, sez. 727; Bankruptcy Rule 4005. “(a) *The court shall grant the debtor a discharge, unless: (1) the debtor is not an individual;(2) the debtor, with intent to hinder, delay, or defraud a creditor or an officer of the estate charged with custody of property under this title, has transferred, removed, destroyed, mutilated, or concealed, or has permitted to be transferred, removed, destroyed, mutilated, or concealed*”

determinate tipologie di c.d. *student loans*;<sup>111</sup> debiti per la restituzione di prestiti ottenuti, o garantiti, da enti governativi; debiti per il risarcimento di danni cagionati con dolo; debiti risarcitori per morte o lesioni alle persone provocate dalla guida di veicoli in stato d'ebbrezza; debiti derivanti dall'esecuzione di un ordine di restituzione pronunciato dal giudice penale. Con riferimento a questa categoria di debiti permane l'obbligo del debitore di adempiere alle proprie obbligazioni, senza alterare il regime della responsabilità patrimoniale, di conseguenza i suoi creditori potranno agire per il recupero di quanto dovuto anche dopo la chiusura della procedura.<sup>112</sup>

Per quanto riguarda le tempistiche della procedura, come detto, queste sono connotate da particolare celerità: venti giorni dopo il deposito della domanda viene convocata la prima adunanza dei creditori, i quali hanno l'onere di proporre opposizione alla liberazione del debitore. Dopo un massimo di novanta giorni, in assenza di opposizioni, e sempre che il debitore non vi abbia rinunciato, il giudice dichiarerà l'avvenuta esdebitazione attraverso il c.d. *order of discharge*. Suddetto ordine è suscettibile di revoca, nei casi in cui i creditori o il *Trustee* diano prova che l'esdebitazione sia stata ottenuta dal debitore con frode, o nel caso in cui questi abbia omesso fraudolentemente di

<sup>111</sup> Sul punto, IULIANO, J, *An Empirical Assessment of Student Loan Discharges and the Undue Hardship Standard*, *The American bankruptcy law journal*, 2012, Vol. 86 (3), p. 495-525.

<sup>112</sup> 11 USC, sez. 523(a). "A discharge under section 727, 1141, 1228(a), 1228(b), or 1328(b) of this title does not discharge an individual debtor from any debt."

dare comunicazione dell'eventuale acquisto di beni ricompresi nell'attivo fallimentare.<sup>113</sup>

## **10. Chapter 11: la riorganizzazione della situazione finanziaria del debitore e *discharge*.**

La procedura descritta all'interno del *Chapter 11* del *Code* è finalizzata alla ristrutturazione della situazione finanziaria del debitore. Si distingue quindi dal settimo *Chapter*, poiché è finalizzata al risanamento dell'impresa anziché alla liquidazione del complesso aziendale. Quanto ai soggetti che possono accedervi, possono farvi corso sia persone fisiche che giuridiche, sebbene sia più idonea a fronteggiare le necessità delle imprese, sia in forma individuale che societaria.

La procedura può essere innescata, sia dal debitore che da un soggetto terzo, in particolare dai creditori, tramite la presentazione della c.d. *petition*.<sup>114</sup> A questa va allegato, al momento della presentazione o comunque entro i centoventi giorni successivi, un piano di riorganizzazione,<sup>115</sup> il quale evidenzia le attività presenti

<sup>113</sup> 11 USC, sez. 727(d). “(d) *On request of the trustee, a creditor, or the United States trustee, and after notice and a hearing, the court shall revoke a discharge granted under subsection (a) of this section if— (1) such discharge was obtained through the fraud of the debtor, and the requesting party did not know of such fraud until after the granting of such discharge; (2) the debtor acquired property that is property of the estate, or became entitled to acquire property that would be property of the estate, and knowingly and fraudulently failed to report the acquisition of or entitlement to such property, or to deliver or surrender such property to the trustee; or (3) the debtor committed an act specified in subsection (a)(6) of this section.*”

<sup>114</sup> 11 USC, sez. 303 (b).

<sup>115</sup> Decorso inutilmente il termine di centoventi giorni, detto *exclusivity period*, il piano potrà essere presentato da qualsiasi interessato. 11 USC, sez. 1121 (a) e (b).

nel patrimonio ed i modi in cui queste verranno impiegate per risanare l'impresa. In particolare, deve essere previsto il soddisfacimento integrale dei creditori privilegiati, mentre per i creditori chirografari non può essere prevista la corresponsione di una somma inferiore rispetto a quanto potrebbero ricevere attraverso la liquidazione. Circa l'ulteriore contenuto del piano, il legislatore lascia ampio spazio per eventuali accordi fra il debitore ed i creditori, fra cui la possibilità della divisione in classi di quest'ultimi, raggruppandoli per interessi omogenei e prevedendo un trattamento differenziato per le varie classi.

Al fine di assicurare il corretto svolgimento della procedura ed il rispetto delle regole dettate per il soddisfacimento dei creditori, la legge stabilisce che questa sia vigilata dal giudice, il quale ha anche il compito di pronunciarsi in caso di ingiustificato rigetto della proposta del debitore da parte del ceto creditorio, attraverso la regola del c.d. *cram down*.<sup>116</sup>

Per quanto riguarda l'approvazione del piano di riorganizzazione, questo, dopo essere stato depositato in Tribunale ed aver superato il vaglio di ammissibilità, viene sottoposto all'esame da parte dei creditori, dovendo essere approvato dalla maggioranza di questi, o delle rispettive classi qualora l'accordo abbia previsto la suddivisione nelle stesse.

Il debitore non perde l'amministrazione del proprio patrimonio, salvo il caso in cui il giudice non nomini, per via di

<sup>116</sup> 11 USC, sez. 1129 (b). Il giudice procederà sicuramente all'approvazione del piano quando questo risulti "*fair and equitable*."



comportamenti fraudolenti del debitore o per esigenze gestorie,<sup>117</sup> un *Trustee* in apposita udienza.

L'approvazione del piano (c.d. *confirmation*) produce due effetti: da un lato, l'effetto di *automatic stay* nei confronti dei creditori; e dall'altro, a differenza che nella procedura di *liquidation* dove non è automatica, l'effetto di *discharge* del debitore. L'esdebitazione si produce in relazione ai debiti esistenti al momento dell'omologazione,<sup>118</sup> ma è esclusa in una serie di ipotesi tassative,<sup>119</sup> al verificarsi delle quali al *Trustee* ed ai creditori spetterà la facoltà di *objection*, la quale potrà impedire l'effetto liberatorio a seguito del procedimento di c.d. *contested discharge*. Inoltre, come previsto nel *Chapter 7*, il debitore stesso potrà rinunciare all'esdebitazione.

La revoca dell'esdebitazione ha luogo attraverso la revoca del provvedimento di omologazione del piano, la quale deve essere richiesta entro dieci giorni dall'emanazione, nei casi in cui sia stata ottenuta con frode.

<sup>117</sup> 11 *USC*, sez. 1104 (a)(2). Quali l'interesse dei creditori o dei soci della società.

<sup>118</sup> Si estende anche ad alcuni debiti sorti dopo detta data, fra i quali i debiti derivanti dallo scioglimento dei contratti pendenti 11 [*USC*, sez. 502 (g)] e debiti tributari da soddisfarsi in via prioritaria [11 *USC*, sez. 502 (i)].

<sup>119</sup> 11 *USC*, sez. 1141 (d). “*Except as otherwise provided in this subsection, in the plan, or in the order confirming the plan, the confirmation of a plan...*”

## 11. *Chapter 13: procedura di adjustment e discharge.*

La procedura di *adjustment*<sup>120</sup> è strutturalmente simile a quella disciplinata dal *Chapter 11*, avendo come fasi *filing*, *plan* e *confirmation*, ma si distingue da quest'ultima per la sua semplicità. Innanzitutto, questa è limitata alle sole persone fisiche aventi un reddito regolare, che risultino titolari di debiti non garantiti di importo non superiore a \$394.725 e di debiti garantiti per un ammontare massimo di \$1.184.200.<sup>121</sup>

Il debitore è l'unico soggetto legittimato a depositare l'istanza per aprire il procedimento, unitamente alla documentazione prescritta,<sup>122</sup> la quale coincide con quella prevista dal *Chapter 7*. Inoltre, il debitore provvederà contestualmente, o al massimo entro i quindici giorni successivi, al deposito di il piano di *adjustment* il quale specifichi il trattamento dei creditori durante la pendenza del *Chapter 13*, il quale deve rispettare una serie di requisiti imposti dalla legge: i creditori non possono essere soddisfatti in maniera inferiore di

<sup>120</sup> “*adjustment of debts of an individual with regular income.*”

<sup>121</sup> 11 USC, sez. 109(e). “*Only an individual with regular income that owes, on the date of the filing of the petition, noncontingent, liquidated, unsecured debts of less than \$250,000 and noncontingent, liquidated, secured debts of less than \$750,000, or an individual with regular income and such individual’s spouse, except a stockbroker or a commodity broker, that owe, on the date of the filing of the petition, noncontingent, liquidated, unsecured debts that aggregate less than \$250,000 and noncontingent, liquidated, secured debts of less than \$750,000 may be a debtor under chapter 13 of this title*”

<sup>122</sup> Il tribunale competente è quello del luogo dove il debitore ha la residenza o il domicilio.

quanto lo sarebbero nella procedura del *Chapter 7 (best interest of creditors)*;<sup>123</sup> soddisfazione integrale dei crediti privilegiati; il trattamento uniforme dei creditori facenti parti della stessa classe, qualora il piano preveda la creazione di queste; la sottoposizione dei redditi futuri del debitore al controllo del *Trustee*,<sup>124</sup> nella misura necessaria per l'adempimento del piano; infine, deve prevedere il pagamento di importi prestabiliti al *Trustee*, i quali verranno poi divisi fra i creditori in base a quanto previsto dal piano stesso.

Quanto agli altri contenuti, questo può prevedere sia una decurtazione dell'ammontare totale dei crediti (c.d. *composition*

<sup>123</sup> 11 USC, sez. 1325(a). “(a) *Except as provided in subsection (b), the court shall confirm a plan if— (1) The plan complies with the provisions of this chapter and with the other applicable provisions of this title; (2) any fee, charge, or amount required under chapter 123 of title 28, or by the plan, to be paid before confirmation, has been paid; (3) the plan has been proposed in good faith and not by any means forbidden by law; (4) the value, as of the effective date of the plan, of property to be distributed under the plan on account of each allowed unsecured claim is not less than the amount that would be paid on such claim if the estate of the debtor were liquidated under chapter 7 of this title on such date; (5) with respect to each allowed secured claim provided for by the plan— (A) the holder of such claim has accepted the plan; (B)(i) the plan provides that the holder of such claim retain the lien securing such claim; and (ii) the value, as of the effective date of the plan, of property to be distributed under the plan on account of such claim is not less than the allowed amount of such claim; or (C) the debtor surrenders the property securing such claim to such holder; and (6) the debtor will be able to make all payments under the plan and to comply with the plan.*”

<sup>124</sup> 11 USC, sez. 1322. “(a) *The plan shall— (1) provide for the submission of all or such portion of future earnings or other future income of the debtor to the supervision and control of the trustee as is necessary for the execution of the plan; (2) provide for the full payment, in deferred cash payments, of all claims entitled to priority under section 507 of this title, unless the holder of a particular claim agrees to a different treatment of such claim; and (3) if the plan classifies claims, provide the same treatment for each claim within a particular class.*”

*plan*) che una proroga delle scadenze di questi (c.d. *extension plan*). Quanto alla durata, possiamo riscontrare una notevole differenza rispetto al *Chapter 7*: qui infatti il debitore è “*in bankruptcy for a substantial period of time*,”<sup>125</sup> potendo il piano raggiungere una durata massima di cinque anni, durante i quali il debitore sarà soggetto alla supervisione ed alla protezione della *bankruptcy Court*<sup>126</sup>.

Per quanto concerne gli organi della procedura, il *Trustee* adempie prevalentemente ad una funzione di gestione del patrimonio del debitore, come nella procedura di *liquidation*, e vigila sulla regolarità degli adempimenti del debitore stesso;<sup>127</sup> presiede, inoltre, la fase di ammissione al passivo dei creditori, ed ha facoltà di opporsi alle istanze di questi, nonché alla richiesta di *discharge* da parte del debitore.<sup>128</sup> Non è prevista la presenza di un comitato dei creditori, ed anzi, la legge non prevede nemmeno la necessità dell’approvazione del piano da parte di questi,

<sup>125</sup> WILLIAM J. WOODWARD JR., in F. VASSALLI, F.P. LUIO ed E. GABRIELLI, *Trattato Di Diritto Fallimentare E Delle Altre Procedure Concorsuali*, Volume V, Torino, 2014, p. 380.

<sup>126</sup> *Ibidem*.

<sup>127</sup> 11 USC, sez. 1326(a)(1). “*Unless the court orders otherwise, the debtor shall commence making the payments proposed by a plan within 30 days after the plan is filed.*”

<sup>128</sup> *Bankruptcy Rule 3015*. “*Form of Chapter 13 Plan. If there is an Official Form for a plan filed in a chapter 13 case, that form must be used unless a Local Form has been adopted in compliance with Rule 3015.1. With either the Official Form or a Local Form, a nonstandard provision is effective only if it is included in a section of the form designated for nonstandard provisions and is also identified in accordance with any other requirements of the form. As used in this rule and the Official Form or a Local Form, "nonstandard provision" means a provision not otherwise included in the Official or Local Form or deviating from it.*”

rimettendo l'intera procedura al solo controllo dell'organo giurisdizionale.

La proposizione dell'istanza produce, come negli altri casi, effetto dell'*automatic stay*<sup>129</sup> nei confronti del ceto creditorio. Successivamente deve essere convocata, con preavviso di almeno venticinque giorni, l'adunanza dei creditori, la quale sarà seguita, entro venti o cinquanta giorni, dall'udienza destinata all'approvazione del piano. Il Tribunale, in questa sede, verificherà sia la fattibilità del piano stesso (un controllo sulla legalità sostanziale, c.d. *feasibility*), l'assenza di frode nella redazione dello stesso, e verificherà il rispetto delle condizioni imposte dalla legge.<sup>130</sup> Superata anche quest'ultima verifica di legalità formale, nella quale assume particolare valore il principio del c.d. *best interest of creditors*, il Tribunale procederà alla *confirmation* del piano, la quale renderà le previsioni in questo contenute vincolanti sia per il debitore che per i creditori.

La legge prevede che il piano possa essere successivamente modificato, su istanza proveniente dal debitore, dal *Trustee* o dai creditori, nel caso in cui circostanze sopravvenute giustifichino l'alterazione della proposta originale.

Secondo quanto previsto nel *Chapter 13*, la *discharge* del debitore interviene solo dopo la "*successful completion of the*

<sup>129</sup> 11 USC, sez. 103(a). "*Except as provided in section 1161 of this title, chapters 1, 3, and 5 of this title apply in a case under chapter 7, 11, 12, or 13 of this title.*"

<sup>130</sup> 11 USC, sez. 1324 e 1325.

*Plan*”<sup>131</sup> da parte di quest’ultimo.<sup>132</sup> Inoltre, per questa non è prevista l’operatività automatica, bensì sarà necessaria una pronuncia espressa del Tribunale in tal senso. Da questa, la c.d. *full compliance discharge*,<sup>133</sup> va tenuta distinta la c.d. *hardship discharge*, la quale consiste nell’esdebitazione del debitore che, in forza di gravi difficoltà di adempimento non dipendenti da sua colpa, non esegue tutte le previsioni del piano. Perché il debitore possa beneficiare di questa particolare forma di liberazione è necessario che proponga una specifica *motion* al Tribunale, la quale avrà però un’operatività più limitata rispetto alla *discharge* ordinaria: non ricoprirà i *secured debts*<sup>134</sup> ed i debiti indicati dalla sezione 523.<sup>135</sup>

L’autorità giudiziaria può anche revocare la *discharge* concessa, a sua discrezionalità, quando ravvisi l’esistenza di condotte fraudolente da parte del debitore. In particolare, a

<sup>131</sup> WILLIAM J. WOODWARD JR., in F. VASSALLI, F.P. LUIISO ed E. GABRIELLI, *Trattato Di Diritto Fallimentare E Delle Altre Procedure Concorsuali, Volume V*, Torino, 2014, p. 381.

<sup>132</sup> 11 USC, sez. 1328(a). “a) *As soon as practicable after completion by the debtor of all payments under the plan, unless the court approves a written waiver of discharge executed by the debtor after the order for relief under this chapter, the court shall grant the debtor a discharge of all debts provided for by the plan or disallowed under section 502 of this title, except any debt— (1) provided for under section 1322(b)(5) of this title; (2) of the kind specified in paragraph (5), (8), or (9) of section 523(a) of this title; or (3) for restitution, or a criminal fine, included in a sentence on the debtor’s conviction of a crime.*”

<sup>133</sup> 11 USC, sez. 1328.

<sup>134</sup> 11 USC, sez. 132 (c). “A discharge granted under subsection (b) of this section discharges the debtor from all unsecured debts provided for by the plan or disallowed under section 502 of this title, except any debt.”

<sup>135</sup> MARGHERITA ANDREUCCI, *L’esdebitazione in una prospettiva comparata: Regno Unito, Stati Uniti e Italia a confronto*, Università di Pisa, 2016, p. 81.

differenza che nel *Chapter 7*, la legittimazione all'istanza di revoca compete ad “*any part in interest*” e va presentata entro l'anno dall'avvenuta esdebitazione<sup>136</sup>.

Anche qui alcune tipologie di debiti sono qualificate dalla legge come *non-dischargeable debts*,<sup>137</sup> e sono di conseguenza escluse dell'effetto esdebitativo. Fra le obbligazioni esonerate possiamo trovare: i debiti per alimenti o per il mantenimento dei figli, debiti derivanti da prestiti concessi da enti governativi, *student loans*, debiti derivanti da sanzioni pecuniarie ed infine i *consumer debts* contratti senza l'autorizzazione del *Trustee*.

<sup>136</sup> 11 USC, sez. 1328(e). “*On request of a party in interest before one year after a discharge under this section is granted, and after notice and a hearing, the court may revoke such discharge only if: (1) such discharge was obtained by the debtor through fraud; and (2) the requesting party did not know of such fraud until after such discharge was granted.*”

<sup>137</sup> 11 USC, sez. 1328(a).

## CAPITOLO II

# L'ESDEBITAZIONE NELL'ORDINAMENTO GIURIDICO ITALIANO

### 1. Il predecessore dell'istituto: la riabilitazione.

L'art. 128 del d.lgs. 6 gennaio 2006, n. 5,<sup>138</sup> ha introdotto per la prima volta nell'ordinamento giuridico italiano l'istituto dell'esdebitazione.<sup>139</sup> Ispiratosi al modello anglosassone, l'art. 142 l. fall.<sup>140</sup> non detta una definizione esplicita dell'istituto, bensì ne descrive solamente gli effetti come “*liberazione dai debiti residui (del fallito) nei confronti dei creditori concorsuali non soddisfatti*”<sup>141</sup>. La *ratio* dell'istituto, individuata dalla relazione ministeriale al d.lgs. stesso, ha come obiettivo quello di

<sup>138</sup> Decreto Legislativo 9 gennaio 2006, n. 5, recante “*Riforma organica della disciplina delle procedure concorsuali a norma dell'articolo 1, comma 5, della legge 14 maggio 2005, n. 80*”.

<sup>139</sup> Il termine non esisteva nel vocabolario italiano, ed è infatti un neologismo coniato dal legislatore. Secondo alcuni, lo avrebbe dovuto denominare “sdebitamento,” in quanto più aderente al lessico. DAPHNE LETIZIA E FRANCESCO VASSALLI, *L'Esdebitazione*, in F. VASSALLI, F.P. LUISO ED E. GABRIELLI, *Trattato di Diritto Fallimentare e delle Altre Procedure Concorsuali, Volume III*, Torino, 2014, p. 792.

<sup>140</sup> Nella formulazione aggiornata dal d.lgs. n. 1699, 2007.

<sup>141</sup> Sul punto, AMBROSINI, *Chiusura e Riapertura del Fallimento*, in AA.VV., *Fallimento*, a cura di AMBROSINI, CAVALLI e JORIO, in *Tratt. Dir. Com. pubbl. econ.*, Milano, 2009, p. 682 ss.



*“recuperare l’attività economica del fallito per permettergli un nuovo inizio, una volta azzerate tutte le posizioni debitorie”*<sup>142</sup>. Questa finalità deriva direttamente dalla letteratura giuridica anglo-americana, la quale nel definire la *ratio* della *discharge* parla di *“to make a fresh start in life”*<sup>143</sup>. Questa norma può quindi considerarsi emblematica nella nuova etica del fallimento cui si ispira oggi il nostro ordinamento.

Il d.lgs. n. 5/2006 ha sostituito il capo IX della legge fallimentare approvata con il r.d. n. 267/1942 (art. 142-145), la quale disciplinava l’istituto della riabilitazione civile del fallito. L’art 142, rubricato *“Effetti della riabilitazione,”* statuiva che: *“La riabilitazione civile fa cessare le incapacità personali che colpiscono il fallito per effetto della sentenza dichiarativa di fallimento”*. In sostanza, la norma consentiva la cancellazione del fallito dal pubblico registro di cui all’art. 50 l. fall.,<sup>144</sup> il quale causava gravi conseguenze per la persona cui nome comparisse lì iscritto: da un lato, l’iscrizione in sé produceva un effetto stigmatizzante per il soggetto;<sup>145</sup> dall’altro comportava limitazioni e preclusioni in relazione ai diritti elettorali, attivi e passivi,

<sup>142</sup> D. LETIZIA E F. VASSALLI, *L’Esdebitazione*, in F. Vassalli, F.P. Luiso ed E. Gabrielli, *Trattato di Diritto Fallimentare e delle Altre Procedure Concorsuali, Volume III*, Torino, 2014, p 792.

<sup>143</sup> *Ibidem*.

<sup>144</sup> Art. 50 l. fall.: *“Nella cancelleria di ciascun tribunale è tenuto un pubblico registro nel quale sono iscritti i nomi di coloro che sono dichiarati falliti dallo stesso tribunale, nonché di quelli dichiarati altrove, se il luogo di nascita del fallito si trova sotto la giurisdizione del tribunale. Le iscrizioni dei nomi dei falliti sono cancellate dal registro in seguito a sentenza del tribunale. Finché l’iscrizione non è cancellata il fallito è soggetto alle incapacità stabilite dalla legge.”*

<sup>145</sup> M. CORDOPATRI, in *“Riabilitazione ed Esdebitazione”*, Banca Borsa Titoli di Credito, fasc. 5, 2009, pag. 559.

all'esercizio di determinate attività libero-professionali, all'accesso a determinati uffici, ed infine alla libertà di corrispondenza e di movimento.

La riabilitazione del fallito era disposta dal Tribunale con sentenza pronunciata in camera di consiglio, su istanza del debitore o dei suoi eredi, sentito il pubblico ministero.

L'art. 143 l.f. disciplinava le condizioni necessarie per la riabilitazione. In particolare, la norma individuava tre ipotesi, alternative fra loro e particolarmente onerose, perché questa potesse essere concessa:

- a) il pagamento integrale, da parte del debitore, di tutti i crediti ammessi al fallimento, comprensivi di interesse e spese;
- b) il regolare adempimento del concordato fallimentare, purché il Tribunale ritenesse il fallito meritevole di ottenere il beneficio ed i creditori chirografari fossero stati soddisfatti in percentuale almeno pari al 25%;
- c) l'allegazione di prove effettive e costanti di buona condotta per un periodo di almeno cinque anni dalla chiusura del fallimento.<sup>146</sup>

<sup>146</sup> Art. 143 l. fall., nella precedente formulazione normativa:

“*Condizioni per la riabilitazione.* – I. La riabilitazione può essere concessa al fallito:

- 1) che ha pagato interamente tutti i crediti ammessi nel fallimento, compresi gli interessi e le spese;
- 2) che ha regolarmente adempiuto il concordato, quando il tribunale lo ritiene meritevole del beneficio, tenuto conto delle cause e circostanze del fallimento, delle condizioni del concordato e della misura della percentuale. La riabilitazione non può essere concessa se la percentuale stabilita per i creditori chirografari è inferiore al

Il primo requisito riguarda un'ipotesi di rara verificaione, in quanto se il debitore fosse stato in grado di adempiere integralmente alle proprie obbligazioni non sarebbe incorso nel fallimento stesso, o, presumibilmente, avrebbe usufruito di altre procedure concorsuali più meno ingerenti. Le altre due ipotesi rimettevano, invece, la concessione della riabilitazione ad una valutazione discrezionale del Tribunale.

Il procedimento era disciplinato dall'art. 144 l.f.<sup>147</sup>, il quale al primo comma prevedeva una forma particolare di pubblicità: *“l'istanza di riabilitazione è pubblicata mediante affissione alla porta esterna del tribunale.”* La norma, non particolarmente garantista, si presentava come strumento poco utile per la conoscenza dell'apertura del procedimento effettuata con il deposito dell'istanza da parte del fallito. Era rimessa comunque al Tribunale la possibilità di ordinare altre forme di pubblicità, come la notifica al pubblico ministero o al curatore.

venticinque per cento, oltre gli interessi se la percentuale dev'essere pagata in un termine maggiore di sei mesi;

3) che ha dato prove effettive e costanti di buona condotta per un periodo di almeno cinque anni dalla chiusura del fallimento.”

<sup>147</sup> Art. 144 l. fall., nella precedente formulazione normativa:

*“Procedimento di riabilitazione. – I. L'istanza di riabilitazione è pubblicata mediante affissione alla porta esterna del tribunale. Il tribunale può ordinare altre forme di pubblicità.*

II. Chiunque intende opporsi alla riabilitazione può depositare in cancelleria, nel termine di trenta giorni dall'affissione, le sue deduzioni.

III. Decorso tale termine, il tribunale provvede accordando o negando la riabilitazione.

IV. Contro la sentenza è ammesso reclamo alla Corte di appello, la quale pronuncia in camera di consiglio entro quindici giorni dall'affissione, da parte del debitore istante o dei suoi eredi, degli opposenti e del pubblico ministero.”

L'art. 144 l.f. disciplinava anche l'opposizione all'istanza di riabilitazione, stabilendo che questa avvenisse mediante deposito della relativa memoria, entro trenta giorni dall'affissione, decorsi i quali il Tribunale avrebbe provveduto ad accordare o meno la riabilitazione con sentenza, reclamabile d'innanzi alla Corte d'Appello.

La riabilitazione non poteva essere concessa al debitore il quale fosse stato condannato per i reati previsti dall'art. 145 l.f. e segnatamente: bancarotta fraudolenta o per delitti contro il patrimonio, la fede pubblica, l'economia pubblica, l'industria e il commercio, salvo che per tali reati fosse intervenuta la riabilitazione prevista dalla legge penale<sup>148</sup>. Di fatto, l'aver commesso tali reati comportava per il soggetto il perdurare del proprio *status* di "fallito" senza limiti di tempo e aggravando ulteriormente la propria posizione nei confronti della collettività.<sup>149</sup>

Dalla descrizione di questo istituto, si può facilmente intuire la sua logica punitiva nei confronti del fallito, in un sistema all'interno del quale risultavano preponderanti, rispetto alla

<sup>148</sup> Art. 145 l. fall., nella precedente formulazione normativa:

*“Condanne penali che ostano alla riabilitazione. – I. In nessun caso la riabilitazione può essere concessa se il fallito è stato condannato per bancarotta fraudolenta o per delitti contro il patrimonio, la fede pubblica, l'economia pubblica, l'industria e il commercio, salvo che per tali reati sia intervenuta la riabilitazione prevista dalla legge penale.*

*II. Se è in corso il procedimento per uno di tali reati, il tribunale sospende di pronunciare sull'istanza fino all'esito del procedimento.”*

<sup>149</sup> MARGHERITA ANDREUCCI, *L'esdebitazione in una prospettiva comparata: Regno Unito, Stati Uniti e Italia a confronto*, Università di Pisa, 2016, p. 89.

posizione dell'imprenditore, l'interesse dei creditori e la valutazione giudiziale di meritevolezza. L'intero impianto era condizionato dalla valutazione negativa che connotava lo *status* di fallito e dalla sua percepita pericolosità economico-sociale, lasciando trasparire una particolare insensibilità per i diritti fondamentali del fallito, i quali subivano una prolungata ed ingiustificata compressione<sup>150</sup>.

Va osservato che raramente il fallito riusciva ad ottenere la riabilitazione nel corso della propria vita. Coerentemente a ciò, la legge confermava la logica punitiva insita nel sistema, prevedendo che l'esdebitazione potesse essere richiesta anche dagli eredi del fallito - che figuravano espressamente fra i soggetti legittimati dall'art. 144 l.f. - i quali sarebbero stati mossi dall'intento di ripristinare l'onore del *de cuius*<sup>151</sup>.

L'evolversi dei rapporti economici e della cultura in generale, mal si conciliavano con l'istituto in questione: ciò, unitamente alle numerose sentenze di condanna della Corte di Giustizia Europea per l'illegittima compressione dei diritti fondamentali della persona nei confronti dell'Italia, fece sentire fortemente l'esigenza di una riforma in materia.

<sup>150</sup> LORENZO CARLI, *L'Esdebitazione*, Università di Pisa, 2014, p. 16.

<sup>151</sup> MARGHERITA ANDREUCCI, *L'esdebitazione in una prospettiva comparata: Regno Unito, Stati Uniti e Italia a confronto*, Università di Pisa, 2016, p. 90.

## 2. La Commissione Trevisanato.

Nel 2001, presso l'Ufficio Legislativo del Ministero della Giustizia, fu istituita la Commissione Trevisanato,<sup>152</sup> con l'incarico di provvedere all'adeguamento del sistema concorsuale allora vigente alle nuove esigenze produttive e alla nuova sensibilità nei confronti dei soggetti falliti, nonché alla necessità di loro reintegrazione nella compagine sociale.

La Commissione presentò, già nel 2002, un primo disegno di legge,<sup>153</sup> all'interno del quale figurava l'istituto dell'esdebitazione. Questa, secondo il disegno, sarebbe stata accessibile al debitore che ne avesse fatto istanza nel corso di una procedura di liquidazione, e non più solo un possibile (ed eventuale) contenuto di una proposta di concordato. In particolare, l'art. 173 proposto dalla Commissione rinveniva il proprio fine nell'“*estinzione dei debiti non soddisfatti integralmente*”, formulazione questa forse più felice di quella dell'attuale art. 143 l. fall., il quale, nell'utilizzare la locuzione liberazione, rende sicuramente più incerta la natura dell'istituto.

Il disegno di legge c.d. Trevisanato già conteneva al suo interno il principio che avrebbe poi ispirato la normativa successiva: l'elemento discriminante, ai fini della concessione

<sup>152</sup> ‘Commissione per l'elaborazione di principi e criteri direttivi di uno schema di disegno di legge delega al Governo, relativo all'emanazione della nuova legge fallimentare ed alla revisione delle norme concernenti gli istituti connessi’. Essa fu istituita con il D. L. 28 novembre 2001 e, già nel 2002, presentò un primo progetto di legge, articolato in due distinte proposte, di cui l'una era stata approvata dalla maggioranza dei suoi componenti e l'altra dalla minoranza

<sup>153</sup> Il testo per esteso dei disegni di legge è reperibile in *Dir. fall.*, 2003, VI, pp. 2064 ss.

dell'esdebitazione, era da rinvenire nella condotta cooperativa o meno del debitore.

Rispetto ad altri ordinamenti giuridici, non fu previsto il riconoscimento automatico del beneficio.; tale riconoscimento era infatti rimesso alla previa valutazione, da parte del giudice delegato, del rispetto di alcuni requisiti di carattere sostanziale, della condotta del debitore e del soddisfacimento (parziale) dei creditori chirografari.

Il decreto di accoglimento, ed anche quello di rigetto, erano suscettibili di opposizione da parte di qualsiasi interessato, presso lo stesso Tribunale che li aveva emessi, entro 10 giorni dalla notifica. Inoltre, eventuali creditori che non avessero richiesto l'ammissione al passivo *ex art. 133*, avrebbero comunque subito l'estinzione del proprio credito, salvo la prova fornita in giudizio di aver ignorato senza colpa l'esistenza della procedura<sup>154</sup>.

Secondo il progetto della Commissione, restavano in vita gli obblighi dei coobbligati e dei fideiussori, in quanto, essendo l'effetto estintivo soggettivamente ristretto all'area endofallimentare, non si sarebbe potuto estenderlo a terzi estranei al rapporto fra il creditore e l'esdebitato<sup>155</sup>.

I lavori della Commissione Trevisanato furono abbandonati con la fine della legislatura, ma il suo operato ha indubbiamente predisposto l'ambiente necessario per l'arrivo del successivo c.d. "*Decreto Competitività*".

<sup>154</sup> Art. 174 del disegno di legge Trevisanato.

<sup>155</sup> MARGHERITA ANDREUCCI, *L'esdebitazione in una prospettiva comparata: Regno Unito, Stati Uniti e Italia a confronto*, Università di Pisa, 2016, p. 92.

## 2. L'introduzione dell'esdebitazione nell'ordinamento giuridico italiano.

L'istituto della *discharge* è stato finalmente introdotto nel nostro ordinamento dall'art. 128 del d.lgs. n. 5/2006, in attuazione del c.d. Decreto Competitività<sup>156</sup> (convertito con l. 14 maggio 2005, n. 80). Tale fattispecie, come sappiamo, non era mai stata disciplinata autonomamente prima di allora.

L'espressione “*esdebitazione*”, prima di quel momento si riferiva esclusivamente “*all'effetto conseguente all'avvenuta esecuzione da parte del debitore degli obblighi assunti con il concordato preventivo o fallimentare*”<sup>157</sup>. Infatti, era possibile per il debitore beneficiare della liberazione dalla parte residua dei debiti, nel caso in cui i creditori vi avessero *ex ante* rinunciato con l'approvazione della proposta concordataria.<sup>158</sup>

Dalla lettura della Relazione al decreto, si evidenzia l'intento del legislatore di contribuire allo sviluppo delle attività

<sup>156</sup> D. L. 14 marzo 2005, n. 35, recante “Disposizioni urgenti nell'ambito del Piano di azione per lo sviluppo economico, sociale e territoriale.”

<sup>157</sup> ROLANDINO GUIDOTTI, *L'esdebitazione*, [www.ilfallimentarista.it](http://www.ilfallimentarista.it), 2019, p. 1.

<sup>158</sup> Sono apprezzabili le differenze con l'esdebitazione fallimentare: nella procedura di liquidazione, questa può aver luogo solo una volta che sia stata constatata impossibilità di soddisfare integralmente i creditori concorsuali, mentre in quella concordataria esiste sin dal principio un accordo tra il debitore ed i creditori circa le modalità di realizzazione delle pretese di questi, le quali possono consistere anche in una decurtazione di parte dei crediti. Data la vincolatività della proposta di concordato, derivante dalla sua approvazione, ai creditori è preclusa la possibilità di pretendere dal debitore, ormai *in bonis*, la parte residua del loro originario credito. MARGHERITA ANDREUCCI, *L'esdebitazione in una prospettiva comparata: Regno Unito, Stati Uniti e Italia a confronto*, Università di Pisa, 2016, p. 93.



imprenditoriali incoraggiando un numero maggiore di persone ad intraprendere tali attività ed incentivando imprenditori precedentemente dichiarati falliti ad incominciare una nuova attività d'impresa a nome proprio<sup>159</sup>.

Come abbiamo visto *supra*, il d.lgs. 5/2006 abrogò il precedente istituto della riabilitazione e modificò le disposizioni contenute negli art. 142, 143 e 144 (poi nuovamente modificati dall'art 10 del d.lgs. 12 settembre 2007, n. 169).

Tali novità sul piano normativo segnarono chiaramente un punto di snodo, in quanto si superò finalmente la concezione del fallimento come “morte” dell'impresa, con conseguente sanzione del fallito, dato che, secondo tale impostazione mentale, egli era l'unico responsabile di questa c.d. “sindrome dell'insolvenza”<sup>160</sup>. Sostanzialmente, con la riforma si è voluto liberare il fallito dalle conseguenze del mancato pagamento dei creditori successivamente al fallimento, essendo stata ormai acquisita la consapevolezza che, una volta chiuso quest'ultimo, inverosimilmente il debitore sarebbe riuscito ad adempiere i debiti residui.

Coerentemente a ciò è il dettato dell'art. 41 della Costituzione, il quale favorisce la libertà d'iniziativa economica

<sup>159</sup> ROLANDINO GUIDOTTI, *L'esdebitazione*, [www.ilfallimentarista.it](http://www.ilfallimentarista.it), 2019, p. 1.

<sup>160</sup> MARGHERITA ANDREUCCI, *L'esdebitazione in una prospettiva comparata: Regno Unito, Stati Uniti e Italia a confronto*, Università di Pisa, 2016, p. 93.

nella prospettiva comunitaria della tutela della concorrenza<sup>161</sup> e del consumatore.<sup>162</sup>

Tale nuova visione sembrerebbe pertanto permettere al fallito di intraprendere il c.d. *fresh start*, ossia la possibilità di ripartire da zero, iniziando una nuova attività commerciale senza più essere succube dello stigma del fallimento. In armonia con le legislazioni anglosassoni, l'istituto è però strutturato in maniera tale da evitare che, nell'applicazione pratica, questo possa incentivare distorsioni nei comportamenti del debitore insolvente.

### **3. Le condizioni soggettive ed oggettive per l'esdebitazione.**

È ammesso al beneficio dell'esdebitazione esclusivamente il fallito persona fisica, sia come imprenditore persona fisica esercente un'attività commerciale<sup>163</sup> sia nelle vesti di socio

<sup>161</sup> Artt. 32, 101 e 102 del Trattato di Roma del 25 marzo 1957 sul funzionamento dell'Unione Europea.

<sup>162</sup> MARGHERITA ANDREUCCI, *L'esdebitazione in una prospettiva comparata: Regno Unito, Stati Uniti e Italia a confronto*, Università di Pisa, 2016, p. 94.

<sup>163</sup> Art. 1 l. fall.: "Sono soggetti alle disposizioni sul fallimento e sul concordato preventivo gli imprenditori che esercitano una attività commerciale, esclusi gli enti pubblici.

Non sono soggetti alle disposizioni sul fallimento e sul concordato preventivo gli imprenditori di cui al primo comma, i quali dimostrino il possesso congiunto dei seguenti requisiti:

1. 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;

illimitatamente responsabile nella società<sup>164</sup>. Le società sono quindi escluse dal novero dei soggetti sdebitabili, ma qui la *ratio* del legislatore è chiara: da un lato, per le società di persone non si pone alcun problema, in quanto godranno del beneficio i soci illimitatamente responsabili; dall'altro, per le società di capitali i soci godono già del beneficio della responsabilità limitata, e l'estensione a questi ultimi altro non farebbe che aumentare il c.d. *moral hazard* degli stessi, ossia “*le possibilità di abuso della forma societaria e della procedura fallimentare*”<sup>165</sup>, causando pregiudizi che investirebbero il mercato intero<sup>166</sup>. Non potranno inoltre ricorrere all'esdebitazione, ai sensi dell'art. 142 l. fall., coloro che non sono qualificabili come imprenditori, l'imprenditore agricolo, nonché il piccolo imprenditore così come indicato dai limiti dimensionali di cui all'art. 1 l. fall.

Il beneficio dell'esdebitazione dai “*debiti residui nei confronti dei creditori concorsuali non soddisfatti*” è concesso al fallito, in forza dell'art. 142 l. fall., purché questi: “*1) abbia cooperato con gli organi della procedura, fornendo tutte le*

2. 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;

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

<sup>164</sup> Art. 149 l. fall.: “Il fallimento di uno o più soci illimitatamente responsabili non produce il fallimento della società.”

<sup>165</sup> DAPHNE LETIZIA E FRANCESCO VASSALLI, *L'Esdebitazione*, in F. Vassalli, F.P. Luiso ed E. Gabrielli, *Trattato di Diritto Fallimentare e delle Altre Procedure Concorsuali, Volume III*, Torino, 2014, p. 805.

<sup>166</sup> MCBRYDE-FLESSNER, *Principles of European Insolvency Law and General Commentary*, in *Principles of European Insolvency Law*, a cura di MCBRYDE, FLESSNER, E KORTMANN, 2003, p. 8.

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

La norma prosegue, aggiungendo che “[s]e è in corso il procedimento penale per uno di tali reati, il tribunale sospende il procedimento fino all'esito di quello penale”<sup>167</sup>.

I nn. 1, 2 e 3 impongono al fallito, al fine di poter godere del beneficio, un comportamento collaborativo con gli organi della procedura, fornendo tutte le informazioni necessarie per la ricostruzione del passivo e adoperandosi per il proficuo svolgimento della procedura e delle operazioni.

<sup>167</sup> Art. 142 l. fall. (rubricato “Esdebitazione”) nn. 1), 2), 3), 4), 5) e 6).

Il requisito di cui al n. 1 si colloca temporalmente all'inizio della procedura ed impone al fallito di fornire, agli organi fallimentari, un quadro dettagliato e veritiero della situazione debitoria, attivandosi, se necessario, per comunicare ogni informazione utile al curatore<sup>168</sup>.

Il secondo punto allude a qualsiasi comportamento idoneo a generare un ritardo nelle varie fasi procedimentali. La norma non precisa se sia necessario il dolo o se sia sufficiente anche la colpa lieve del fallito. La Suprema Corte<sup>169</sup> ha però indicato come il termine “*ritardare*” sia sinonimo di “*ostacolare*”, precisando quindi come il comportamento del debitore sia da qualificarsi come anti giuridico<sup>170</sup>.

Il punto n. 3 fa riferimento all'obbligo di consegna della corrispondenza, il quale include, ai sensi dell'art. 48, solo i “*rapporti ricompresi nel fallimento*” e non più, come nella disciplina previgente, la totalità della corrispondenza del fallito.

Il n. 4 preclude l'accesso all'esdebitazione per il debitore recidivo, in modo da evitare che di tale figura giuridica ne usufruiscano i c.d. falliti professionali<sup>171</sup>.

Il n. 5 dell'articolo impone un comportamento collaborativo, che però viene espresso nell'articolo in commento in termini

<sup>168</sup> CASTAGNOLA, *L'Esdebitazione del fallito*, in *Giur. Comm.*, III, 2006, p. 449 ss.

<sup>169</sup> Cassazione, 23 maggio 2011, n. 11278.

<sup>170</sup> DAPHNE LETIZIA e FRANCESCO VASSALLI, *L'Esdebitazione*, in F. Vassalli, F.P. Luiso ed E. Gabrielli, *Trattato di Diritto Fallimentare e delle Altre Procedure Concorsuali, Volume III*, Torino, 2014, p. 809.

<sup>171</sup> DAPHNE LETIZIA e FRANCESCO VASSALLI, *L'Esdebitazione*, in F. Vassalli, F.P. Luiso ed E. Gabrielli, *Trattato di Diritto Fallimentare e delle Altre Procedure Concorsuali, Volume III*, Torino, 2014, p. 811.

negativi, stabilendo un obbligo di *non facere* in capo al fallito. Le condotte cui fa riferimento la norma possono costituire quelle di alcuni reati, quali la bancarotta fraudolenta (art. 216 l. fall.), il reato di bancarotta semplice (art. 217 l. fall.) e quello di ricorso abusivo al credito (art. 218 l. fall.). Il mancato riferimento espresso, da parte del legislatore, alle fattispecie di reato comporta che il giudice, per negare l'esdebitazione, non sarà tenuto ad attendere l'esito del procedimento penale, essendo sufficiente tale condotta – e non tutti gli elementi costitutivi della fattispecie criminosa - ai fini del diniego<sup>172</sup>. Il successivo punto 6 si pone in perfetta continuità con il numero precedente, ricomprendendo i casi in cui la condotta del fallito costituisca un vero e proprio *crimen*, differenziandosi però da quest'ultimo per il riferimento al passaggio in giudicato della sentenza di condanna.

Un'ulteriore condizione è posta dal secondo comma dell'art 142 l. fall., il quale prevede che, ai fini della concessione dell'esdebitazione, è necessario che i creditori concorsuali siano stati soddisfatti almeno in parte. Quest'ultimo presupposto, di natura oggettiva, ha suscitato, secondo alcuni,<sup>173</sup> dubbi di costituzionalità, con riguardo all'art 3 Cost., poiché da un lato impedirebbe l'accesso al beneficio anche quando il fallimento dipenda da fattori non imputabili al debitore, come nel caso di una catastrofe naturale; e dall'altro perché ammetterebbe

<sup>172</sup> DAPHNE LETIZIA e FRANCESCO VASSALLI, *L'Esdebitazione*, in F. Vassalli, F.P. Luiso ed E. Gabrielli, *Trattato di Diritto Fallimentare e delle Altre Procedure Concorsuali, Volume III*, Torino, 2014, p. 812.

<sup>173</sup> L. GHIA, *L'esdebitazione. Evoluzione storica, profili sostanziali, procedurali e comparatistici*, 2008, p. 685.

l'esdebitazione dell'imprenditore il quale avesse causato il proprio fallimento tenendo una condotta del tutto imprudente.

Sempre con riferimento a tale aspetto, la giurisprudenza si è a lungo interrogata sul seguente quesito: è necessario che siano soddisfatti, anche se solo parzialmente, alcuni o tutti i creditori? e soprattutto quale è la soglia minima di tale soddisfazione che deve essere garantita?<sup>174</sup> A definizione della diatriba si sono pronunciate le sezioni unite della Suprema Corte,<sup>175</sup> statuendo che *“L'art. 142, co. 2, l. fall. deve essere interpretato nel senso che, per la concessione del beneficio dell'esdebitazione, non è necessario che tutti i creditori concorsuali siano soddisfatti almeno parzialmente, bensì è sufficiente che almeno parte dei creditori sia stata soddisfatta, essendo invero rimesso al prudente apprezzamento del giudice accertare quando la consistenza dei riparti realizzati consenta di affermare che l'entità dei versamenti effettuati, valutati comparativamente rispetto a quando complessivamente dovuto, costituisca quella parzialità dei pagamenti richiesta per il riconoscimento del beneficio”*<sup>176</sup>.

Il terzo comma dell'art. 142 ripropone invece una prospettiva di matrice etica, individuando alcune tipologie di debiti escluse dall'effetto esdebitativo. In particolare, si annoverano tra questi gli obblighi di mantenimento familiare e le obbligazioni derivanti da rapporti estranei all'esercizio

<sup>174</sup> CAVALLI G., *Gli effetti del fallimento per il debitore*, in *La riforma della legge fallimentare – Profili della nuova disciplina*, Bologna, 2006, p. 109.

<sup>175</sup> Sentenza 18 novembre 2011, n. 24214.

<sup>176</sup> Reperibile su [www.ilfallimento.it](http://www.ilfallimento.it). DAPHNE LETIZIA e FRANCESCO VASSALLI, *L'Esdebitazione*, in F. Vassalli, F.P. Luiso ed E. Gabrielli, *Trattato di Diritto Fallimentare e delle Altre Procedure Concorsuali, Volume III*, Torino, 2014, p. 816.

dell'impresa, quindi di natura strettamente personale. A questi si aggiungono i debiti per il risarcimento dei danni da fatto illecito extracontrattuale nonché le sanzioni penali ed amministrative di carattere pecuniario che non siano accessorie a debiti estinti.

L'ultimo comma dell'art 142 l. fall. stabilisce, infine, che sono fatti salvi i diritti vantati dai creditori nei confronti di coobbligati, dei fideiussori del debitore e degli obbligati in via di regresso.

In queste ipotesi, considerazioni di carattere morale, e giuridico, si intrecciano con i nuovi principi della materia fallimentare e con le nuove esigenze sorte con l'introduzione della c.d. *fresh start policy*<sup>177</sup>.

#### **4. Il procedimento di esdebitazione.**

Il procedimento di esdebitazione è disciplinato dall'art. 143 l. fall., il quale stabilisce che l'esdebitazione è pronunciata *ex officio* dal Tribunale con il decreto di chiusura del fallimento, o su ricorso del debitore presentato entro l'anno successivo,<sup>178</sup> verificate le condizioni di cui all'art. 142 e tenuto conto dei comportamenti collaborativi dello stesso, sentito il curatore ed il comitato dei creditori. Il primo requisito oggettivo ai fini

<sup>177</sup> MARGHERITA ANDREUCCI *L'esdebitazione in una prospettiva comparata: Regno Unito, Stati Uniti e Italia a confronto*, Università di Pisa, 2016, p. 101.

<sup>178</sup> Il procedimento di esdebitazione è autonomo rispetto a quello di chiusura del fallimento. Sul punto: NORELLI, *L'esdebitazione*, in *La tutela dei diritti nella riforma fallimentare*, a cura di M. FABIANI e A. PATTI, Milano, 2006, p. 268.



dell'esdebitazione è quindi la chiusura definitiva del fallimento stesso.

A livello procedurale il procedimento esdebitativo è un c.d. rito 'bipartito': la prima fase richiama il modello del camerale puro, mentre il secondo grado è modellato sui caratteri del giudizio camerale di cui all'art. 26 l. fall.

I criteri di valutazione che dovrà utilizzare l'autorità giudicante sono indicati dallo stesso art. 143 l. fall., quali il rispetto delle condizioni di cui all'art. 142 e l'adozione di comportamenti collaborativi da parte del debitore. Il Giudice dovrà tenere conto del parere obbligatorio, ma non vincolante del comitato dei creditori e del curatore.

Occorre peraltro osservare che la norma pone delle problematiche di tipo pratico in relazione ai poteri degli organi fallimentari. La chiusura del fallimento comporta, ai sensi dell'art. 120 l.f.,<sup>179</sup> che i predetti organi decadano dalle loro funzioni. Di

<sup>179</sup> Art. 120 l. fall.: "Con la chiusura cessano gli effetti del fallimento sul patrimonio del fallito e le conseguenti incapacità personali e decadono gli organi preposti al fallimento.

Le azioni esperite dal curatore per l'esercizio di diritti derivanti dal fallimento non possono essere proseguite.

I creditori riacquistano il libero esercizio delle azioni verso il debitore per la parte non soddisfatta dei loro crediti per capitale e interessi, salvo quanto previsto dagli articoli 142 e seguenti.

Il decreto o la sentenza con la quale il credito è stato ammesso al passivo costituisce prova scritta per gli effetti di cui all'articolo 634 del Codice di procedura civile.

Nell'ipotesi di chiusura in pendenza di giudizi ai sensi dell'articolo 118, secondo comma, terzo periodo e seguenti, il giudice delegato e il curatore restano in carica ai soli fini di quanto ivi previsto. In nessun caso i creditori possono agire su quanto è oggetto dei giudizi medesimi."

contro, l'art. 143 richiede che siano proprio tali organi ad esprimersi sull'esdebitazione, sicché unica strada perseguibile sembrerebbe essere quella che riconosce una sorta di *prorogatio* dei poteri di cui gli organi godevano anteriormente alla chiusura del fallimento<sup>180</sup>.

Il successivo art. 144 l. fall. stabilisce che *“il decreto di accoglimento della domanda di esdebitazione produce effetti anche nei confronti dei creditori anteriori all'apertura della procedura di liquidazione che non hanno presentato la domanda di ammissione al passivo e che, in tale caso, l'esdebitazione opera per la sola eccedenza alla percentuale attribuita nel concorso ai creditori di pari grado”*<sup>181</sup>. Il fine di tale previsione, ricavabile dalla Relazione, consiste nell'evitare che *“i creditori possano essere disincentivati, in presenza di una possibile esdebitazione del fallito, ad insinuarsi nella procedura concorsuale”*.

Il provvedimento conclusivo del procedimento di esdebitazione assume la forma del decreto. Conseguenza dell'avvenuta concessione della *discharge*, è l'inesigibilità dei crediti anteriori al fallimento rimasti insoddisfatti. È inoltre da ritenersi, sebbene non sia esplicitamente previsto, che il decreto debba essere motivato, ciò in quanto la motivazione in sede

<sup>180</sup> DAPHNE LETIZIA e FRANCESCO VASSALLI, *L'Esdebitazione*, in F. Vassalli, F.P. Luiso ed E. Gabrielli, *Trattato di Diritto Fallimentare e delle Altre Procedure Concorsuali, Volume III*, Torino, 2014, p. 820.

<sup>181</sup> Art. 144 l. fall.

fallimentare è richiesta espressamente, sia per tutti i decreti del giudice delegato (art. 25, comma 3 l. fall) che per il decreto di chiusura del fallimento (art. 119, comma 1 l. fall.)<sup>182</sup>.

I creditori i cui crediti siano invece sorti successivamente, potranno far valere i loro diritti per l'intero solo in seguito alla chiusura del fallimento od alla concessione dell'esdebitazione<sup>183</sup>.

Il decreto che concede l'esdebitazione è suscettibile d'impugnazione, per la quale l'art. 143 l. fall. prevede una legittimazione diffusa, stabilendo che oltre al debitore, al curatore e dai creditori non integralmente soddisfatti, questo sia impugnabile da qualsiasi interessato.

Fra i creditori non soddisfatti rientrano anche quelli esclusi e quelli che non hanno fatto domanda di ammissione al passivo,<sup>184</sup> mentre fra gli interessati dovrebbero rientrare anche gli obbligati in via di regresso, i quali rimangono obbligati per l'intero anche a seguito dell'esdebitazione e non potranno agire verso l'ex fallito.<sup>185</sup>

Il reclamo va proposto alla Corte d'Appello nel termine perentorio di dieci giorni, i quali decorrono dalla comunicazione o notificazione del provvedimento per il fallito, per i creditori non integralmente soddisfatti e per il pubblico ministero, mentre per gli altri interessati dall'esecuzione delle formalità pubblicitarie

<sup>182</sup> PALUCHOWSKY, *Manuale di Diritto Fallimentare*, Milano, 2008, p. 735.

<sup>183</sup> CASTAGNOLA, *L'Esdebitazione del fallito*, in *Giur. Comm.*, III, 2006, p. 453.

<sup>184</sup> LO CASCIO, *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, Milano, 2007, p. 854.

<sup>185</sup> Trib. Vicenza, 1° dicembre 2009; Trib. Piacenza, 8 maggio 2008.

disposte dal Tribunale. Il reclamo, inoltre, non può essere proposto, salvo per i soggetti che non abbiano partecipato al procedimento di esdebitazione<sup>186</sup>, dopo che sia decorso il termine perentorio di novanta giorni dal deposito del provvedimento in cancelleria, ai sensi dell'art. 26 l. fall. Il reclamo non sospende l'esecuzione del provvedimento.

Il presidente, nei cinque giorni successivi al deposito del reclamo, designa il relatore e fissa con decreto l'udienza di comparizione entro i quarantacinque giorni successivi al deposito del ricorso. Questo, unitamente al decreto di fissazione dell'udienza, è notificato, a cura del reclamante, al curatore e ai controinteressati entro cinque giorni dalla comunicazione del decreto.

I resistenti devono costituirsi almeno cinque giorni prima dell'udienza, eleggendo domicilio nel comune in cui ha sede la Corte d'Appello e depositando una memoria contenente l'esposizione delle difese in fatto ed in diritto, nonché l'indicazione dei mezzi di prova e dei documenti prodotti<sup>187</sup>.

All'udienza, il Collegio, sentite le parti, assume anche d'ufficio i mezzi di prova, eventualmente delegando un suo componente, ed entro trenta giorni dall'udienza di comparizione

<sup>186</sup> DAPHNE LETIZIA e FRANCESCO VASSALLI, *L'Esdebitazione*, in F. Vassalli, F.P. Luiso ed E. Gabrielli, *Trattato di Diritto Fallimentare e delle Altre Procedure Concorsuali, Volume III*, Torino, 2014, p. 823.

<sup>187</sup> DAPHNE LETIZIA e FRANCESCO VASSALLI, *L'Esdebitazione*, in F. Vassalli, F.P. Luiso ed E. Gabrielli, *Trattato di Diritto Fallimentare e delle Altre Procedure Concorsuali, Volume III*, Torino, 2014, p. 823.

delle parti, provvede con decreto motivato, con il quale conferma, modifica o revoca il provvedimento reclamato.

Si ritiene che la decisione della Corte d'Appello, in quanto riguardante diritti soggettivi perfetti, sia ricorribile in Cassazione *ex art. 111 Cost.*<sup>188</sup>.

## **5. Le problematiche con la normativa preesistente.**

L'introduzione dell'esdebitazione nel nostro ordinamento ha comportato una serie di problematiche di diritto intertemporale.<sup>189</sup> Sulla disciplina transitoria, va innanzitutto rilevata la sentenza della Corte costituzionale n. 39/2008. Questa è intervenuta a seguito di alcune condanne da parte delle Corti di Strasburgo, la quale aveva ritenuto lesiva dei diritti della persona la legge fallimentare italiana anteriore alla riforma, poiché limitava la possibilità del fallito di sviluppare relazioni col mondo esteriore e concretizzante una ingerenza “*non necessaria in una società democratica*” nella vita privata dell'individuo.<sup>190</sup> La Corte

<sup>188</sup> PALUCHOWSKY, *Manuale di Diritto Fallimentare*, Milano, 2008, p. 704.

<sup>189</sup> G. Scarselli, *Ancora sulla esdebitazione (una questione temporale e altre più generali)*, in *Fall.*, 2009, p. 1335 ss.

<sup>190</sup> Sul punto, CEDU 23 marzo 2006, Vitiello c. Italia, ric. n. 77962/01. La Corte costituzionale stessa richiama tale sentenza, secondo cui dovrebbe esser fatta giustizia di tutte quelle disposizioni che, a parere della Consulta, appaiono “lesive dei diritti della persona, perché incidenti sulla possibilità di sviluppare le relazioni col mondo esteriore”, e che nell'ottica della Corte Europea dei Diritti Umani, costituirebbero, in quanto tali, un'ingerenza “non necessaria in una società democratica”. Il giudice di Strasburgo, infatti, individua un contrasto evidente tra l'automaticità dell'iscrizione nel registro dei falliti, in assenza di qualsiasi

costituzionale ha quindi dichiarato l'illegittimità dell'art. 142 l. fall. nella versione del testo precedente all'entrata in vigore del d.lgs. 5/2006, nella parte in cui questo stabiliva che le incapacità personali derivanti al fallito dalla dichiarazione di fallimento perduravano oltre la chiusura della procedura concorsuale sino alla concessione della riabilitazione, anziché fino alla definitività del decreto di chiusura del fallimento.

Per effetto della sentenza sopra riportata sono venute meno le incapacità derivanti dalla dichiarazione di fallimento e segnatamente: a) l'iscrizione nel pubblico registro dei falliti (soppresso con l'abrogazione dell'art. 50 l. fall. dall'art. 47 disposta dal d.lgs. 5/2006); b) la menzione del fallimento nei certificati del casellario giudiziale; c) la cancellazione dal registro delle imprese; e d) la permanenza dell'eventuale reato di bancarotta semplice e degli effetti di quest'ultima in caso di condanna<sup>191</sup>.

Altra questione problematica era sorta circa la possibilità per il Tribunale di pronunciare una sentenza di riabilitazione, nonostante la soppressione della relativa normativa, nei confronti di soggetti il cui fallimento fosse soggetto alla disciplina del R. D.

valutazione giudiziale alla luce del caso concreto, e l'articolo 8 della Convenzione, la quale tutela la vita privata dell'individuo, idonea a ricomprendere “anche le attività di natura professionale o commerciale, considerato che proprio nel mondo del lavoro le persone intrattengono un gran numero di relazioni con il mondo esteriore.” Andreucci, Margherita, *L'esdebitazione in una prospettiva comparata: Regno Unito, Stati Uniti e Italia a confronto*, Università di Pisa, 2016.

<sup>191</sup> DAPHNE LETIZIA e FRANCESCO VASSALLI, *L'Esdebitazione*, in F. Vassalli, F.P. Luiso ed E. Gabrielli, *Trattato di Diritto Fallimentare e delle Altre Procedure Concorsuali, Volume III*, Torino, 2014, p. 861.

n. 267 del 1942, in quanto verificatosi in un momento anteriore alla data di abrogazione.

A dirimere definitivamente la questione, ed a disporre una disciplina transitoria per l'esdebitazione, è intervenuto il d.lgs. n. 169/2007 (entrato in vigore il 1° gennaio 2008), all'art. 19.<sup>192</sup> Il primo comma stabilisce, infatti, che le disposizioni del capo IX del titolo II del r.d. 16 marzo 1942, n. 267, e le modifiche successive, sono da applicarsi anche alle procedure di fallimento pendenti alla data di entrata in vigore del d.lgs. n. 5/2006, cioè al 16 giugno 2006.

Il comma successivo prosegue disponendo, inoltre, che se le procedure pendenti al 16 giugno 2006, risultino chiuse alla data di entrata in vigore della nuova disciplina (1° gennaio 2008), la domanda di esdebitazione potrà essere presentata nel termine di un anno dall'entrata in vigore della medesima (31 dicembre 2008).<sup>193</sup>

Le disposizioni contenute nel decreto si applicano ai procedimenti per dichiarazione di fallimento pendenti alla data della sua entrata in vigore ed anche alle procedure concorsuali e di concordato fallimentare aperte successivamente all'entrata in vigore dello stesso, secondo quanto previsto dal comma 2 dell'art. 22.

<sup>192</sup> GHIA, *L'esdebitazione. Evoluzione storica, profili sostanziali, procedurali e comparatistici*, 2008, p. 691.

<sup>193</sup> DAPHNE LETIZIA e FRANCESCO VASSALLI, *L'Esdebitazione*, in F. Vassalli, F.P. Luiso ed E. Gabrielli, *Trattato di Diritto Fallimentare e delle Altre Procedure Concorsuali, Volume III*, Torino, 2014, p. 862.

Si applica inoltre l'art. 19 alle procedure di fallimento pendenti o chiuse alla data di entrata in vigore del d.lgs. n. 5/2006, secondo quanto disposto dal comma 4 dell'art. 22.

Queste previsioni hanno comportato che l'esdebitazione deve trovare applicazione, secondo quanto disposto dalla disciplina transitoria, anche nelle procedure aperte anteriormente all'entrata in vigore del d.lgs. 5/2006, purché ancora pendenti a quella data, e fra queste e quelle chiuse fino all'entrata in vigore del d.lgs. n. 169/2007, purché la relativa domanda sia presentata entro un anno dall'entrata in vigore di quest'ultimo. Di conseguenza non è ammissibile l'esdebitazione per i fallimenti dichiarati chiusi prima dell'entrata in vigore del d.lgs. 5/2006.

Di questa conclusione si trova conferma espressamente nella sentenza della Corte di Cassazione 13 novembre 2009, n. 24121.<sup>194</sup>

<sup>194</sup> In *Fallimento*, 2009, p. 673, con nota di Scarselli. Nel 2008, il Tribunale di Tolmezzo (ord. 15 maggio 2008) sollevò d'ufficio la questione di legittimità costituzionale del combinato disposto degli artt. 19 e 22, comma 4 del d.lgs. n. 169/2007 nella parte in cui limita in via transitoria l'applicazione retroattiva dell'esdebitazione ai soli falliti i cui fallimenti erano pendenti alla data del 16 luglio 2006 e non già a quelli le cui procedure si erano chiuse prima di quella data, posto che in entrambi i casi si tratta di soggetti sottoposti a procedure "secondo la legge anteriore" dunque il contrasto con l'art. 3 Cost. Sul punto, DAPHNE LETIZIA e FRANCESCO VASSALLI, *L'Esdebitazione*, in F. Vassalli, F.P. Luiso ed E. Gabrielli, *Trattato di Diritto Fallimentare e delle Altre Procedure Concorsuali, Volume III*, Torino, 2014, p. 862.



**CAPITOLO III**

**L'EVOLUZIONE NORMATIVA E LE  
IMPLICAZIONI ECONOMICHE E SOCIALI  
DELL'ISTITUTO.**

**1. L'esdebitazione nel Codice della crisi e dell'insolvenza.**

Il 14 febbraio 2019 è stato pubblicato in Gazzetta Ufficiale il d.lgs. 12 gennaio 2019 n. 14, recante il Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza. Il provvedimento, contenente 391 articoli, riforma profondamente le procedure concorsuali già disciplinate dalla legge fallimentare vigente, ed entrerà in vigore, così come prevede l'art. 389, decorsi diciotto mesi dalla sua pubblicazione in G.U., quindi il 15 agosto 2020.

L'art. 278, comma 1, del Codice fornisce, diversamente dalla disciplina anteriore alla riforma, una definizione dell'istituto: *“L'esdebitazione consiste nella liberazione dai debiti e comporta l'inesigibilità dal debitore dei crediti rimasti insoddisfatti nell'ambito di una procedura concorsuale che prevede la liquidazione dei beni”*<sup>195</sup>.

Gli art. 278-281 del Codice, della sezione rubricata *“Condizioni e procedimento della esdebitazione nella*

<sup>195</sup> Art. 278, 1° comma d.lgs. n. 14/2019: “1. L'esdebitazione consiste nella liberazione dai debiti e comporta la inesigibilità dal debitore dei crediti rimasti insoddisfatti nell'ambito di una procedura concorsuale che prevede la liquidazione dei beni.”

*liquidazione giudiziale e nella liquidazione controllata*”, hanno introdotto una serie di principi destinati ad innovare la struttura della disciplina, sia per quanto riguarda i soggetti che con riferimento all’ambito di applicazione.

Per quanto riguarda i requisiti di accesso, diversamente rispetto all’art 142 l. fall., l’art. 278, comma 3, prevede che *“Possono accedere all’esdebitazione, secondo le norme del presente capo, tutti i debitori di cui all’articolo 1, comma 1”* cioè, il *“consumatore o professionista, ovvero imprenditore che eserciti, anche non a fini di lucro, un’attività commerciale, artigiana o agricola, operando quale persona fisica, persona giuridica o altro ente collettivo, gruppo di imprese o società pubblica, con esclusione dello Stato e degli enti pubblici”*<sup>196</sup>.

Con la nuova disciplina si ha finalmente il superamento della linea della persona fisica e viene estesa l’esdebitazione anche agli enti, che abbiano o meno scopo di lucro. Questa nuova impostazione della riforma costituisce uno dei tratti più significativi della riforma Rordorf, tanto che per il legislatore *“Tale passaggio si pone in piena continuità con l’idea di superare ogni concezione sanzionatoria ed individualizzante*

<sup>196</sup> Art. 1, 1° comma d.lgs. n. 14/2019 “Il presente codice disciplina le situazioni di crisi o insolvenza del debitore, sia esso consumatore o professionista, ovvero imprenditore che eserciti, anche non a fini di lucro, un’attività commerciale, artigiana o agricola, operando quale persona fisica, persona giuridica o altro ente collettivo, gruppo di imprese o società pubblica, con esclusione dello Stato e degli enti pubblici.”

*precedentemente assunta dal fallimento.*”<sup>197</sup> A riguardo, significativo è il mutamento della denominazione del fallimento, che a seguito della riforma sarà noto come *“liquidazione giudiziale”*<sup>198</sup>.

Nella nuova disciplina, la *“liberazione dai debiti”* non comporterà l’estinzione dei debiti non soddisfatti, bensì la loro inesigibilità. Inoltre, così come nella vecchia disciplina, rimarranno fermi i diritti vantati dai creditori nei confronti di coobbligati, obbligati in via di regresso e fideiussori del debitore.

Il secondo comma dell’art. 278 stabilisce che l’esdebitazione opera anche *“nei confronti dei creditori per fatto o causa anteriori che non hanno partecipato al concorso”* ma in tal caso opererà *“per la sola parte eccedente la percentuale attribuita nel concorso ai creditori di pari grado”*<sup>199</sup>, ossia aventi la stessa posizione giuridica.

I commi 4 e 5 stabiliscono l’estensione dei requisiti per l’accesso alla procedura. Stabilisce il comma 4: *“se il debitore è una società o altro ente, le condizioni stabilite nell’art. 280 devono sussistere anche nei confronti dei soci illimitatamente responsabili e dei legali rappresentanti, con riguardo agli ultimi tre anni anteriori alla domanda cui sia seguita l’apertura di una*

<sup>197</sup> MICHELE MARCO SARDELLA, *L’esdebitazione*, in SANZO e BURRONI, *Il nuovo codice della crisi di impresa e dell’insolvenza*, Bologna, 2019, p. 257.

<sup>198</sup> *L’esdebitazione*, in SANZO e BURRONI, *Il nuovo codice della crisi di impresa e dell’insolvenza*, Bologna, 2019, p. 257.

<sup>199</sup> Art. 278, comma 2 d.lgs. n. 14/2019 *“Nei confronti dei creditori per fatto o causa anteriori che non hanno partecipato al concorso l’esdebitazione opera per la sola parte eccedente la percentuale attribuita nel concorso ai creditori di pari grado.”*

*procedura liquidatoria. L'esdebitazione della società, pertanto, avrà efficacia anche "nei confronti dei soci illimitatamente responsabili"*<sup>200</sup>.

La riforma incide anche sulle condizioni temporali di accesso al beneficio. Come abbiamo visto, la disciplina precedente prevede che la domanda di esdebitazione possa essere avanzata solo dopo la chiusura del fallimento e solo a condizione che i creditori concorsuali siano stati soddisfatti almeno in parte. Secondo il dettato dell'art. 279, comma 1, invece, "*il debitore ha diritto a conseguire l'esdebitazione decorsi tre anni dall'apertura della procedura di liquidazione*". Da tale norma, si può desumere da un lato, che l'istanza di accesso alla procedura potrà essere proposta anche nel corso di una procedura di liquidazione ancora aperta; dall'altro che potrà proporsi quando i creditori concorsuali non sia stati soddisfatti nemmeno in parte. Basterà, quindi, che il fallito abbia "*cooperato con gli organi della procedura*", al fine di dimostrare la propria meritevolezza<sup>201</sup>.

Lo stesso art. 279, al secondo comma, prevede un termine ancora più breve per la presentazione dell'istanza: "*Il termine di cui al comma 1 è ridotto a due anni quando il debitore ha*

<sup>200</sup> Art. 278, commi 4 e 5 d.lgs. n. 14/2019 "Se il debitore è una società o altro ente, le condizioni stabilite nell'articolo 280 devono sussistere anche nei confronti dei soci illimitatamente responsabili e dei legali rappresentanti, con riguardo agli ultimi tre anni anteriori alla domanda cui sia seguita l'apertura di una procedura liquidatoria. L'esdebitazione della società ha efficacia nei confronti dei soci illimitatamente responsabili."

<sup>201</sup> MICHELE MARCO SARDELLA, *L'esdebitazione*, in SANZO e BURRONI, *Il nuovo codice della crisi di impresa e dell'insolvenza*, Bologna, 2019, p. 260.

*tempestivamente proposto istanza di composizione assistita della crisi*”<sup>202</sup>. L’intento del legislatore qui è chiaro: ha voluto incentivare ulteriormente il debitore alla rilevazione tempestiva della crisi d’impresa.

Le condizioni di meritevolezza previste dall’art. 142 l. fall. sono parzialmente recepite dal nuovo art. 280 del Codice. L’articolo in questione prevede cinque condizioni, che possono essere qualificate come “*indici di non meritevolezza*” del debitore, la cui assenza è necessaria affinché questi sia “*ammesso al beneficio della liberazione dei debiti*”<sup>203</sup>.

In particolare, queste condizioni sono:

- a) che il debitore “*non sia stato condannato con sentenza passata in giudicato per bancarotta fraudolenta o per delitti contro l’economia pubblica, l’industria e il commercio, o altri delitti compiuti in connessione con l’esercizio dell’attività d’impresa, salvo che per essi sia intervenuta la riabilitazione*”. La norma prosegue prevedendo che “*se è in corso il procedimento penale per uno di tali reati o v’è stata applicazione di una delle misure di prevenzione di cui al decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159, il beneficio può essere riconosciuto solo all’esito del relativo procedimento*”;
- b) che il debitore non abbia tenuto condotte dannose per il ceto creditorio, distraendo l’attivo o esponendo passività insussistenti, o che non abbia aggravato il dissesto con

<sup>202</sup> Art. 279, comma 2 d.lgs. n. 14/2019.

<sup>203</sup> Art. 280, comma 1 d.lgs. n. 14/2019.

- modalità idonee a rendere più gravosa la ricostruzione del patrimonio e del movimento degli affari;
- c) che “*non abbia ostacolato o rallentato lo svolgimento della procedura*” e che “*abbia fornito agli organi ad essa preposti tutte le informazioni utili e i documenti necessari*”. Quest'ultima condizione è una novità della riforma;
  - d) che “*non abbia beneficiato di altra esdebitazione nei cinque anni precedenti*”. Tale condizione innova rispetto a quella prevista dall'art. 142 l. fall., il quale prevedeva l'impossibilità di accesso alla liberazione per il fallito che ne avesse già beneficiato nei dieci anni precedenti la richiesta;
  - e) in ogni caso, non potrà accedere all'esdebitazione colui che ne abbia già beneficiato per due volte.

L'unico requisito per accedere all'esdebitazione è quindi l'aver collaborato con gli organi della procedura concorsuale. Alla luce di ciò, potrà aversi l'esdebitazione anche in quelle procedure in cui alcune categorie di creditori, più probabilmente chirografari, non abbiano ottenuto alcunché dalla liquidazione dell'attivo.<sup>204</sup>

L'art. 281<sup>205</sup> del Codice disciplina il procedimento per l'accesso all'esdebitazione. La prima novità da rilevare sta nella

<sup>204</sup> MICHELE MARCO SARDELLA, *L'esdebitazione*, in SANZO e BURRONI, *Il nuovo codice della crisi di impresa e dell'insolvenza*, Bologna, 2019, p. 261.

<sup>205</sup> Art. 281 d.lgs. n. 14/2019: “Il tribunale, contestualmente alla pronuncia del decreto di chiusura della procedura, sentiti gli organi della stessa e verificata la sussistenza

considerevole riduzione dei termini processuali: come già disposto dall'art. 279, la domanda di esdebitazione può essere presentata dopo tre anni dalla data di apertura della procedura, e non più con il “*decreto di chiusura del fallimento*” o “*con ricorso del debitore medesimo presentato entro l'anno successivo*”. È evidente l'intento del legislatore di “*recuperare*” il debitore nel circuito economico<sup>206</sup>.

Il Tribunale, inoltre, prima di provvedere, deve sentire gli organi della procedura e verificare la sussistenza delle condizioni di cui agli artt. 278, 279 e 280. A tal fine, il comma 3 prevede che il curatore dia atto, nei rapporti riepilogativi semestrali, dei fatti rilevanti per la concessione o il diniego del beneficio.

Il comma 4 dispone che il Tribunale comunichi il decreto con cui concede l'esdebitazione “*agli organi della procedura, al pubblico ministero, al debitore e ai creditori ammessi al passivo non integralmente soddisfatti, i quali possono proporre reclamo*”

delle condizioni di cui agli articoli 278, 279 e 280, dichiara inesigibili nei confronti del debitore i debiti concorsuali non soddisfatti. Allo stesso modo il tribunale provvede, su istanza del debitore, quando siano decorsi almeno tre anni dalla data in cui è stata aperta la procedura di liquidazione giudiziale. Ai fini di cui ai commi 1 e 2, il curatore da' atto, nei rapporti riepilogativi di cui all'articolo 130, dei fatti rilevanti per la concessione o il diniego del beneficio. Il decreto del tribunale è comunicato agli organi della procedura, al pubblico ministero, al debitore e ai creditori ammessi al passivo non integralmente soddisfatti, i quali possono proporre reclamo a norma dell'articolo 124; il termine per proporre reclamo è di trenta giorni. L'esdebitazione non ha effetti sui giudizi in corso e sulle operazioni liquidatorie, anche se posteriori alla chiusura della liquidazione giudiziale disposta a norma dell'articolo 234. Quando dall'esito dei predetti giudizi e operazioni deriva un maggior riparto a favore dei creditori, l'esdebitazione ha effetto solo per la parte definitivamente non soddisfatta.

<sup>206</sup> MICHELE MARCO SARDELLA, *L'esdebitazione*, in SANZO e BURRONI, *Il nuovo codice della crisi di impresa e dell'insolvenza*, Bologna, 2019, 262.

a norma dell'articolo 124", il cui termine per la proposizione è di trenta giorni.

Gli ultimi commi dell'art. 281 del Codice stabiliscono: a) che esdebitazione non ha effetti sui giudizi in corso e sulle operazioni liquidatorie, anche se successive alla chiusura della liquidazione giudiziale disposta a norma dell'art. 234 (comma 5); e b) *“quando dall'esito dei predetti giudizi e operazioni deriva un maggior riparto a favore dei creditori, l'esdebitazione ha effetto solo per la parte definitivamente non soddisfatta”*. Nel rispetto della regola secondo cui deve essere oggetto di riparto ogni utilità acquisita dopo la chiusura, in forza però di diritti preesistenti nel patrimonio del debitore, l'esdebitazione opererà quindi esclusivamente sulle quote dei crediti che residuano dopo la ripartizione dell'attivo<sup>207</sup>.

## **2. Cenni sull'esdebitazione del sovraindebitato.**

Dopo l'introduzione dell'esdebitazione del nostro ordinamento, fu fortemente sentita sia dalla dottrina che dalla società in generale l'esigenza di una disciplina che non fosse circoscritta al solo imprenditore commerciale. Il legislatore rispose a queste esigenze con la legge 27 gennaio 2012 n. 3,<sup>208</sup> la quale regolò il fenomeno del c.d. sovraindebitamento. Questo è definito dalla legge stessa, all'art. 6, come *“situazione di*

<sup>207</sup> MICHELE MARCO SARDELLA, *L'esdebitazione*, in SANZO e BURRONI, *Il nuovo codice della crisi di impresa e dell'insolvenza*, Bologna, 2019, p. 263.

<sup>208</sup> Legge 27 gennaio 2012, n. 3, recante *“Disposizioni in materia di usura e di estorsione, nonché di composizione delle crisi da sovraindebitamento.”*



*perdurante squilibrio tra le obbligazioni assunte e il patrimonio prontamente liquidabile, nonché la definitiva incapacità di adempiere regolarmente le proprie obbligazioni”.*

La riforma Rordorf ha inciso notevolmente sulla disciplina del sovraindebitamento, avendo come obiettivo principale quello di semplificare le procedure che riguardano i soggetti sovraindebitati, innovando significativamente la disciplina dell'esdebitazione regolata all'art. 14-*terdecies* della l. 3/2013<sup>209</sup>.

È innanzitutto previsto, per i soggetti sovraindebitati, data la limitata incidenza dei loro debiti sul tessuto economico, che l'esdebitazione consegua di diritto alla chiusura della liquidazione controllata, o comunque decorsi tre anni dalla sua apertura. A tal fine è necessario un provvedimento dichiarativo del Tribunale, il quale potrà essere reclamato sia dal pubblico ministero che dai creditori.

<sup>209</sup> L'art. 14-*terdecies* prevede che per essere ammesso al beneficio è necessario che il debitore:

- a) abbia cooperato al regolare ed efficace svolgimento della procedura, fornendo tutte le informazioni e la documentazione utili, nonché adoperandosi per il proficuo svolgimento delle operazioni;
- b) non abbia in alcun modo ritardato o contribuito a ritardare lo svolgimento della procedura;
- c) non abbia beneficiato di altra esdebitazione negli otto anni precedenti la domanda;
- d) non sia stato condannato, con sentenza passata in giudicato, per uno dei reati previsti dall'articolo 16;
- e) abbia svolto, nei quattro anni di cui all'articolo 14-*undecies*, un'attività produttiva di reddito adeguata rispetto alle proprie competenze e alla situazione di mercato o, in ogni caso, abbia cercato un'occupazione e non abbia rifiutato, senza giustificato motivo, proposte di impiego;
- f) siano stati soddisfatti, almeno in parte, i creditori per titolo e causa anteriore al decreto di apertura della liquidazione.

I fatti costituenti reato individuati dall'art. 280, comma 1, lett. a) ostano al beneficio della liberazione. Allo stesso modo, per il consumatore, costituisce elemento impeditivo la sussistenza della condizione di cui all'art. 69, primo comma<sup>210</sup>.

L'art. 283 del Codice introduce un'altra rilevante novità nella disciplina del sovraindebitamento. In particolare, esso prevede la possibilità per i debitori meritevoli di ottenere l'esdebitazione anche nel caso in cui “*essi non sono in grado di offrire ai creditori alcuna utilità, diretta o indiretta, nemmeno in prospettiva futura*”, tenendo conto, come prevede il secondo comma dello stesso articolo, della necessità prevalente di assicurare al debitore di poter mantenere la propria famiglia.

In questa ipotesi il beneficio ha indubbiamente carattere di straordinarietà dato che può essere concesso “*solo per una volta*”. È altresì previsto che persiste sul debitore l'obbligo di pagare dei debiti nel caso in cui “*entro il quadriennio dall'esdebitazione sopravvengano rilevanti utilità*”, tali da consentire il soddisfacimento dei creditori “*in misura non inferiore al dieci per cento*”<sup>211</sup>.

La *ratio* dell'istituto consiste nell'offrire una seconda *chance* a quei debitori che non avrebbero alcuna possibilità di superare lo stato di sovraindebitamento, fronteggiando quindi un problema sociale e reimmettendo nel mercato soggetti

<sup>210</sup> Art. 69, comma 1 d.lgs. n. 14/2019, rubricato “Condizioni soggettive ostative.”: “Il consumatore non può accedere alla procedura disciplinata in questa sezione se è già stato esdebitato nei cinque anni precedenti la domanda o ha già beneficiato dell'esdebitazione per due volte, ovvero ha determinato la situazione di sovraindebitamento con colpa grave, malafede o frode.”

<sup>211</sup> SANZO e BURRONI, *Il nuovo codice della crisi di impresa e dell'insolvenza*, Bologna, 2019, p. 300.

potenzialmente produttivi. Questa impostazione si pone perfettamente in linea con il recepimento nel nostro ordinamento della c.d. *fresh start policy*.

La domanda di esdebitazione è presentata al giudice tramite l'Organismo di Composizione della Crisi, unitamente alla documentazione necessaria per l'individuazione dei creditori e dell'ammontare dei crediti, gli atti di straordinaria amministrazione compiuti nel biennio, i redditi dichiarati negli ultimi tre anni, tutte le entrate del debitore e del nucleo familiare. L'OCC indica, inoltre, gli elementi idonei a valutare la meritevolezza del debitore, tenendo conto delle cause di indebitamento, della diligenza impiegata nell'assumere obbligazioni e delle ragioni che hanno causato l'impossibilità a adempiere quest'ultime.

L'OCC deve indicare, nella sua relazione, “*se il soggetto finanziatore, ai fini della concessione del finanziamento, abbia tenuto conto del merito creditizio del debitore, valutato in relazione al suo reddito disponibile, dedotto l'importo necessario a mantenere un dignitoso tenore di vita*”. La previsione si motiva tenendo conto dell'utilità di tali dati al fine di “*valutare se il debitore sia stato indotto a sopravvalutare le sua capacità di adempimento*”<sup>212</sup>.

Il giudice, una volta assunte le informazioni ritenute utili, valutata la meritevolezza del debitore e “*verificata, a tal fine, l'assenza di atti in frode e la mancanza di dolo o colpa grave nella formazione dell'indebitamento*”, concede l'esdebitazione con

<sup>212</sup> SANZO e BURRONI, *Il nuovo codice della crisi di impresa e dell'insolvenza*, Bologna, 2019, p. 301.

decreto, “*indicando le modalità e il termine entro il quale il debitore deve presentare, a pena di revoca del beneficio, ove positiva, la dichiarazione annuale relativa alle sopravvenienze rilevanti ai sensi dei commi 1 e 2*”<sup>213</sup>.

Il decreto che concede l’esdebitazione è comunicato “*al debitore e ai creditori, i quali possono proporre opposizione nel termine di trenta giorni*”, decorsi i quali “*il giudice, instaurato nelle forme ritenute più opportune il contraddittorio tra i creditori oppositori ed il debitore, conferma o revoca il decreto*”. La decisione del giudice è soggetta a reclamo ai sensi dell’art. 50 (art. 283, comma 8).

Per agevolare il controllo di cui all’art. 283, comma 7, è previsto, al comma 9, che l’OCC vigili, “*nei quattro anni successivi al deposito del decreto che concede l’esdebitazione*”, sul deposito nei termini della dichiarazione annuale da parte del debitore e che svolga, su richiesta del giudice, le verifiche necessarie per accertare il persistere delle condizioni per continuare a godere del beneficio<sup>214</sup>.

<sup>213</sup> Art. 283, comma 7 d.lgs. n. 14/2019: “Il giudice, assunte le informazioni ritenute utili, valutata la meritevolezza del debitore e verificata, a tal fine, l’assenza di atti in frode e la mancanza di dolo o colpa grave nella formazione dell’indebitamento, concede con decreto l’esdebitazione, indicando le modalità e il termine entro il quale il debitore deve presentare, a pena di revoca del beneficio, ove positiva, la dichiarazione annuale relativa alle sopravvenienze rilevanti ai sensi dei commi 1 e 2.”

<sup>214</sup> SANZO e BURRONI, *Il nuovo codice della crisi di impresa e dell’insolvenza*, Bologna, 2019, p. 302.

### 3. Le radici ideologiche, etiche e *ratio* dell'istituto.

Storicamente, la nascita dell'istituto della *discharge* si spiega tenendo conto del fatto che nel diritto anglo-americano la dichiarazione di fallimento determinava, anziché il semplice spossessamento dei beni del debitore, una vera e propria espropriazione del fallito. Secondo quanto previsto dalla legge fallimentare inglese del 1570, l'amministratore del fallimento, il c.d. *commissioner*, trasferiva la proprietà dei beni del fallito da questi ad un altro organo, *l'assignee*, il quale procedeva alla liquidazione di questi e alla distribuzione del ricavato ai creditori<sup>215</sup>. Quindi, considerato che con il fallimento i beni del debitore andavano a costituire un patrimonio destinato alla soddisfazione dei creditori, sarebbe stato poco sensato legare il debitore alle sorti di un patrimonio di cui questi non era più titolare<sup>216</sup>.

Tale tesi non fu tuttavia accolta, in ragione del fatto che ove fosse residuo qualcosa da tale patrimonio destinato, questo sarebbe stato restituito al debitore con la chiusura del fallimento e dunque tale forma di “*espropriazione temporanea*” non era accettabile per l'ordinamento<sup>217</sup>.

<sup>215</sup> Negli Stati Uniti, secondo quanto previsto dal *Bankruptcy Act* del 1898, la proprietà veniva trasferita al *Trustee* nominato dal tribunale, organo corrispondente all'*assignee* britannico.

<sup>216</sup> G. ROSSI, *Il fallimento nel diritto americano*, Padova, 1956, p. 100. Secondo l'autore, il fondamento della *discharge* sarebbe da rinvenirsi nella “capacità del fallimento di procedere *motu proprio* alla soluzione dell'insolvenza, e nella conseguente inutilità di tener legato alla sua sorte chi ormai non ne è più responsabile.”

<sup>217</sup> DAPHNE LETIZIA e FRANCESCO VASSALLI, *L'Esdebitazione*, in F. VASSALLI, F.P. LUISE ED E. GABRIELLI, *Trattato di Diritto Fallimentare e delle Altre Procedure Concorsuali, Volume III*, Torino, 2014, p. 797.

Si è giunti, quindi, alla conclusione che il fondamento della *discharge* andava ricercato nella concezione secondo cui il fallimento è uno strumento rivolto alla tutela dei creditori, ma lo è ancora di più del debitore.

Tale impostazione fu corroborata dal riconoscimento, nel 1841, della legittimazione attiva del debitore a chiedere il proprio fallimento, per poi poter anche ottenere l'esdebitazione, per la quale, dal 1867 in poi, non sarebbe stato più necessario nemmeno il consenso dei creditori. Con l'introduzione di queste previsioni normative si è passati dal fallimento nell'interesse dei creditori al fallimento nell'interesse pubblico (e del debitore)<sup>218</sup>: *“Quando invece si elimina il requisito del consenso dei creditori alla librazione del fallito dei debiti, si dà a quest'ultimo il diritto non di chiedere, ma di ottenere la discharge, indipendentemente dal concorso della volontà delle persone che in tal modo sono lese nel loro diritto di credito: ciò significa che viene dallo stato ritenuto prevalente l'interesse alla liberazione dei debitori, rispetto all'interesse alla tutela del credito; ed è ovvio che tutte le volte un interesse è protetto a scapito di altri, ciò avviene perché tale interesse corrisponde all'interesse pubblico”*<sup>219</sup>.

La *discharge* è dunque il risultato di un'economia che è basata sul consumo. Il fallimento, in una tale economia, diviene un fatto endemico più che episodico, perciò, il costo di quest'ultimo viene trasferito sui creditori concorsuali, i quali a

<sup>218</sup> DAPHNE LETIZIA e FRANCESCO VASSALLI, *L'Esdebitazione*, in F. VASSALLI, F.P. LUISE ED E. GABRIELLI, *Trattato di Diritto Fallimentare e delle Altre Procedure Concorsuali, Volume III*, Torino, 2014, p. 797.

<sup>219</sup> Testualmente, CASTAGNOLA, *La liberazione del debitore (discharge) nel diritto fallimentare statunitense*, Milano, 1993, p. 68, nota 52.

loro volta lo trasferiscono sui debitori solvibili (con, ad esempio, l'aumento dei tassi d'interesse) o sulla collettività. L'istituto dell'esdebitazione, quindi, trasferisce il costo del fallimento sui creditori concorsuali, spingendo così il fallito a consumare nuovamente<sup>220</sup>.

In una società come quella americana, che spinge al consumo sfrenato, deve essere incoraggiato il consumo anche in caso di fallimento, attraverso la ripartizione del costo di questo sulla collettività intera. Per tali motivi l'insolvenza, negli ordinamenti anglosassoni, non è più vista come una stigmatizzazione sociale.

La *discharge* si presenta, quindi, come operazione di salvataggio dell'imprenditore sfortunato, a cui si consente un nuovo inizio, trasferendo il rischio sui soggetti che hanno maggiore possibilità di sostenerlo<sup>221</sup>. “*Si può dire che essa (la discharge) rappresenta il mezzo, con il quale oggi – in passato si fuggiva ad Ovest – viene assicurato un tradizionale diritto americano: il diritto di avere insuccesso, e di ricominciare da capo*”, in modo da poter tornare a svolgere la propria funzione di essere produttivo, secondo l'*American way of life*.<sup>222</sup>

In Italia, l'istituto dell'esdebitazione mutua la propria *ratio* dalla *discharge* anglosassone, in quanto si pone una duplice

<sup>220</sup> DAPHNE LETIZIA e FRANCESCO VASSALLI, *L'Esdebitazione*, in F. VASSALLI, F.P. LUISO ED E. GABRIELLI, *Trattato di Diritto Fallimentare e delle Altre Procedure Concorsuali, Volume III*, Torino, 2014, p. 798.

<sup>221</sup> *Ibidem*.

<sup>222</sup> ROJAS ELGUETA, *L'esdebitazione del debitore civile: una rilettura del rapporto civil law-common law*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2012, p. 73-74.

finalità: in *primis*, far emergere beni che il fallito altrimenti potrebbe occultare per evitarne l'aggressione da parte dei creditori e, ancora più in generale, fare in modo che il fallito non procrastini il fallimento e collabori con gli organi della procedura, considerando che egli è il soggetto maggiormente informato sui fatti (su questo si basa la c.d. *debtor cooperation theory*<sup>223</sup>);<sup>224</sup> inoltre, di consentire al fallito di ottenere un *new fresh start* e, in generale, incoraggiare le persone a svolgere un'attività d'impresa riducendone i rischi<sup>225</sup>.

Il fatto che i redditi futuri del debitore, secondo alcuni giuristi statunitensi, non siano necessariamente utilizzati per sdebitarsi incoraggerebbe l'individuo ad incominciare una nuova attività d'impresa ed a consumare meno per esigenze personali. Alla base dell'istituto, come si vede, vi sono considerazioni economiche piuttosto che di etica cristiana del perdono (*humanitarian theory*<sup>226</sup>)<sup>227</sup>. Di questo, ci si era resi conto già nei

<sup>223</sup> C.J. TABB, *The scope of the fresh start in bankruptcy: collateral conversions and the dischargeability debate*, in 59 *Geo. Wash. L. Rev.* 56, 113, 1990, p. 90, secondo cui “*the debtor cooperation theory justifies the discharge as a carrot dangled in front of the debtors to induce them to cooperate with the trustee and the creditors in the bankruptcy case in the location, collection and liquidation of the debtor’s assets. If the debtor cooperates, the discharge is granted; if not, it is denied.*”

<sup>224</sup> DAPHNE LETIZIA e FRANCESCO VASSALLI, *L'Esdebitazione*, in F. VASSALLI, F.P. LUISO ED E. GABRIELLI, *Trattato di Diritto Fallimentare e delle Altre Procedure Concorsuali, Volume III*, Torino, 2014, p. 799.

<sup>225</sup> FERRI, *L'esdebitazione*, in *Fallimento*, 2005, p. 1085 ss.

<sup>226</sup> C.J. TABB, *The scope of the fresh start in bankruptcy: collateral conversions and the dischargeability debate*, in 59 *Geo. Wash. L. Rev.* 56, 113, 1990, p. 98.

<sup>227</sup> DAPHNE LETIZIA e FRANCESCO VASSALLI, *op. cit.*, p. 800. In particolare, alla nota 42, della stessa pagina, gli autori esplorano il nesso fra l'esdebitazione e la rimessione dei debiti così come conosciuta nell'etica cristiana.



commenti alla legge inglese del 1705, ai sensi della quale se il debitore non avesse consegnato tutti i beni di sua proprietà e resi noti tutti i propri affari, questi sarebbe stato considerato un *fraudolent bankrupt*, e, in quanto tale, soggetto a pena capitale: “*Dal che si deduce che in realtà l’introduzione della discharge in Inghilterra non fu dovuta esclusivamente al prevalere di uno spirito liberale ed umanitario nei confronti dei falliti, ma che un notevole ruolo giocò anche la considerazione degli interessi dei creditori e dello Stato. La discharge, infatti, almeno nella sua prima forma, costituiva un importante incentivo per indurre il fallito a rilasciare tutti i propri beni a favore dei creditori e a rispettare tutte le disposizioni della legge fallimentare*”<sup>228</sup>.

La *discharge*, quindi, si pone come un limite all’esigibilità del credito, un limite all’azione accordata a tutela dell’obbligazione, posto a tutela dell’interesse pubblico<sup>229</sup>.

Il valore della *discharge* è stato studiato anche da un punto di vista etico (nella filosofia morale per etica si intende “*sfera di discorso, di motivazione e di condotta che accompagna la nostra vita quotidiana*”<sup>230</sup>)<sup>231</sup>. In particolare, dopo essere giunti alla conclusione che l’etica esige il pagamento dei debiti in generale,<sup>232</sup> ci si è chiesti se tale regola abbia valore assoluto, o se sia soggetta ad alcune eccezioni, come nel caso del debitore

<sup>228</sup> Così, testualmente, CASTAGNOLA, *op. cit.*, pp. 6-7, con citazione, alla nota 16, di RENDLEMAN, *The bankruptcy discharge: toward a fresher restart*, 58 *North Carolina L. Rev.*, 1980, p. 724.

<sup>229</sup> DAPHNE LETIZIA e FRANCESCO VASSALLI, *L’Esdebitazione*, in F. VASSALLI, F.P. LUISE ED E. GABRIELLI, *Trattato di Diritto Fallimentare e delle Altre Procedure Concorsuali, Volume III*, Torino, 2014, p. 800.

<sup>230</sup> DONATELLI, *La filosofia morale*, Roma-Bari, 2001, p. 5 ss.

<sup>231</sup> KILPI, *The ethics of bankruptcy*, Routledge, London-New York, 1998.

<sup>232</sup> KILPI, *op. cit.*, p. 57.

insolvente. La questione riguarda direttamente la *discharge* ed il modo in cui si può giustificare, avendo dato per assunta la vincolatività della promessa, la possibilità di liberare il debitore dalle sue obbligazioni.

La liberazione dai debiti, secondo quest'ottica, sarebbe una tecnica normativa che risponde all'esigenza di migliorare la posizione del fallito nella società. Si baserebbe, quindi, sul concetto di giustizia distributiva della ricchezza, il quale richiede che le conseguenze del dissesto siano sopportate da chi ha le risorse finanziarie per sostenerle. Risponderebbe quindi a questa esigenza etica la possibilità per il debitore onesto – ma sfortunato – che sia fallito per circostanze legate al funzionamento del mercato, di poter “*consumare beni senza pagarli, con conseguente sopportazione del costo da parte di quei soggetti che hanno disponibilità finanziarie*”<sup>233</sup>.

La *discharge*, in definitiva, si inquadreerebbe nel sistema di protezione sociale dai rischi legati all'economia di mercato come una sorta di *safety net*.<sup>234</sup> All'interno di ottica, il fallimento non sarebbe riconducibile necessariamente a comportamenti scorretti o dolosi del debitore, ma, nella maggior parte dei casi, sarebbe un accadimento che rientra nel rischio proprio dell'economia di mercato. Ciò comporta che il futuro dell'impresa si determini nel mercato stesso, e nei processi di selezione naturale che in esso

<sup>233</sup> V. DE SENSI, *L'etica del fallimento*, in *Rivista di diritto dell'impresa*, 1/2003, Napoli, p. 176.

<sup>234</sup> KIPLI, *The ethics of bankruptcy*, Routledge, London-New York, 1998, p. 75.

avvengono.<sup>235</sup> Alla luce di queste conclusioni, lo scopo ultimo della *discharge* è quello di impedire l'eliminazione definitiva del debitore dal sistema del consumo e della produzione, attraverso la liberazione dai debiti contratti anteriormente al fallimento, senza che sia necessario il consenso dei suoi creditori<sup>236</sup>.

Il trapianto nel sistema normativo italiano di una figura giuridica alloctona quale quella della *discharge*, rischiava di collidere con la sensibilità sociale che ha ispirato la disciplina fallimentare sin dal suo inizio, secondo cui l'interesse dei creditori non ammetteva alcun temperamento e l'esclusione dal mercato del debitore inadempiente appariva come l'unica soluzione attuabile in caso di insolvenza. L'esdebitazione, infatti, rappresenta una novità assoluta in un sistema giuridico che ha da sempre alla sua base il principio di universalità della responsabilità patrimoniale individuale ed una concezione sanzionatoria e stigmatizzante del fallimento. *“L'insolvenza era considerata come una malattia debilitante, suscettibile di contagio, che come tale imponeva la radicale eliminazione dal mercato del soggetto che ne fosse affetto, alla stregua di un vero e proprio ‘untore’”*<sup>237</sup>.

Con l'evolversi della scienza giuridica, però, è maturata la consapevolezza che il comportamento doloso del debitore insolvente non è l'unica variabile che conduce all'insorgere della crisi: bisogna tener conto di altri fattori, spesso non determinabili a priori, come lo sviluppo della tecnologia, fattori

<sup>235</sup> V. DE SENSI, *L'etica del fallimento*, in *Rivista di diritto dell'impresa*, 1/2003, Napoli, p. 176.

<sup>236</sup> *Ibidem*.

<sup>237</sup> MARGHERITA ANDREUCCI, *L'esdebitazione in una prospettiva comparata: Regno Unito, Stati Uniti e Italia a confronto*, Università di Pisa, 2016, p. 127.

macroeconomici, la globalizzazione e, eventualmente, condotte colpose o imprudenti dell'imprenditore, le quali però vanno tenute ben distinte da quelle di carattere doloso.

Il debitore, infatti, potrebbe anche solo aver sopravvalutato le proprie capacità di operare e sopravvivere in un regime fondato sul capitalismo ed aver tenuto comportamenti eccessivamente rischiosi, rispetto ai quali, secondo alcuni autori, gli imprenditori dovrebbero vantare un c.d. "diritto all'errore"<sup>238</sup>.

L'istituto in commento, promuoverebbe dunque l'iniziativa imprenditoriale e trasformerebbe un precedente fiasco in un'esperienza che arricchisce il singolo e la società nel suo complesso. La rinnovata produttività economica costituirebbe, sempre secondo questi autori, il presupposto necessario affinché al centro della disciplina concorsuale vi sia il debitore, in quanto unico vero protagonista della vicenda fallimentare, il quale, attraverso i valori sociali della collaborazione e dell'accordo, può tornare nuovamente ad essere un "homo oeconomicus" nell'interesse del mercato<sup>239</sup>,

Nel contesto economico mondiale, d'altra parte, l'aumento e la diffusione di *best practices*, di *beauty contests* e *benchmarks* comporta la costante necessità di adeguamento agli *standard* internazionali da parte di tutti gli ordinamenti giuridici, i quali desiderino mantenere attrattività nei confronti di investitori

<sup>238</sup> L. GHIA, *L'esdebitazione. Evoluzione storica, profili sostanziali, procedurali e comparatistici*, 2008, pp. 6-11.

<sup>239</sup> *Ibidem*.

stranieri e favorire la delocalizzazione delle imprese internazionali sul proprio territorio<sup>240</sup>.

Dall'osservazione degli approcci normativi invalsi negli altri ordinamenti – ed ormai anche nel nostro – si può giungere alla conclusione che la cessazione dell'attività d'impresa non debba più comportare inevitabilmente la cessazione dell'imprenditore in quanto tale.

#### **4. La compatibilità della *discharge* con il principio della responsabilità patrimoniale del debitore.**

L'esdebitazione, nella sua attuale concezione, ha un triplice scopo: in *primis*, favorisce il reinserimento del debitore fra i soggetti produttivi della comunità e gli consente di riprendere un'attività socialmente utile; inoltre, incentiva la cooperazione del debitore con gli organi della procedura; ed infine, funge da copertura assicurativa contro il pericolo dell'insolvenza, come una sorta di ammortizzatore sociale.

Negli ordinamenti europei di *common law*, tuttavia, l'avvento di quest'istituto fece sorgere il timore che potesse costituire non una “*safety net*” per il debitore che fosse “*honest but unfortunate*,” quanto, piuttosto, una sorta di porto sicuro per qualsiasi debitore, anche disonesto<sup>241</sup>. Tutto ciò spinse gli ordinamenti europei da un lato a precludere – fino a tempi recenti – l'accesso alle procedure concorsuali ai debitori che non fossero

<sup>240</sup> MARGHERITA ANDREUCCI, *L'esdebitazione in una prospettiva comparata: Regno Unito, Stati Uniti e Italia a confronto*, Università di Pisa, 2016, p. 129.

<sup>241</sup> ROJAS ELGUETA, *L'esdebitazione del debitore civile: una rilettura del rapporto civil law-common law*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2012, p. 313.

imprenditori commerciali e, dall'altro ad invocare il principio dell'universalità della responsabilità patrimoniale individuale del debitore, disciplinata, nel nostro ordinamento dall'art. 2740 cod. civ. Secondo tale norma “*il debitore risponde dell'adempimento delle obbligazioni con tutti i suoi beni presenti e futuri*”, stabilendo inoltre che “*le limitazioni della responsabilità non sono ammesse se non nei casi stabiliti dalla legge*”. Da questa previsione si evince che in assenza del consenso del creditore e salvo il verificarsi di eventi esterni al rapporto fra le parti, i quali determinino la definitiva impossibilità oggettiva della prestazione, esclusivamente l'adempimento può avere un'efficacia estintiva dell'obbligazione (in forza del combinato disposto degli artt. 1218<sup>242</sup> e 1256<sup>243</sup> cod. civ.). L'art. 2740 cod. civ. è ricollegabile al c.d. principio della *perpetuatio obligationis*, il quale, in caso di mora del debitore, determina il passaggio in capo a quest'ultimo del rischio della sopravvenuta impossibilità della prestazione. Ciò comporta che egli sarà in ogni caso tenuto ad adempiere, anche in caso di successiva sopravvenuta impossibilità (*qui in re illicita versatur tenetur etiam pro casu*) e permette, al creditore, di

<sup>242</sup> Art. 1218 cod. civ.: “Il debitore che non esegue esattamente la prestazione dovuta è tenuto al risarcimento del danno, se non prova che l'inadempimento o il ritardo è stato determinato da impossibilità della prestazione derivante da causa a lui non imputabile”

<sup>243</sup> Art. 1256 cod. civ.: “L'obbligazione si estingue quando, per una causa non imputabile al debitore, la prestazione diventa impossibile. Se l'impossibilità è solo temporanea, il debitore finché essa perdura, non è responsabile del ritardo nell'adempimento. Tuttavia l'obbligazione si estingue se l'impossibilità perdura fino a quando, in relazione al titolo dell'obbligazione o alla natura dell'oggetto, il debitore non può più essere ritenuto obbligato a eseguire la prestazione ovvero il creditore non ha più interesse a conseguirla.”

procedere all'espropriazione *ex art. 2910 cod. civ.*, al fine di soddisfarsi coattivamente<sup>244</sup>.

L'apparente perentorietà di queste disposizioni, la quale, in linea di principio, dovrebbe impedire qualsiasi modalità estintiva dell'obbligazione diversa dall'adempimento o dall'impossibilità, è stata temperata dall'introduzione nel nostro ordinamento dell'art. 120, comma 3 l. fall., il quale stabilisce che i creditori, con la chiusura del fallimento, “riacquistano il libero esercizio delle azioni verso il debitore per la parte non soddisfatta dei loro crediti per capitale e interessi” salvo, però, “quanto previsto dagli articoli 142 e seguenti”.

Come visto nel secondo capitolo, tali ultimi articoli determinano “l'inesigibilità” dei debiti residui insoddisfatti dopo la chiusura del fallimento (liquidazione con l'entrata in vigore del nuovo Codice). L'utilizzo di tale termine, su un piano sostanziale, suggerirebbe non l'estinzione dei debiti, quanto la semplice opponibilità dell'esdebitazione come eccezione processuale rispetto a successive ed eventuali azioni individuali di recupero attuate dai creditori dopo la chiusura del fallimento. Gli effetti dell'esdebitazione si avvicinerebbero, quindi, a quelli tradizionali della *discharge* statunitense, la quale, come abbiamo visto nel primo capitolo, valeva, sin dalle sue origini, come *affirmative defense* da opporre ai creditori in eventuali successivi giudizi.

A sostegno di questa interpretazione, si può osservare la persistenza, dopo l'avvenuta esdebitazione, degli obblighi dei

<sup>244</sup> MARGHERITA ANDREUCCI, *L'esdebitazione in una prospettiva comparata: Regno Unito, Stati Uniti e Italia a confronto*, Università di Pisa, 2016, p. 130.

coobbligati, degli obbligati di regresso e dei fideiussori *ex art. 142*, comma 4 l. fall. (art. 278, comma 6 del nuovo Codice).

## **5. Il ruolo del *fresh start* nello scenario economico globale.**

La *discharge*, così come si è evoluta nel quadro normativo statunitense, presenta una stretta connessione con la c.d. *fresh start policy*, cioè con il nuovo ritorno del debitore nel contesto economico e sociale<sup>245</sup>. Questa connessione ha alla base la struttura stessa dell'economia statunitense, strutturata ed incentrata sul consumo e sulla spinta crescente al consumare sempre di più.

La liberazione dai debiti, ad un'attenta analisi, non trova la sua ragione nel fatto che, nell'ordinamento statunitense, il patrimonio del debitore è soggetto ad espropriazione nel corso della procedura fallimentare, quanto nell'esigenza che quel debitore ritorni ad essere un soggetto consumatore<sup>246</sup>.

Per poter spiegare tale impostazione è necessario prendere in considerazione due fattori: da un lato, la considerazione della crisi d'impresa all'interno dell'economia di mercato e dall'altro l'evolversi del credito al consumo nella società postindustriale.

Per quanto concerne il primo, è stata ormai acquisita la consapevolezza<sup>247</sup> che il fallimento non va considerato come

<sup>245</sup> V. DE SENSI, *L'etica del fallimento*, in *Rivista di diritto dell'impresa*, 1/2003, Napoli, p. 177.

<sup>246</sup> V. DE SENSI, *op. cit.*, p. 178.

<sup>247</sup> L'introduzione dell'esdebitazione in Italia è sintomatica di questa presa di coscienza, come lo è il fatto che, a partire dall'entrata in vigore del nuovo Codice, il termine fallito verrà sostituito da 'liquidato'



un'infamia del debitore o come meccanismo giuridico finalizzato all'esclusione e di isolamento dell'imprenditore poiché, come abbiamo visto, è ormai di dominio pubblico il fatto che non sempre le cause del dissesto sono riconducibili ad atti di frode dell'imprenditore, dipendendo queste invece dall'andamento dell'economia e dal mutare delle condizioni di mercato. Il fallimento, quindi, rientra all'interno di un processo fisiologico di selezione naturale delle imprese, in cui l'imprenditore non va considerato come un operatore economico da escludere definitivamente, dovendogli, al contrario, essere data la possibilità di ritornare ad operare sul mercato con nuove strutture e capitali<sup>248</sup>.

Se queste considerazioni sono sicuramente valide per l'imprenditore commerciale, lo stesso non si può dire riguardo al fallimento del debitore civile, del quale l'ordinamento statunitense consente il fallimento<sup>249</sup>. Ed è rispetto a tale fattispecie che diviene rilevante analizzare l'evoluzione del credito al consumo.

Tale processo evolutivo è strettamente legato all'espansione del mercato di massa e della destinazione della produzione ad una massa di consumatori sempre in aumento. In quest'ottica, il sistema produttivo post-industriale ha alla propria base l'incentivo al consumo, il coinvolgimento di masse sempre più numerose di soggetti che consumino quanto prodotto e che quindi chiudano, con il loro acquisto, il ciclo formativo della ricchezza<sup>250</sup>. Il credito

<sup>248</sup> V. DE SENSI *L'etica del fallimento*, in *Rivista di diritto dell'impresa*, 1/2003, Napoli, p. 178.

<sup>249</sup> In Italia, il debitore civile, pure avendo la possibilità di accedere all'esdebitazione, non è da considerarsi un soggetto fallibile (*supra* cap. 3, par. 2).

<sup>250</sup> V. DE SENSI, *op. cit.*, p. 178.

al consumo, quindi, essendo erogato per permettere il soddisfacimento di bisogni personali delle persone e dunque per sorreggere i loro acquisti, dà impulso allo sviluppo economico, ma può sovente dar luogo a situazioni di sovraindebitamento del consumatore, il quale, solitamente, a garanzia del credito ottenuto, è in grado di offrire solo il proprio reddito fisso (si parla in questo caso di “*wage-earning consumer*”)<sup>251</sup>.

Lo scopo del fallimento del debitore civile non è quindi solo quello di porre fine alla situazione di sovraindebitamento attraverso una procedura concorsuale unitaria, ma anche quello di liberare il fallito. Se infatti questi si trovasse costretto a continuare a pagare i propri debiti prefallimentari con i propri redditi futuri, non avrebbe altre risorse da destinare a consumi nuovi: “*La c.d. fresh start policy è dunque il riflesso di due aspetti fondamentali di caratterizzazione del sistema statunitense: quello del diritto di ogni persona all’insuccesso ed al suo ritorno sul mercato; quello del diritto della società a ricavare dalla persona un profitto*”<sup>252</sup>.

Sembrerebbe quindi che il costo della liberazione del debitore dai debiti sia sopportato nell’immediato dai creditori, ma nel medio-lungo periodo questo viene a ridistribuirsi tra la collettività attraverso l’aumentare dei costi dei prodotti e del denaro.<sup>253</sup>

La *discharge* non sembrerebbe essere esclusivamente funzionale al miglioramento delle condizioni economiche dei

<sup>251</sup> V. DE SENSI, *L’etica del fallimento*, in *Rivista di diritto dell’impresa*, 1/2003, Napoli, p. 178.

<sup>252</sup> V. DE SENSI, *op. cit.*, p. 179.

<sup>253</sup> CASTAGNOLA, *La liberazione del debitore (discharge) nel diritto fallimentare statunitense*, Milano, 1993, p. 72.

debitori sfortunati, quanto, in realtà, a mantenere costante la loro capacità di acquisto senza consentirgli di aumentare il proprio benessere. Sarebbe infatti inaccettabile pensare che il mantenimento della capacità di acquistare di un soggetto sia equivalente ad incrementare il benessere di quest'ultimo.

La ragione ultima della *discharge* del debitore diverso dall'imprenditore commerciale, in sostanza, sembrerebbe risiedere nella cultura consumistica delle economie di mercato come quella statunitense, nelle quali la liberazione dai debiti è propedeutica alla realizzazione di nuovi acquisti, con una drastica riduzione del senso di responsabilità da parte dei consumatori, le cui decisioni d'acquisto tendono ad essere prese sempre più d'istinto e sempre meno ponderate.

Volendo spostare l'attenzione sul nostro ordinamento, sarebbe giusto chiedersi se, a seguito dell'introduzione dell'esdebitazione sia dell'imprenditore commerciale che del debitore civile, la *discharge* abbia un ruolo equivalente a quello che ha nell'ordinamento statunitense. Osservando, però, l'evoluzione della disciplina fallimentare ed anche della normativa del credito al consumo, si potrebbe affermare che la funzione svolta dalla nostra *discharge*, compatibilmente con il nostro sistema economico e con la sensibilità sociale che continua a contraddistinguerci, dovrebbe essere quella di agevolare il risanamento dell'impresa e di consentire la liberazione del debitore prevalentemente nell'interesse di quest'ultimo e non del consumo. La *discharge*, quindi, potrebbe considerarsi la “*contropartita etica ed economica del risanamento dell'impresa*,”

*fonte di ricchezza per la collettività sociale, e non invece capzioso strumento di induzione esasperata al consumo”<sup>254</sup>.*

<sup>254</sup> V. DE SENSI, *L’etica del fallimento*, in *Rivista di diritto dell’impresa*, 1/2003, Napoli, p. 180.

## CONCLUSIONI

Dall'analisi condotta in quest'elaborato risulta evidente la diversità esistente fra le varie legislazioni fallimentari rispetto alla liberazione del debitore dalle obbligazioni pregresse. Queste differenze derivano direttamente dalla diversità dei principi ispiratori delle diverse normative prese in considerazione (come ad esempio il principio dell'universalità della responsabilità patrimoniale individuale) e dalla diversità dei contesti socioeconomici nell'ambito di cui si sono sviluppati. Nonostante tali differenze, vi sono alcuni profili che si ripropongono in entrambe le normative concorsuali trattate, come la penalizzazione delle condotte recidive del debitore o la revoca del beneficio per il debitore che lo abbia ottenuto mediante condotte fraudolente.

La disciplina statunitense, come rileva la maggior parte dei commentatori, può essere considerata la più liberale, in quanto sulla scia della *freedom of opportunity* scardina per prima l'operatività della *discharge* dalla necessità del consenso dei creditori e dalla discrezionalità dell'autorità giudiziaria. Come si è visto, infatti, nella procedura di *liquidation* disciplinata dal *Chapter 11* l'*order of discharge* costituisce un provvedimento giudiziale dovuto, il quale assegna al fallito un vero e proprio diritto alla liberazione dai debiti. Ai sensi del *Chapter 11*, invece, la *discharge* del debitore opera automaticamente a seguito della *confirmation* del *plan of reorganisation*, diversamente da quanto previsto dal *Chapter 13*, dove il beneficio della liberazione

dai debiti dipende dal previo adempimento del piano di ristrutturazione dei debiti da parte del debitore.

Tuttavia, se da un lato i presupposti previsti ai fini della concessione della *discharge* sono particolarmente flessibili, dall'altro il regime delle eccezioni si presenta particolarmente severo, comportando la non operatività della liberazione nei confronti di un congruo numero di debiti e temperando notevolmente il *favor debitoris* tipico della normativa statunitense.

La disciplina italiana era caratterizzata, inizialmente, da requisiti particolarmente stringenti per l'accesso alle procedure concorsuali, condizione preliminare necessaria per l'esdebitazione. Tuttavia, la recente estensione del diritto concorsuale al debitore civile e l'ulteriore estensione alle persone giuridiche operata dal nuovo Codice, hanno attenuato la preesistente disparità di trattamento di cui i soggetti diversi dall'imprenditore commerciale erano soggetti, consentendo a queste nuove categorie di debitori, attraverso delle previsioni ad *hoc*, di giovare anch'esse di un nuovo *fresh start*.

In Italia l'esdebitazione si presenta dotata di una solida impalcatura giuridica, derivante dalla rigorosa predeterminazione dei suoi presupposti applicativi, proiettati sulla collaborazione del debitore e sul rispetto dei requisiti di meritevolezza previsti dalla legge, consente di tracciare una linea netta per separare il debitore onesto e cooperativo da un lato, e dall'altro il debitore sleale ed opportunistico. Un valido compromesso fra l'interesse dei creditori al soddisfacimento delle proprie pretese e quello del debitore al reinserimento nella realtà economica è rappresentato

dal controllo dei requisiti meritevolezza da parte dell'autorità giudiziaria.

Il legislatore italiano ha preferito prevedere un numero ristretto di casi in cui il riconoscimento dell'esdebitazione è precluso al debitore. Ciò conferma la strategia normativa di quest'ultimo, il quale fornisce gli elementi di valutazione al giudice *ex ante*, prima della concessione del beneficio, piuttosto che, a differenza di quello statunitense, agevolare il più possibile la sua elargizione attraverso la previsione della sua automaticità e restringerne successivamente l'ambito di applicabilità, attraverso numerose eccezioni soggettive, se relative al comportamento del debitore, ovvero oggettive, se riguardanti al debito in sé, in quanto *non-dischargeable*.

Si può notare che ciò che è previsto dalla disciplina italiana come presupposto all'operatività dell'esdebitazione, figure, in termini negativi nella disciplina nordamericana, nella quale la dimensione della collaborazione viene conseguentemente a sfumarsi in nome di una cieca e indiscriminata tutela del debitore e delle sue potenzialità economiche in quanto consumatore.

Dalla presente trattazione si può desumere che la politica del *fresh start*, nelle sue articolate dinamiche, non costituisce un blocco unico, quanto in realtà come un aggregato di elementi eterogenei, soggetti a vicendevole influenza. Oltre all'istituto giuridico dell'esdebitazione, vi rientrano anche altri aspetti come l'andamento del mercato del credito al consumo, le attitudini comportamentali dei consumatori, dottrine ideologiche, il grado di stigmatizzazione a cui il fallito è soggetto ecc. Tutto ciò si

intreccia necessariamente la dimensione strettamente giuridica, arricchendola di contenuti e di significati nuovi.

Ne deriva che una normativa efficace, rispetto al rinnovo della capacità produttiva del debitore, dipende da una molteplicità di elementi, ognuno dei quali deve essere opportunamente compreso ed esaminato nelle sue più varie sfaccettature. Il compito del diritto fallimentare contemporaneo è quello di modellare i connotati della *fresh start policy*, disciplinandola con armonia e nel rispetto delle esigenze economiche e sociali della società moderna, nell'osservanza dei principi fondamentali dei diversi ordinamenti giuridici, evitando però che questa finisca per essere uno strumento finalizzato esclusivamente all'induzione al consumo del debitore tornato in *bonis*.



## BIBLIOGRAFIA

Ambrosini, *Chiusura e Riapertura del Fallimento*, in AA.VV., *Fallimento*, a cura di Ambrosini, Cavalli e Jorio, in *Tratt. Dir. Com. pubbl. econ.*, Milano, 2009.

Andreucci, Margherita, *L'esdebitazione in una prospettiva comparata: Regno Unito, Stati Uniti e Italia a confronto*, Università di Pisa, 2016.

Carli, Lorenzo, *L'Esdebitazione*, Università di Pisa, 2014.

Castagnola A., *L'Esdebitazione del fallito*, in *Giur. Comm.*, III, 2006.

Castagnola A., *La liberazione del debitore (discharge) nel diritto fallimentare statunitense*, Milano, 1993.

Cavalli G., *Gli effetti del fallimento per il debitore*, in *La riforma della legge fallimentare – Profili della nuova disciplina*, Bologna, 2006.

Chandler Walter, *The Revised Bankruptcy Act Of 1938*, *American Bar Association Journal*, Vol. 24, No. 11 (November 1938).

Cordopatri, in “*Riabilitazione ed Esdebitazione*”, Banca Borsa Titoli di Credito, fasc. 5, 2009.

Countryman, *A history of American bankruptcy law*, in 81 *Commercial L.J.*, 1976.

De Sensi, Vincenzo, *L'etica del fallimento*, in *Rivista di diritto dell'impresa*, Napoli, 1/2003.

Donatelli, *La filosofia morale*, Roma-Bari, 2001.

Elgueta, Rojas, *L'esdebitazione del debitore civile: una rilettura del rapporto civil law-common law*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2012.

Ferri, *L'esdebitazione*, in *Fallimento*, 2005.

Ghia L., *L'esdebitazione. Evoluzione storica, profili sostanziali, procedurali e comparatistici*, 2008.

Guidotti, Rolandino, *L'esdebitazione*, *ilfallimentarista.it*, 2019.

Hartman P. J., *The dischargeability of debts in bankruptcy*, in 15 *Vanderbilt L. Rev* (1961-62).

Iuliano, J, *An Empirical Assessment of Student Loan Discharges and the Undue Hardship Standard*, *The American bankruptcy law journal*, 2012, Vol. 86.

Kennedy, David S. & Spencer Clift R., III, *An Historical Analysis of Insolvency Laws and Their Impact on the Role, Power, and Jurisdiction of Today's United States Bankruptcy Court and Its Judicial Officers*, 9 *J.BANKR. L. & PRAC.* 165, 166 (2000).

Kennedy, David S., Lindner, Erno, *The Bankruptcy Amendatory Act of 1938/The Legacy of the Honorable Walter Chandler*, 41 *U. MEM. L. REV.* 769, 786 (2011).

Kilpi, *The ethics of bankruptcy*, Routledge, London-New York, 1998.

Letizia D. e Vassalli F., *L'Esdebitazione*, in F. Vassalli, F.P. Luiso ed E. Gabrielli, *Trattato di Diritto Fallimentare e delle Altre Procedure Concorsuali, Volume III*, Torino, 2014.

Levin, Elliot D., e John M. Rogers. "A Short History of American Bankruptcy Law in the 1800's: Part One." *Debt3*, vol. 22, no. 4, July/August 2007.

Lo Cascio, *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, Milano, 2007.

McBryde-Flessner, *Principles of European Insolvency Law and General Commentary*, in *Principles of European Insolvency Law*, a cura di McBryde, Flessner, e Kortmann, 2003.

Noel F. R., *A history of the bankruptcy law*, C. H. Potter & Company, 1919.

Norelli, *L'esdebitazione*, in *La tutela dei diritti nella riforma fallimentare*, a cura di m. Fabiani e a. Patti, Milano, 2006.

Olmstead, J. M., *Bankruptcy, a commercial regulation*, in 15 *Harv. L. Rev.*, 1902.

Paluchowsky, *Manuale di Diritto Fallimentare*, Milano, 2008.

Petrovski, Novica, *The Bankruptcy Code, Section 1121: Exclusivity Reloaded*, 11 *Am. Bankr. Inst. L. Rev.* 451, 457 n. 19, 2003.

Remington H., *A treatise on the bankruptcy law of the United States*, a cura di J. Henderson, 5.ed., 1950.

Rendleman, *The bankruptcy discharge: toward a fresher restart*, 58 *North Carolina L. Rev.*, 1980.

Rossi, *Il fallimento nel diritto americano*, Padova, 1956.

Santoro, *Sub art, 142*, in *La legge fallimentare dopo la riforma*, a cura di Sandulli e Nigro, tomo III, Torino, 2010.

Sanzo e Burroni, *Il nuovo codice della crisi di impresa e dell'insolvenza*, Bologna, 2019.

Sardella, Michele Marco, *L'esdebitazione*, in Sanzo e Burroni, *Il nuovo codice della crisi di impresa e dell'insolvenza*, Bologna, 2019.

Scarselli G., *Ancora sulla esdebitazione (una questione temporale e altre più generali)*, in *Fall.*, 2009.

Skeel, David A., *Debt's Dominion: A History of Bankruptcy Law in America*, Princeton University Press, 2001.

Tabb, Charles Jordan, *The Historical Evolution of Bankruptcy Discharge*, *American Bankruptcy Law Journal*, col 63 n. 3, 1991.

Tabb, Charles Jordan, *The scope of the fresh start in bankruptcy: collateral conversions and the dischargeability debate*, in 59 *Geo. Wash. L. Rev.* 56, 113, 1990.

Warren C., *Bankruptcy in United States History*, Harvard University Press, 1935.

Woodward, W. J. jr., in F. Vassalli, F.P. Luiso ed E. Gabrielli, *Trattato Di Diritto Fallimentare E Delle Altre Procedure Concorsuali, Volume V*, Torino, 2014.