

ALCUNE ULTERIORI BREVI NOTE IN TEMA DI ESDEBITAZIONE DEL FALLITO[®]

di ROLANDINO GUIDOTTI

SOMMARIO: 1. Premessa (la l. 132 del 2015). - 2. L'esdebitazione e i riparti supplementari. - 3. L'ultrattività degli organi della procedura. - 4. Il c.d. presupposto di risultato e lo Schema di disegno di legge delega per la riforma organica delle discipline della crisi di impresa e dell'insolvenza.

1. Premessa (la l. 132 del 2015)

E' ormai noto che il d.l. 27 giugno 2015, n. 83, convertito in l. 6 agosto 2015, n. 132, ha parzialmente integrato la disciplina dell'esdebitazione del fallito.

Ai sensi dell'art. 118, comma 2°, terzo periodo e ss., l. fall., così come novellato nell'estate scorsa, la chiusura della procedura di fallimento, quando è compiuta la ripartizione finale dell'attivo, non è impedita dalla pendenza di giudizi, rispetto ai quali il curatore può mantenere la legittimazione processuale, anche nei successivi stati e gradi del giudizio, ai sensi dell'art. 43 l. fall.

In deroga all'art. 35 l. fall., anche le rinunzie alle liti e le

[®] Lo scritto costituisce l'aggiornamento di R. GUIDOTTI, *L'esdebitazione del fallito*, in R. Borsari (a cura di), *Crisi dell'impresa, procedure concorsuali e diritto penale dell'insolvenza*, in corso di pubblicazione per i tipi della Padova University Press, lavoro già in bozze di stampa nel momento in cui il d.l. 27 giugno 2015, n. 83, è stato pubblicato in Gazzetta Ufficiale e sul quale non si è potuti intervenire inserendo le osservazioni contenute nei §§ 2 e 3; per la sola prima parte dello scritto v. ID, *L'esdebitazione del fallito: profili sostanziali*, in *Contr. e impr.*, 2015, p. 1073 ss.

transazioni sono autorizzate dal giudice delegato ⁽¹⁾.

In relazione alle eventuali sopravvenienze attive derivanti dai giudizi pendenti non si fa luogo a riapertura del fallimento.

Qualora alla conclusione dei giudizi pendenti consegua, per effetto di riparti, il venir meno dell'impedimento all'esdebitazione di cui all'art. 142 l. fall., il debitore può chiedere di essere ammesso al beneficio di cui sopra nell'anno successivo al riparto che lo ha permesso.

Il nuovo art. 120, comma 5°, l. fall. prevede poi che nell'ipotesi di chiusura in pendenza di giudizi ai sensi dell'art. 118, comma 2°, terzo periodo e ss., l. fall., il giudice delegato e il curatore restino in carica ai soli fini di quanto ivi previsto.

In nessun caso i creditori possono agire su quanto è oggetto dei giudizi medesimi.

Di tali disposizioni si è solo dato conto in altra sede ⁽²⁾. Siano consentite qui due ulteriori osservazioni e una breve prematura digressione sullo Schema di disegno di legge delega recante "Delega al Governo per la riforma organica delle discipline della crisi di impresa e dell'insolvenza", elaborato dalla Commissione ministeriale istituita dal Ministro della Giustizia con Decreto 28 gennaio 2015 (e successive integrazioni).

2. L'esdebitazione e i riparti supplementari

In forza dell'art. 7 del d.l. 27 giugno 2015, n. 83, convertito in l. 6 agosto 2015, n. 132, è oggi possibile, lo si è accennato nella premessa, la chiusura del fallimento ai sensi dell'art. 118, comma 1°, n. 3), l. fall., ovvero per ripartizione finale dell'attivo, anche in pendenza di giudizi, rispetto ai quali il cu-

⁽¹⁾ Le somme necessarie per spese future ed eventuali oneri relativi ai giudizi pendenti, nonché le somme ricevute dal curatore per effetto di provvedimenti provvisoriamente esecutivi e non ancora passati in giudicato, sono trattenute dal curatore secondo quanto previsto dall'art. 117, comma 2°, l. fall. Dopo la chiusura della procedura di fallimento, le somme ricevute dal curatore per effetto di provvedimenti definitivi e gli eventuali residui degli accantonamenti sono fatti oggetto di riparto supplementare fra i creditori secondo le modalità disposte dal Tribunale con il decreto di cui all'art. 119 l. fall.

⁽²⁾ Ci si riferisce a R. GUIDOTTI, *L'esdebitazione del fallito*, in R. Borsari (a cura di), cit.

ratore mantiene la legittimazione processuale ⁽³⁾.

La stessa norma prevede poi che, qualora alla conclusione dei giudizi pendenti consegua, per effetto di riparti successivi alla chiusura del fallimento, il venir meno dell'impedimento all'esdebitazione di cui all'art. 142, comma 2°, 1. fall., il debitore possa chiedere di accedere al beneficio anche nell'anno successivo al riparto che ha fatto venir meno l'impedimento stesso (art. 118, comma 2°, 1. fall.).

La disposizione non è priva di conseguenze come potrebbe apparire ad un primo esame.

Il ricorso del debitore all'esdebitazione, a seguito della riforma, è permesso anche nell'anno successivo al riparto che ha determinato il venire meno dell'impedimento, per il quale l'esdebitazione non può essere concessa ovvero il fatto che non siano stati soddisfatti, neppure in parte, i creditori concorsuali (art. 142, comma 2°, 1. fall.).

L'esdebitazione esplica quindi i suoi effetti sulla situazione patrimoniale del debitore concedendo, a determinate condizioni, la liberazione dai debiti residui nei confronti dei creditori concorsuali non soddisfatti.

Il problema deriva dal fatto che non necessariamente una volta chiuso il fallimento le sopravvenienze derivano da un unico giudizio pendente, ma è ben possibile immaginare che i giudizi pendenti siano più d'uno e che le somme siano incassate dal curatore man mano che si esauriscono i singoli giudizi.

E' ben possibile quindi che il curatore provveda a vari riparti supplementari all'esito di ciascuno dei giudizi.

Verificandosi le condizioni richieste dalla legge, il debitore, a seguito di ciascuno dei riparti supplementari, può chiedere però di essere esdebitato.

Può quindi accadere che a seguito dell'esaurimento, successivo all'esdebitazione, di giudizi, vengano acquisite somme al fallimento (chiuso) che debbano essere poi distribuite ai creditori.

Va quindi conciliata la necessità di queste ulteriori ripartizioni con gli effetti del provvedimento di esdebitazione che potrebbe essere intervenuto nel frattempo e quindi in un momento

⁽³⁾ E v. D. GALLETI, *La chiusura del fallimento con prosecuzione dei giudizi in corso: uno strumento da incentivare o da osteggiare*, in *Il fallimentarista*, 2015, p. 1 ss.

antecedente al riparto.

L'esdebitazione ha infatti *medio tempore* provocato la liberazione dai debiti residui nei confronti dei creditori concorsuali non soddisfatti.

Non pare, però, sistematicamente corretto ipotizzare che delle somme ricavate dopo l'esdebitazione possa beneficiare il fallito.

La liberazione dai debiti residui che consegue all'esdebitazione non riguarda tutte le sopravvenienze attive che – direttamente o indirettamente – derivano dalla definizione dei giudizi pendenti alla data della chiusura del fallimento.

L'esdebitazione non riguarda le somme accantonate a seguito del riparto di cui si è appena detto (art. 117, comma 5°, 1. fall.); il giudice delegato, infatti, anche se è intervenuta l'esdebitazione del fallito, omessa ogni formalità non essenziale al contraddittorio, dispone la distribuzione delle somme non riscosse fra i soli richiedenti (art. 111 l. fall.).

Tali somme rimangono quindi prima a disposizione dei creditori, e successivamente «sono versate a cura del depositario all'entrata del bilancio dello Stato per essere riassegnate, con decreti del Ministro dell'economia e delle finanze, ad apposita unità previsionale di base dello stato di previsione del Ministero della giustizia» (art. 117, comma 5°, 1. fall.); e non tornano quindi, in nessun caso, nella disponibilità del fallito esdebitato.

3. L'ultrattività degli organi della procedura

Il legislatore dell'estate del 2015 non ha poi coordinato la disposizione contenuta nel novellato art. 120, comma 5°, 1. fall. con l'art. 143, comma 1°, 1. fall. ⁽⁴⁾.

La prima delle due norme sopra citate prevede infatti che, una volta chiuso il fallimento nonostante la pendenza delle liti, il giudice delegato ed il curatore restino in carica solo ai fini di quanto previsto dall'art. 118, comma 2°, terzo periodo e ss., 1. fall. e quindi, per quanto qui interessa, per chiedere, il curatore, e autorizzare, il giudice delegato, le rinunzie alle liti e le tran-

⁽⁴⁾ E v., in argomento, anche M. SPADARO, sub *art. 118 l. fall.*, in Aa. Vv., *La nuova riforma del diritto concorsuale*, Torino, 2015, p. 89 ss.

sazioni.

La seconda delle due disposizioni, l'art. 143, comma 1°, 1. fall., per contro, prevede che il Tribunale debba decidere sull'esdebitazione sentito sia il curatore, sia il comitato dei creditori.

Al proposito si è ipotizzato che l'audizione del comitato dei creditori non sia più necessaria in tutte le ipotesi di esdebitazione *post* fallimentare indipendentemente dai presupposti che la hanno resa possibile ⁽⁵⁾; e quindi anche per quelle esdebitazioni che non derivano dalla pendenza di giudizi, ma semplicemente dalla circostanza che il fallito chieda di accedere al beneficio successivamente alla chiusura del fallimento.

L'opinione non convince perché comporta una, quantomeno parziale disapplicazione dell'art. 143, comma 1°, 1. fall. che, per contro, non è stato modificato.

Si deve ritenere che, a tutt'oggi, esistano quindi due regimi di ultrattività degli organi della procedura: il primo, destinato, in deroga all'art. 35 l. fall., ad operare per il caso di rinuncia o transazione delle liti, quando il fallimento sia stato chiuso nonostante la pendenza di giudizi; il secondo, destinato ad operare per il caso di esdebitazione in conformità a quanto dispone l'art. 143, comma 1°, 1. fall.

Solo in quest'ultimo caso l'ultrattività riguarda anche il comitato dei creditori.

4. Il c.d. presupposto di risultato e lo Schema di disegno di legge delega per la riforma per la riforma organica delle discipline della crisi di impresa e dell'insolvenza

L'art. 8 dello Schema di disegno di legge recante la "Delega al Governo per la riforma organica delle disciplina della crisi di impresa e dell'insolvenza" ⁽⁶⁾ prevede che la disciplina della procedura di esdebitazione, all'esito della procedura di liquidazione giudiziale, vada integrata prevedendo: (a) la possibilità

⁽⁵⁾ M. MONTANARI, *La recente riforma della normativa in materia di chiusura del fallimento: primi rilievi*, in questa rivista, 2015, II, p. 14 s.

⁽⁶⁾ Nella versione in data 29 dicembre 2015, reperibile all'indirizzo: <http://www.osservatorio-oci.org>; allo stesso indirizzo si può leggere la relazione allo schema di legge delega.

per il debitore di presentare domanda di esdebitazione subito dopo la chiusura della procedura e, in ogni caso, dopo tre anni dalla sua apertura, al di fuori dei casi di frode o mala fede e purché abbia collaborato con gli organi della procedura; (b) particolari forme di esdebitazione di diritto riservate alle insolvenze minori, salva la possibilità per i creditori di proporre opposizione dinanzi al Tribunale; (c) l'ammissione anche delle società al beneficio della liberazione dai debiti residui nei confronti dei creditori concorsuali non soddisfatti, previo riscontro dei presupposti di meritevolezza in capo agli amministratori e, nel caso di società di persone, in capo ai soci.

E', tra le altre cose, sicuramente condivisibile che si individuino fattispecie di "esdebitazioni di diritto" ovvero di esdebitazioni che seguono quale effetto automatico la chiusura della liquidazione giudiziale ⁽⁷⁾.

L'art. 142, comma 2°, l. fall. prevede, nella versione attuale della norma, che l'esdebitazione non può essere concessa qualora non siano stati soddisfatti, neppure in parte, i creditori concorsuali.

⁽⁷⁾ L'impostazione secondo la quale l'esdebitazione deve essere l'effetto di un provvedimento giurisdizionale non è conforme alla Raccomandazione del 12 marzo 2014 della Commissione Europea dedicata ad un nuovo approccio al fallimento delle imprese e all'insolvenza, che nelle previsioni destinate alla liberazione dai debiti pregressi, suggerisce, tra l'altro, la concessione automatica del beneficio, senza un ulteriore ricorso al giudice, nei casi di meritevolezza. Secondo la Commissione Europea: «[s]arebbe opportuno limitare gli effetti negativi del fallimento sull'imprenditore per dare a questi una seconda opportunità. L'imprenditore dovrebbe essere ammesso al beneficio della liberazione integrale dai debiti oggetto del fallimento dopo massimo tre anni a decorrere: (a) nel caso di una procedura conclusasi con la liquidazione delle attività del debitore, dalla data in cui il giudice ha deciso sulla domanda di apertura della procedura di fallimento; (b) nel caso di una procedura che comprenda un piano di ammortamento, dalla data in cui è iniziata l'attuazione di tale piano» (art. 30). «Alla scadenza del termine di riabilitazione, l'imprenditore dovrebbe essere liberato dai debiti senza che ciò comporti, in linea di principio, l'obbligo di rivolgersi nuovamente al giudice» (art. 31). «L'ammissione al beneficio della liberazione integrale dai debiti dopo poco tempo non è opportuna in tutti i casi. Gli Stati membri dovrebbero pertanto poter mantenere o introdurre disposizioni più rigorose se necessario per: (a) dissuadere gli imprenditori che hanno agito in modo disonesto o in mala fede, prima o dopo l'apertura della procedura fallimentare; (b) dissuadere gli imprenditori che non aderiscono al piano di ammortamento o ad altro obbligo giuridico a tutela degli interessi dei creditori, oppure (c) tutelare i mezzi di sostentamento dell'imprenditore e della sua famiglia, consentendo all'imprenditore di conservare alcune attività» (art. 32). «Gli Stati membri possono escludere dalla liberazione alcune categorie specifiche di debiti, quali quelli derivanti da responsabilità extracontrattuale» (art. 33).

Sotto profilo parzialmente diverso sarebbe opportuno che la delega a cui si è fatto cenno prevedesse anche la necessità di individuare, parallelamente alle ipotesi di “esdebitazione di diritto”, quali debbano essere i criteri *oggettivi* per ottenere l’edebitazione superando così quanto affermato dalle Sezioni Unite ⁽⁸⁾, e cioè che l’art. 142, comma 2°, l. fall. vada interpretato lasciando al giudice delle singole fattispecie di verificare quando «la consistenza dei riparti realizzati consenta di affermare che l’entità dei versamenti effettuati, valutati comparativamente rispetto a quanto complessivamente dovuto, costituisca quella parzialità dei pagamenti» richiesta dalla legge.

Lasciando margini di discrezionalità al giudice si rischia infatti, tra l’altro, di ridurre le fattispecie con riferimento alle quali l’istituto potrà continuare a trovare applicazione.

La consapevolezza della possibilità dell’estinzione delle proprie esposizioni debitorie (sotto il profilo dell’inesigibilità), può favorire la tempestiva apertura di procedure concorsuali ⁽⁹⁾ ed indurre comunque il debitore, una volta fallito, a non porre in essere condotte dilatorie ed ostruzionistiche.

Ne segue che l’incertezza – anche con riferimento alla discrezionalità del giudice – dell’interpretazione della norma che permettere di accedere al beneficio in esame rischia di incentivare comportamenti patologici e di essere, anche nell’ottica della futura riforma, asistemica.

E tanto, a maggior ragione, ove si consideri che fra gli obiettivi perseguiti in via dichiaratamente prioritaria dal legislatore della c.d. “Commissione Rordorf” vi è quello di introdurre misure idonee a provocare l’emergere tempestivo della crisi; intento perseguito anche mediante l’introduzione procedure di alberta e mediazione, dotate di natura non giudiziale e confidenziale ⁽¹⁰⁾.

⁽⁸⁾ Ci si riferisce ovviamente a Cass., s.u., 18 novembre 2011, n. 24214, seguita da ultimo, per esempio, da Cass., 1 settembre 2015, n. 17386, in corso di pubblicazione su *Ilfallimentarista*, 2016, con nota di R. GUIDOTTI, *L’esdebitazione del fallito: il requisito della soddisfazione dei creditori (e note sulle possibili modifiche all’istituto)*.

⁽⁹⁾ Lo ha già evidenziato Cass., 18 novembre 2011, n. 24214.

⁽¹⁰⁾ E v. S. AMBROSINI, *Il diritto della crisi dell’impresa nella l. 132 del 2015 e nelle prospettive di riforma*, in questa rivista, 2015, p. 58 ss.; P. VELLA, *Il sistema concorsuale italiano, ieri, oggi, domani (brevi note di fine anno)*, ivi, 2015, II, p. 1 ss.