

Università degli Studi di Napoli

Federico II



DIPARTIMENTO DI
ECONOMIA, MANAGEMENT E ISTITUZIONI

DOTTORATO DI RICERCA IN DIRITTO DELL'ECONOMIA
XXVII CICLO

La Predeuzione nella Legge Fallimentare

Coordinatore

Ch.mo Prof. Antonio Blandini

Tutor

Ch.ma Prof.ssa Cristiana Fiengo

Candidata:

Dott.ssa Mariateresa Pezzullo

ANNO ACCADEMICO 2014-2015

CAP. 1. DEBITI DI MASSA E PREDEDUZIONE

1.1 I debiti di massa nel Codice del Commercio del 1882	p. 6
1.2 Debiti di massa e prededuzione nel R.D. 16 marzo 1942 n. 267	p. 20
1.2.1 Il superamento delle teoria della personalità giuridica della massa e della rappresentanza organica del curatore e la ricerca del fondamento giuridico della prededuzione.	p. 20
1.2.2 L'individuazione dei crediti prededucibili	p. 34
1.2.3 La disciplina processuale dei crediti prededucibili: pagamento, accertamento, graduazione, tutela esecutiva e gli interessi	p. 42
1.2.3.1 Il pagamento	p. 42
1.2.3.2 L'accertamento	p. 45
1.2.3.3 La graduazione	p. 48
1.2.3.4 La tutela esecutiva	p. 51
1.2.3.5. Gli interessi	p. 52
1.2.4 La consecutio tra procedure concorsuali e l'esistenza di crediti prededucibili anche al di fuori del fallimento	p. 54
1.3 La nuova disciplina dei crediti prededucibili introdotta con la riforma del 2006	p. 68
1.3.1 La nuova disciplina sostanziale dei crediti prededucibili	p. 68
1.3.2 La nuova disciplina processuale introdotta dall'art. 111bis	p. 76
1.3.2.1 I crediti prededucibili contestati	p. 76
1.3.2.2 I crediti prededucibili non contestati	p. 80
1.3.2.3 I crediti per i compensi degli incaricati dalla procedura	p. 83
1.3.2.4 La disciplina del pagamento dei crediti prededucibili	p. 84
1.3.2.5 La graduazione	p. 87

1.3.2.6 La irripetibilità delle somme distribuite ai creditori prededucibili	p. 88
1.4 Le ulteriori modifiche della legge fallimentare e la nuova spinta al riconoscimento della prededuzione anche nelle procedure concorsuali alternative al falliment o	p. 92
1.4.1 La novella del 2010: l'art. 182 <i>quater</i> L.F.	p. 94
1.4.2 La novella del 2012: l'art. 182 <i>quinquies</i> L.F.	p. 102
1.4.2.1 La novella del 2012: le modifiche dell'art. 182 <i>quater</i> L.F.	p. 108
1.4.3. La novella del 2013: l'interpretazione autentica dell'art. 111, comma 2, L.F., nel pre-concordato	p. 111

CAP. 2. I CREDITI PREDEDUCIBILI NEL FALLIMENTO

2.1 Le fattispecie espressamente previste dall'art. 111 L.F. ante riforma del 2006 p. 115

2.1.1 I debiti contratti per la continuazione dell'esercizio dell'impresa p. 115

2.1.2 Le spese ed i debiti contratti per l'amministrazione del fallimento – Gli atti indispensabili per lo svolgimento della procedura p. 121

2.1.3 Le spese ed i debiti contratti per l'amministrazione del fallimento – Le obbligazioni contratte dal curatore con riferimento ai contratti pendenti. p. 136

2.1.4 Le spese ed i debiti contratti per l'amministrazione del fallimento – Le obbligazioni extracontrattuali contratte dal curatore p. 150

2.1.5 Le spese ed i debiti contratti per l'amministrazione del fallimento – I giudizi in cui è parte il curatore p. 153

2.2. Le ulteriori fattispecie individuabili in seguito alla riforma dell'art. 111 L.F. introdotta dal D.Lgs 5/2006 p. 159

2.3. La sorte dei debiti di massa nell'ipotesi di cessazione del fallimento p. 166

CAP. 3. I CREDITI PREDEDUCIBILI NELLE ALTRE PROCEDURE CONCORSUALI DISCIPLINATE DALLA LEGGE FALLIMENTARE

3.1 I crediti prededucibili nel concordato preventivo e negli accordi

di ristrutturazione dei debiti p. 170

3.1.1 Le nuove fattispecie di crediti prededucibili introdotte dal legislatore p. 188

3.1.1.1 I finanziamenti “in funzione” ex art. 182^{quater}, comma 2, L.F. p. 190

3.1.1.2 I finanziamenti “in occasione” autorizzati dal Tribunale ex art. 182^{quinquies}, commi 1,2,3, L.F. p. 196

3.1.1.3 I crediti derivanti da atti legalmente compiuti dall'imprenditore nelle more tra il deposito del ricorso di concordato preventivo ed il decreto di ammissione alla procedura ex art. 161, comma 7, L.F. p. 202

3.1.1.4 I finanziamenti in esecuzione di un concordato preventivo o di un accordo di ristrutturazione dei debiti ex art. 182^{quater}, comma 1, L.F. p. 204

3.1.1.5 I finanziamenti dei soci ex art. 182^{quater}, comma 3 L.F. p. 208

3.1.1.6 Il compenso dei professionisti p. 224

3.1.1.7 I finanziamenti contratti in occasione ed in funzione dei piani attestati di risanamento ex art. 67, comma 3, L.F. p. 227

3.3 Cenni sulla prededuzione nella liquidazione coatta amministrativa

p. 231

CAP. 1. DEBITI DI MASSA E PREDEDUZIONE

1.1I debiti di massa nel Codice del Commercio del 1882

Prima della riforma della legge fallimentare introdotta con il D.l. 5/2006, l'espressione "prededuzione" non era mai stata utilizzata dal Legislatore concorsuale, ma apparteneva esclusivamente al gergo della dottrina e della giurisprudenza¹ ed identificava, nell'ambito della disciplina fallimentare, la pozziorità nella soddisfazione di cui godevano i debiti contratti per l'amministrazione del fallimento e per la continuazione dell'esercizio dell'impresa eventualmente autorizzato.

Tali debiti venivano comunemente definiti "debiti della massa", ovvero, "crediti verso la massa" per distinguerli dalle altre ragioni di debito-credito, qualificate, "debiti del fallito" o "crediti verso il fallito".

Il significato alla base di tale distinzione ha assunto, negli anni, valenza e portata profondamente differenti.

Ed infatti, fino alla fine degli anni '50, in aderenza alla maggioritaria dottrina tedesca e francese, anche la dottrina italiana era quasi unanime nel sostenere che "i debiti della massa" costituissero una categoria di debiti distinta da quelli maturati dal fallito in quanto gli stessi erano riferibili ad un soggetto passivo differente.

In Germania, invero, alcuni autori erano giunti a ritenere che i debiti della massa fossero debiti dei creditori concorsuali – non già del fallito –² e che, tuttavia, questi ultimi ne rispondevano solo nei limiti dell'attivo fallimentare³, mentre altri autori ritenevano, invece, che i debiti della massa

¹ Cfr. sul punto BONFATTI, in BONFATTI-CENSONI, *Manuale di diritto fallimentare*, 3 ed., Padova 2009, p. 403.

² Cfr. WOLFF, *Die Massegläubigerim Konkurse*, in *Zeitschrift f. Zivilprozess*, XXII, Berlino, 1896 p. 207; LEO, *Die Konkursmasse als Gläubigerin*, in *Leipsiger Zeitschrift*, 1910, p. 921.

³ Cfr. KOHLER, *Lehrbuch des Konkursrechts*, Stuttgart, 1891, p. 381.

fossero pur sempre debiti del fallito con la sola caratteristica che devono essere soddisfatti con preferenza sugli altri debiti⁴.

In Francia, parimenti, la disputa dottrinarica vedeva contrapporsi, da un lato, autori che sostenevano che i debiti di massa fossero debiti del fallito, la cui soddisfazione era da preferire a quella di tutti gli altri debiti, poiché trattavasi di debiti garantiti dal generale privilegio riconosciuto dalle norme di diritto civile alle spese di giustizia⁵, ovvero, alle spese per la conservazione dei beni⁶; dall'altro lato, vi era chi, viceversa, sosteneva che i debiti della massa dovevano ritenersi debiti effettivamente diversi da quelli del fallito in quanto debiti dell'ente massa fallimentare, che ne risponderebbe con il proprio patrimonio ai creditori: il che spiegherebbe la preferenza assicurata a costoro di fronte ai creditori del fallito⁷.

Tale ultima tesi, evidentemente, si fondava sull'assunto che la massa fallimentare fosse da ritenere dotato di personalità giuridica, titolare di propri diritti e proprie obbligazioni; ciò in quanto alcuni autori, ravvisando una sorta di analogia tra la massa fallimentare e la struttura delle società⁸, descrivevano la massa come un soggetto giuridico autonomo, costituito dalla riunione dei diritti dei creditori in un fondo patrimoniale comune, al quale ciascun creditore apporta il proprio diritto di pegno reale sui beni del fallito in vista del comune scopo della divisione proporzionale dell'attivo fallimentare e per l'amministrazione del quale sono previsti dalla legge organi particolari (curatore, giudice delegato).

La teoria della personalità giuridica dell'ente fallimento, vigente l'abrogato Codice del Commercio, e la conseguente qualificazione dei "debiti di massa" quali debiti aventi un soggetto passivo diverso dal fallito, trovò terreno fertile anche tra i giuristi italiani.

⁴PETERSEN-KLEINFELLER, *Kommentar zur K.O.*, Berlino, 1900, § 57; FITTING, *Reichskonkursrechts u. Konkursverfahren*, Berlino, 1883, p. 182, JAEGER, *Kommentar zur K.O.*, Berlino, 1913, § 57.

⁵THALLER, *Creanciers della masse et creanciers dans la masse*, in *Revue critique de legislation et jurisprudence*, 1881, p. 630.

⁶WAHL, *Cours (de droit commercial) professé a la faculté de droit de Paris*, 1932.

⁷MELLER, *De la notion de creancier de la masse dans la faillite*, Parigi, 1935, p. 78.

⁸GOMBEAUX, *Les creanciers de la masse en faillite*, in *Annales des droit commercial*, 1907, p. 427

Le norme che, in qualche modo, disciplinavano i debiti della massa ed intorno all'interpretazione delle quali si era sviluppato il dibattito dottrinale, erano contenute agli artt. 795 ed 809 del Codice del Commercio del 1882⁹.

Precisamente, l'art. 795 del Codice del Commercio, disciplinava la sorte dei debiti derivanti dalle operazioni concluse dal curatore nell'esercizio provvisorio dell'azienda in nome e nell'interesse della massa; sorte che, riguardando *debiti del fallimento*¹⁰, era del tutto differente da quella propria dei debiti del fallito.

Osservava, infatti, sul punto autorevole dottrina che: *“L'art. 795 (n.d.r.) dice che i debiti derivanti dalle operazioni del curatore (n.d.r.) sono pagati con preferenza sugli anteriori; ma è espressione scientificamente inesatta, e che implica il presupposto erroneo che essi siano debiti del fallito, se per debiti anteriori si devono intendere gli altri debiti del fallito. Invece i debiti dell'azienda vanno pagati a parte e senza attendere il riparto, nel loro valore integrale e non con moneta di fallimento, e possono dedursi in compensazione dal creditore che sia anche debitore del fallito o del fallimento. Né è esatto che godano alcuna preferenza sugli anteriori, se per questi s'intendano i debiti anteriori del fallimento, non essendo punto crediti privilegiati, e dovendo anzi cedere il posto a quei crediti che sono protetti da qualche privilegio verso la stessa massa, e, in caso d'insufficienza, concorrere per contributo fino ad esaurimento dell'attivo cogli altri crediti verso la massa lasciando in tal caso esposti tutti i creditori del fallito alla perdita del dividendo sperato.”*¹¹

Sin dagli albori della disciplina fallimentare era, quindi, chiaro che il

⁹ L'art. 795 cod. comm. recitava: *“I debiti derivanti dalle operazioni del curatore sono pagati dall'attivo fallimentare, con preferenza sugli anteriori; [...]”*; l'art. 809 cod. comm. recitava: *“le somme di denaro appartenenti al fallimento, dedotte le spese di giustizia e di amministrazione e i soccorsi accordati al fallito ed alla sua famiglia, devono anzitutto erogarsi, coll'autorizzazione del giudice delegato, nel pagamento dei creditori con pegno od altro privilegio, e il resto deve esser ripartito fra tutti i creditori in proporzione dei loro crediti verificati.[...]”*.

¹⁰ Così definiti da BONELLI, *Del Fallimento(Commento al Codice di Commercio)*, a cura di ANDRIOLI, Vol. II, Milano, 1938, p.519.

¹¹ BONELLI, *Del Fallimento(Commento al Codice di Commercio)*, a cura di V. ANDRIOLI, Vol. II, Milano, 1938, p.519.

Legislatore aveva inteso prevedere un trattamento di particolare favore per i debiti non originariamente contratti dal fallito.

Ed infatti, i relativi creditori, in sostanza, erano sottratti al concorso con gli altri creditori del fallito, venendo *pagati a parte e senza attendere il riparto*.

Tale concetto, invero, era ribadito anche all'art. 809 del Codice di Commercio, relativo alla ripartizione dell'attivo fra i creditori ed alla chiusura del fallimento.

Predetto articolo, in particolare, nel disciplinare il riparto tra i creditori concorrenti, chiariva che ogni atto di riparto – parziale, ovvero, definitivo – doveva comprendere, oltre all'assegnazione ed al pagamento della percentuale dovuta a ciascun creditore concorrente, il pagamento di alcune ragioni di credito che andava precedentemente dedotto dalla somme di denaro appartenenti al fallimento.

La dottrina definiva genericamente “*prelevamenti*” o “*prelievi*” le somme che il curatore era tenuto a dedurre dalla massa prima di procedere al riparto in senso proprio¹².

Predetti “*prelevamenti*”, a tenore dell'art. 809 Codice del Commercio, erano costituiti da: spese di giustizia e di amministrazione e soccorsi accordati al fallito e alla famiglia.

Proprio con riferimento a tali peculiari debiti la dottrina italiana elaborò il concetto di *debiti di massa* quali debiti non riferibili al fallito, sulla base di due differenti teorie.

Per un verso vi era chi, influenzato, come anticipato, dalle teorie francesi sulla personalità giuridica del fallimento, giungeva alla conclusione che i debiti di massa fossero da tenere distinti rispetto ai debiti originariamente contratti dal fallito poiché diverso era il soggetto al quale gli stessi erano imputabili.

Osservava, infatti, il BONELLI : “*Come ogni patrimonio organizzato ed*

¹²BONELLI, op. cit. p. 669.

amministrato in forma autonoma, cioè personificato, il patrimonio fallimentare incontra rapporti giuridici propri, e quindi propri debiti e crediti. I debiti della massa non vanno, pertanto, confusi con quelli del fallito, anche se privilegiati, poiché hanno un termine di relazione diverso, un diverso subietto passivo.”¹³.

Di pari avviso, anche il BOLAFFIO, che sosteneva il concetto della personalità giuridica della massa in base alla teoria della *communio incidens pignoratitia*¹⁴, ed il RAMELLA, che rappresentava la massa come un soggetto autonomo e distinto dai creditori che la compongono e, in quanto tale, soggetto giuridico dei diritti e delle obbligazioni nascenti dalle operazioni fallimentari, che farebbero capo alla massa stessa; conseguentemente, i debiti della massa non sarebbero debiti del fallito, non dovendo confondersi le obbligazioni personali del fallito con la responsabilità reale cui lo stesso si trova soggetto per l'esecuzione fallimentare¹⁵.

Per altro verso, vi era, chi, pur non riconoscendo personalità giuridica alla massa, riteneva, in ogni caso, che i cd. debiti di massa fossero da imputare ai creditori concorsuali – che ne avrebbero risposto nei limiti dell'attivo fallimentare – e non già al fallito, sul presupposto che il soggetto che materialmente contraeva tali debiti, vale a dire il curatore, agiva quale mandatario e rappresentante della massa stessa.

¹³BONELLI, op. cit. p. 670; La teoria della personalità giuridica elaborata dal Bonelli si fondava, in sostanza, sull'affermazione che il fallito, in seguito alla sentenza di fallimento, perde la proprietà del suo patrimonio, che non si trasferirebbe ad altre persone, ma acquisirebbe esso stesso una personalità giuridica autonoma.

¹⁴BOLAFFIO, *Del fallimento*, Torino, 1892, p. 109; Il principio che oggi è espresso da due norme distinte (l'art. 2740 c.c., per il quale il debitore risponde dell'adempimento con tutti i suoi beni, presenti e futuri; e l'art. 2741 c.c., per cui i creditori, salve le cause legittime di prelazione, hanno ugual diritto di essere soddisfatti su quei beni) era scolpito in passato da una norma soltanto, l'art. 1949, ove si leggeva che «i beni del debitore sono la garanzia comune dei suoi creditori, e questi vi hanno un ugual diritto » tale generica espressione, utilizzata dall'art. 1949 del codice civile del 1865, ha favorito il sorgere della peculiare interpretazione di tale diritto di garanzia dei creditori che assimila quest'ultimo al pegno (il c.d. diritto di pegno generale), qualificandolo come un diritto reale. Da tale concetto dell'esistenza di un diritto di pegno generale, originava, poi, la teoria della *communio incidens pignoratitia* a tenore della quale, nel fallimento, il concorso tra i creditori chirografari in posizione paritetica discendeva dalla comunione dei singoli diritti di pegno generale che veniva a determinarsi sull'attivo fallimentare.

¹⁵ Cfr. RAMELLA, *Trattato del Fallimento*, Milano, 1915, I, p. 714.

In tal senso, CUZZERI e CICU, interpretando la curatela come un *officium* più privato che pubblico, assimilabile ad una rappresentanza legale che trova fondamento nella necessità di comporre i conflitti di interesse tra i rappresentati¹⁶, sostenevano che le spese di giustizia e amministrazione “...tutte riflettono le passività e responsabilità che il curatore ha incontrato in relazione e nei limiti del mandato a lui affidato in rappresentanza della massa.”¹⁷

Parimenti, anche il BRUNETTI, ritenendo che fosse la stessa amministrazione dei beni del fallito a far sorgere debiti di cui, conseguentemente, dovessero rispondere proprio i beni amministrati e non già il fallito o i creditori, sosteneva che le operazioni di amministrazione dell’attivo e, soprattutto, la continuazione temporanea del commercio del fallito comportavano il sorgere di “... *obbligazioni del fallimento, che vanno tenute ben distinte dalle obbligazioni del fallito, che cioè sotto verun aspetto appartengono alla massa passiva.*”¹⁸.

Orbene, per entrambi i filoni dottrinali, il differenziare i debiti di massa dai debiti del fallito comportava anche il logico corollario di dover distinguere i creditori di tali peculiari debiti da tutti gli altri creditori concorsuali.

I creditori della massa, infatti, non erano considerati parti del processo di fallimento, dovendosi ritenere tali solo i creditori del fallito.

Veniva osservato sul punto in dottrina che: “*Sarà bene distinguere subito dalla categoria dei creditori partecipanti al riparto come creditori concorrenti, la categoria di quegli altri che non sono tali, perché provvisti di un diritto di prededuzione.[...] A rigore, i creditori di questa categoria non sono da ritenere parti nel processo di fallimento: questa qualifica è riservata ai creditori del fallito [...]. I titolari, invece, di pretese da farsi valere in via di prededuzione, da un lato non sono parti in questa fase da un punto di vista sostanziale perché non entrano in alcuna delle masse che vanno a formarsi*

¹⁶ Cfr. CUZZERI-CICU *Del Fallimento*, Torino, 1927, p. 368.

¹⁷ CUZZERI-CICU, op. cit., p. 539.

¹⁸ BRUNETTI, *Diritto fallimentare italiano*, Roma, 1932, p. 546

*(massa dei privilegiati, massa dei chirografari ecc.) [...]. Coerentemente, quei creditori non sono parti nemmeno in senso formale: non esiste per essi un giudizio di accertamento analogo a quello di verificaione, non valgono quindi le forme della dichiarazione dei crediti, non c'è un progetto di riparto, una fase del processo che corrisponda a quella della consegna del ricavato ecc.; non c'è la privazione temporanea dell'esercizio della azione esecutiva”.*¹⁹

I creditori della massa, dunque, erano considerati talmente estranei al concorso con i creditori del fallito, che, addirittura, dovevano ritenersi non soggetti alla conversione del diritto di azione esecutiva individuale in diritto di intervento nell'esecuzione fallimentare, posta alla base del fallimento stesso.

Pertanto, essi, ove non immediatamente soddisfatti, ben avrebbero potuto agire contro l'amministrazione fallimentare per la realizzazione forzata dei propri diritti, facendo valere le regole dell'esecuzione ordinaria, dal momento che *“i diritti dei creditori della massa non possono essere diversi da quelli sanciti dalle norme generali, in mancanza di disposizioni speciali che ne limitino l'esercizio”*²⁰.

Tale estrema conclusione, tuttavia, non era pacificamente condivisa in dottrina.

Difatti, se per un verso non sussistevano dubbi in ordine alla circostanza che i creditori della massa non erano parti nel processo di fallimento e non avevano per debitore il fallito, ma direttamente il patrimonio fallimentare, e che, il loro rapporto con la massa doveva ritenersi, pertanto, un rapporto civile ordinario e non fallimentare, di tal che, in caso di contestazione giudiziaria, lo stesso doveva regolarsi con procedimento ordinario, al di fuori del fallimento²¹, per altro verso, alcuni autori evidenziavano che, in ogni caso,

¹⁹A. CANDIAN, *Il processo di fallimento*, Padova, 1934, p.124; così anche RAMELLA, op. cit., II, n. 484; CUZZERI-CICU, op. cit., n. 787, NAVARRINI, *Trattato di diritto fallimentare*, Bologna, 1939, II, n. 392; in giurisprudenza: Cassazione, 18 maggio 1897, in *Giurisprudenza italiana*1897, p. 341; Tribunale Napoli, 07 marzo 1906, in *Giurisprudenza italiana*1906, p. 341.

²⁰CUZZERI-CICU, op. cit., n. 787

²¹ Cfr. RAMELLA, op. cit., II, n. 369, BRUNETTI, op. cit., n. 269.

non poteva prescindere dalla circostanza che tali crediti erano sorti in costanza di un procedimento esecutivo di liquidazione e che, pertanto, né la massa potrebbe essere dichiarata fallita per i suoi debiti, né i suoi creditori possono valersi contro di essa degli ordinari procedimenti esecutivi²².

Tale ultimo assunto derivava dall'osservazione che “*sembrasuperfluo ed impacciante innestare un procedimento esecutivo su di un altro procedimento sostanzialmente della stessa natura*”²³, posto che i pagamenti ai creditori si eseguono sotto il controllo dell'autorità giudiziaria e che, pertanto, i creditori della massa ben potevano tutelarsi proponendo opposizione al piano di riparto, parziale o definitivo, dinanzi al Giudice Delegato.²⁴

Trattasi, tuttavia, di un dibattito che ancora oggi divide dottrina e giurisprudenza e che verrà ulteriormente alimentato anche in seguito alle numerose riforme che interesseranno, nel tempo, il diritto fallimentare.

Di certo, però, vigente ancora il Codice del Commercio, non vi era disaccordo tra gli operatori e gli studiosi del diritto nell'individuazione delle fattispecie costituenti debiti della massa e, dunque, crediti da soddisfare in precedenza rispetto a tutti gli altri.

Come già osservato, infatti, i *prelevamenti* che dovevano precedere qualsivoglia atto di riparto, erano destinati al pagamento delle spese di giustizia e di amministrazione e dei soccorsi accordati al fallito e alla famiglia.

Orbene, per consolidata dottrina, l'espressione “spese di giustizia e di amministrazione” ricomprendeva ogni ragione di credito che avesse per soggetto passivo il patrimonio fallimentare, dunque, l'ente fallimento²⁵.

Tuttavia, sebbene la giurisprudenza di merito avesse negato l'esistenza di una precedenza di rango tra l'una e l'altra²⁶, una distinzione tra predette

²² così BIANCO, in *Giurisprudenza Torinese 1935*, p. 1333, in nota a Pret. Torino, 15 aprile 1935.

²³ G. BONELLI, op. cit. p. 671

²⁴ Cfr. Corte Appello Torino, 16 dicembre 1901, in *Giurisprudenza italiana 1901*, p. 221.

²⁵ RAMELLA, op. cit., II, n. 484, PAPA D'AMICO, in *Diritto Commerciale*, 1902, p. 45, A. BRUNETTI, *Diritto fallimentare italiano*, Roma, 1932, par. 268; NAVARRINI, *Trattato elementare di diritto commerciale*, II, Torino, 1937, par. 387 bis.

²⁶ Corte Appello Genova, 17 gennaio 1919, in *Foro Italiano 1919*, p. 123, a tenore della quale il credito per onorari d'avvocati e procuratori per l'opera prestata nella procedura fallimentare se non

tipologie di spese veniva operata nel senso che per spese di giustizia dovevano intendersi solo quelle che derivavano direttamente dalla procedura fallimentare e dai giudizi ad essa connessi, mentre, le spese di amministrazione coincidevano con quelle erogate dal curatore per la conservazione, custodia e realizzazione dei beni, rese senza l'intervento diretto dell'autorità giudiziaria.

Pertanto, tra le spese di giustizia erano comprese quelle occorse per il giudizio dichiarativo di fallimento²⁷, per i giudizi di revocazione, per i giudizi attivi e passivi di rivendicazione, per i giudizi di recupero del credito del fallito o di contestazione dei crediti concorsuali, le spese motivate da provvedimenti di apposizione e rimozione dei sigilli, inventario, stima, convocazioni di creditori, le spese di insinuazione di crediti non tardivi e di verifica nell'adunanza di chiusura, le spese occorse per i procedimenti di vendite mobiliari²⁸, di riparto e di chiusura del fallimento; in sostanza, le spese *“di ogni speciale procedimento che implichi intervento dell'organo giudiziario e un suo provvedimento di contenziosa o volontaria giurisdizione, quando non vi sia di fronte al fallimento un soccombente su cui le spese vadano a gravare.”*²⁹.

Vi è stato anche chi, ravvisando una sorta di responsabilità per colpa della massa, ha specificato che, sempre tra le spese di giustizia, andassero ricomprese anche le spese dei giudizi avviati prima del fallimento e nei quali il curatore fosse subentrato, rimanendo, all'esito soccombente³⁰.

Ovviamente, restavano estranee tutte le spese dei giudizi che, sebbene occasionati dal fallimento, non avessero visto la partecipazione del curatore.

poteva farsi rientrare tra le spese di giustizia, di certo era tra quelle di amministrazione ed trovava ammissione al passivo in privilegio.

²⁷ Restavano, invece, escluse le spese occorse per l'esecuzione o il sequestro di beni avviato da un creditore prima del fallimento, poiché ritenute spese di giustizia verso il fallito e non verso la massa; contra, però CUZZERI-CICU, op. cit., n. 711.

²⁸ La spese, viceversa, occorse per i procedimenti di vendite immobiliari, trattandosi di credito privilegiato sul ricavato dell'immobile espropriato e preferito rispetto a qualunque altro in virtù del disposto dell'allora vigente art. 1961 c.c., trovavano immediata soddisfazione all'esito della vendita, dunque non era necessario procedere ad ulteriori prelevamenti sull'attivo fallimentare.

²⁹G. BONELLI, op. cit. p. 672.

³⁰PERCEROU, *Des faillites et banqueroutes*, Parigi, 1937, II, n. 1154

Dunque, non potevano considerarsi debiti di massa per spese di giustizia, le spese occorse per i giudizi di contestazione dei crediti o di opposizione a rivendica fallimentare, allorquando proposti dai singoli creditori e non dal curatore³¹, così come le spese occorse per i giudizi in cui il fallito veniva coinvolto direttamente, quali i giudizi penali, trattandosi di cause, queste ultime, le cui conseguenze non avrebbero potuto riversarsi sulla massa che, pertanto, non era tenuta alle relative spese³².

Parimenti, venivano escluse dal novero delle spese di giustizia in parola, quelle occorse per il giudizio di divisione dei beni, avviato dalla moglie nei confronti del marito fallito³³.

Tra le spese di amministrazione venivano, invece, ricompresi i debiti verso tutti i soggetti impiegati a servizio del fallimento, sia come organi (curatore) o personale interno (ad esempio il compenso dovuto al cancelliere per le attività d'inventario), sia come prestatori d'opera nominati dal giudice delegato a mente dell'allora vigente art. 727³⁴.

Con particolare riferimento ai crediti maturati dal curatore, è stato anche osservato che gli stessi potevano distinguersi in crediti diretti (vale a dire il credito maturato per il proprio onorario)³⁵ e crediti di rimborso per tutte le spese anticipate per il pagamento di soggetti che hanno operato per il fallimento, nonché per quelle versate per le tasse maturatesi durante la

³¹ DALLOZ, *Droit commercial: Effets de commerce, contrats commerciaux, faillites*, Parigi, 1975 p. 1064.

³² Cfr. CUZZERI-CICU, op. cit., n. 790; BOLAFFIO, in *Temi Veneta 1884*, p. 416; in giurisprudenza: Cassazione Firenze 04 aprile 1898, in *Giurisprudenza Italiana*, 1898, p. 445; Appello Catania 16 luglio 1890, in *Foro Italiano*, 1890, p. 1075; Appello Macerata 28 agosto 1890 in *Legge, vol. II, 1890*, p. 597

³³ Cfr. PAPA D'AMICO, in *Diritto Commerciale*, 1902, p. 52; RAMELLA, op. cit., II, n. 723.

³⁴ Nel senso di ricomprendere tra i debiti di massa gli onorari di avvocati e procuratori, in giurisprudenza, cfr. Cassazione Napoli 17 dicembre 1903, in *Giurisprudenza Italiana*, 1903, vol 4, p. 480.

³⁵ Cfr RAMELLA, op. cit., II, n. 233; in giurisprudenza: Tribunale Roma, 13 febbraio 1901 in *Legge, 1901 II*, p. 305; Appello Milano, 07 settembre 1905, in *Monitore dei Tribunali, 1905*, p. 930; Appello Trani, 10 luglio 1909 in *Foro Italiano*, 1909; Cassazione Palermo, 12 maggio 1914, in *Circolo Giuridico*, 1914, p.202.; contra: Appello Genova, 12 luglio 1901, in *Diritto Commerciale*, 1901, p. 955, che ha escluso la natura di spese di amministrazione per il compenso del curatore, collocando il relativo credito tra quelli chirografari.

gestione concorsuale³⁶, per premi d'assicurazione per canoni o altri oneri di natura reale relativi a fondi o immobili appresi alla massa fallimentare.

Ancora, tra le spese di amministrazione la dottrina³⁷ riteneva inclusi anche tutti i debiti di qualunque natura derivanti da negozi giuridici stipulati o continuati dal curatore (ad esempio, mutui, compravendite, locazioni)³⁸ e da qualsivoglia altra causa di obbligazione facente capo direttamente alla massa fallimentare (risarcimento del danno contrattuale o aquiliano imputabile al curatore, restituzione per indebitito o ingiustificato arricchimento etc.).

Tali essendo, dunque, le fattispecie inquadrabili tra i *debiti di massa*, la dottrina si era pure interrogata in merito alla possibilità che tra detti debiti potesse essere stabilita una sorta di graduazione, sia pure in assenza di una specifica norma di legge in tal senso.

Probabilmente, lo spunto critico nasceva dal confronto con la disciplina fallimentare tedesca, che, viceversa, espressamente prevedeva, in caso di insufficienza dell'attivo a saldare tutti i creditori della massa, una graduazione tra i debiti della massa, disponendo che andassero soddisfatti in precedenza i *Masseschulden*, vale a dire i debiti nascenti dal fallimento con il mondo esterno (debiti derivanti da negozi giuridici o atti del curatore, da contratti bilaterali il cui adempimento incombe sulla massa e da un indebitito arricchimento), successivamente i *Massekosten*, vale a dire i debiti interni, nascenti dai rapporti del fallimento con i propri organi (rimborsi al curatore,

³⁶ Contra cfr. Appello Genova, 1 agosto 1904, in *Temi genovese*, 1904, p.499 che ha escluso il diritto al rimborso per il curatore che abbia pagato tasse arretrate non coperte da privilegio.

³⁷ G. BONELLI, op. cit. p. 673;

³⁸ Particolarmente interessante sul punto appare la seguente precisazione resa dal Bonelli: "*Meritano speciale menzione il caso in cui i contratti bilaterali del fallito vengono continuati necessariamente o volontariamente dal curatore, e quello della continuazione dell'esercizio del commercio in seguito a formale autorizzazione. Nel primo caso è debito della massa solo quello che nasce dal rapporto successivamente al fallimento: tale il caso dei fitti scaduti dopo il fallimento; mentre ; e tale il caso dell'imposta fondiaria per le annate di durata del fallimento; mentre è concorsuale il debito che già esiste a carico del fallito. Nel secondo caso al debito della massa può far seguito, in via di supplemento, quello personale dei creditori consenzienti*"(G. BONELLI, in *Del Fallimento(Commento al Codice di Commercio)*, a cura di V. ANDRIOLI, Vol. II, Milano, 1938, p. 674); alla luce di tale osservazione è agevole verificare che alcun tipo di differenza, in termini di preferenza, veniva operata tra crediti contratti direttamente dal curatore nell'amministrazione del patrimonio fallimentare e crediti contratti nell'esercizio provvisorio dell'impresa, assistiti, questi ultimi, tuttavia, dalla ulteriore e residua garanzia del patrimonio dei creditori consenzienti.

onorari) o necessari per la gestione stessa della procedura (spese giudiziali del processo fallimentare, spese per l'amministrazione realizzazione e ripartizione della massa) ed, infine, i soccorsi al fallito ed alla propria famiglia³⁹.

Proprio guardando all'esperienza tedesca, la dottrina e la giurisprudenza italiane finirono con il concordare che non sussisteva motivo alcuno per escludere tra debiti di massa l'efficacia, quantomeno, delle ragioni di prelazione dettate dal diritto comune, di tal che, laddove, per la particolare natura di un credito il diritto civile avesse riconosciuto l'esistenza di un privilegio, quest'ultimo andava rispettato anche fra i creditori della massa⁴⁰.

Riconosciuta, dunque, la graduabilità dei debiti della massa, ben poteva accadere che al momento del riparto finale non vi fosse attivo sufficiente a soddisfare tutti i creditori per spese di giustizia e di amministrazione.

In tale ipotesi, in aderenza alla concezione che riteneva i debiti di massa non imputabili al fallito, veniva osservato in dottrina che: *“Se tuttavia il fallimento si chiudesse, senza che taluno di siffatti creditori fosse soddisfatto, non crediamo che questi, per ciò solo che era creditore del fallimento, possa far valere il credito verso il fallito, se in quel rapporto di debito e credito il curatore non si presentava come indiretto rappresentante del fallito. Così questi non avrebbe punto a rispondere, quando alla genesi del debito della massa si trova in un atto del curatore compiuto in antagonismo con lui, o anche senza di ciò, compiuto in esecuzione di deliberazione dell'assemblea (n.d.r. dei creditori) trascendente i bisogni della ordinaria gestione liquidatoria, com'è nel caso della continuazione del commercio di cui all'art. 594. Qui esaurito l'attivo, e chiuso il fallimento per seguita liquidazione, nessun obbligo grava più sul fallito. L'obbligo grava allora, piuttosto, sui creditori che incassarono il dividendo o che autorizzarono la continuazione*

³⁹ Cfr. § 53 Konkursordnung, 10 febbraio, 1887.

⁴⁰ Cfr. A. BRUNETTI, *Diritto fallimentare italiano*, Roma, 1932, par. 269; NAVARRINI, op. cit., II, n. 389; G. BONELLI, op. cit., p.674, CUZZERI-CICU, op. cit., p. 539; in giurisprudenza: Appello Palermo, 22 novembre 1901, in *Annali* 1901, p. 467

del commercio”⁴¹.

Quanto osservato, vale a dire la responsabilità dei creditori che abbiano già incassato il pagamento in via anticipata, evidentemente, derivava da un’interpretazione estensiva dell’art. 795 del Codice del Commercio, che statuiva espressamente la responsabilità dei creditori che avessero autorizzato particolari attività del curatore nell’esercizio temporaneo del commercio del fallito, allorquando i debiti contratti non avessero trovato capienza nell’attivo fallimentare.

Tuttavia, osservava, poi, in modo contraddittorio, il BONELLI, “... comunque accada il riparto, i creditori non possono mai essere chiamati a restituire ciò che dal canto loro incassarono; sicchè non può mai parlarsi al loro riguardo d’indebito arricchimento. Eccezionalmente possono essere tenuti singulatim verso i creditori della massa. E ciò nei casi in cui il credito verso la massa nacque da un rapporto in cui il curatore spiegò la rappresentanza indiretta dei creditori in antagonismo al fallito”⁴².

Dall’esame fin qui condotto sugli orientamenti dottrinari sviluppatasi vigente l’abrogato Codice del Commercio emerge che l’interesse degli operatori del diritto con riferimento ai “debiti di massa” riguardava soprattutto i problemi dell’imputazione soggettiva di tali debiti e della loro tutela esecutiva.

Il concetto di “prededuzione” era ancora ben lontano dall’essere definito in modo esauriente e, sul tema, non vi erano che i pochi cenni generici abbozzati dal BONELLI, allorquando, nel tentativo di giustificare la pozziorità assicurata dalla legge alla soddisfazione dei debiti di massa osservava: “*Né il patrimonio fallimentare può adempiere al suo fine essenziale, che è il riparto tra i creditori del fallito, se prima non ha soddisfatto le ragioni dei creditori propri, che gli hanno fornito i mezzi di vivere e di svilupparsi sotto la gestione*

⁴¹G. BONELLI, op. cit., n. 695.

⁴²G. BONELLI, op. cit., n. 695.

*del curatore.*⁴³, pionieristicamente anticipando la cd. teoria della utilità che sarà poi sviluppata ed ampiamente condivisa successivamente, al punto da orientare anche le scelte del Legislatore.

⁴³G. BONELLI, op. cit. p. 670

1.2 Debiti di massa e prededuzione nel R.D. 16 marzo 1942 n. 267

1.2.1 Il superamento della teoria della personalità giuridica della massa e della rappresentanza organica del curatore e la ricerca del fondamento giuridico della prededuzione.

In seguito all'abrogazione del Codice del Commercio ed all'introduzione nel nostro sistema giuridico della Legge Fallimentare, dettata con R.D. 16 marzo 1942, n. 267, la categoria dei debiti di massa, solo vagamente accennata nella legislazione previgente, trovava propria autonoma collocazione nell'art. 111 della predetta Legge Fallimentare, che, rubricato "*Ordine di distribuzione delle somme*" espressamente prevedeva, per un verso, che le somme ricavate dalla liquidazione dell'attivo dovessero essere destinate preliminarmente "*per il pagamento delle spese, comprese le spese anticipate dall'erario, e dei debiti contratti per l'amministrazione del fallimento e per la continuazione dell'esercizio dell'impresa, se questo è stato autorizzato*" e, per altro verso, al comma II, che "*I prelevamenti indicati al n. I sono determinati con decreto dal giudice delegato*", richiamando, in tal modo proprio quei "*prelevamenti*" disciplinati nel vigente Codice di Commercio del 1885.

Partendo proprio dall'esame della norma appena richiamata, dottrina e giurisprudenza, compiendo una netta inversione di tendenza rispetto al passato, sconfessando i dogmi della personalità giuridica del fallimento⁴⁴ e dell'esistenza di una rappresentanza organica del curatore, giunsero alla pacifica conclusione che i debiti di massa non potessero che ritenersi debiti del

⁴⁴ Cassazione 23 giugno 1961, n. 568 in *Dir. Fall.* 1961, II, 685; Cassazione 22 febbraio 1952 in *Dir. Fall.* 1952, II, p. 25.

fallito⁴⁵.

Difatti, era stato efficacemente osservato che non poteva riconoscersi una qualche personificazione ad un patrimonio che, di fatto, non fuorisciva, almeno fino al momento della liquidazione, dalla titolarità del fallito (art. 42 L.F.)⁴⁶, che la nuova disciplina dettata dal Codice Civile in tema di responsabilità patrimoniale del debitore non lasciava più spazio alla teoria della *communio incidens pignoratitia*⁴⁷, che il curatore non può ritenersi una sorta di mandatario degli interessi personalistici della massa dei creditori, quanto, piuttosto il rappresentante di superiori pubblici interessi, derivando il proprio potere dalla legge in modo originario⁴⁸, che il nuovo art. 111 L.F. espressamente prevedeva che i debiti di massa dovessero prelevarsi sulle “*somme ricavate dalla liquidazione dell’attivo*”, quindi con il patrimonio del fallito⁴⁹ e che l’art. 120 L.F., nel prevedere la possibilità del creditore rimasto insoddisfatto alla chiusura del fallimento di rivalersi sul fallito, aveva senza dubbio evidenziato che l’unico soggetto tenuto a sopportare l’onere dei pagamenti di spese e debiti fosse proprio il fallito stesso.

Sgombrato, dunque, il campo dalla previgente concezione che i debiti di massa fossero un qualcosa di diverso e distinto dai debiti del fallito – al punto tale da ritenere non più appropriata la locuzione “debiti di massa”⁵⁰ in quanto fuorviante – occorreva dare una nuova risposta al trattamento preferenziale assicurato dal Legislatore a tali debiti.

L’attenzione della dottrina e della giurisprudenza, dunque, si concentrò sulla caratteristica propria dei debiti di massa, vale a dire, la prededuzione,

⁴⁵Cassazione 10 novembre 1997, n. 11044, in *Giust. civ. Mass.*, 1997, 2119; Cassazione 12 novembre 1994, n. 9526, in *Giust. civ. Mass.* 1994, fasc. 11; Cassazione 18 gennaio 1979, n. 353, in *Giur. Comm.*, 1980, II, 186.

⁴⁶ALESSI, *Debiti di massa e procedure concorsuali*, Milano, 1987, p. 5; Per un maggiore approfondimento: FERRARA, *La personalità giuridica dei beni in liquidazione*, in *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, 1988.

⁴⁷AZZOLINA, *Il fallimento e le altre procedura concorsuali*, Torino, n. 167

⁴⁸AZZOLINA, op. cit., n. 213; VASELLI, *I debiti della massa nel processo di fallimento*, Milano, 1951, p. 12; Cassazione 15 febbraio 1965 n. 229 in *Giust. Civ.* 1965, I, 680.

⁴⁹ALESSI, op. cit., p. 5

⁵⁰PROVINCIALI, *Trattato di diritto fallimentare*, Milano, 1974, III, p. 1657; VASELLI, op. cit., p. 19; RAGUSA MAGGIORE, voce “*Passivo (accertamento)*”, in *Enc. Dir.*, XXXII, Milano, 1982, p 183

cercando di individuarne il fondamento.

Partendo proprio dall'etimologia del termine, il PROVINCIALI aveva osservato che con il concetto di prededuzione non poteva che farsi riferimento ad una sottrazione, detrazione, accantonamento e deduzione di qualcosa prima di ogni altra⁵¹.

Conseguentemente, in materia fallimentare, dal momento che il concetto di prededuzione era utilizzato in rapporto a somme di denaro ricavate dalla liquidazione dell'attivo, destinate ad essere ripartite tra i creditori del fallito, e che tale concetto costituiva connotato essenziale dei debiti di massa, ben poteva sostenersi che la prededuzione *“mira a sottrarre all'attivo, prima dei riparti, le somme necessarie per il pagamento dei debiti di massa, con precedenza assoluta rispetto a quelli contratti dal fallito, anche se muniti di cause di prelazione... in sostanza, in virtù della prededuzione i debiti di massa devono essere pagati prima di quelli concorrenti e non possono mai restare perdenti rispetto a questi ultimi”*⁵².

La prededuzione, così definita, trovava quindi la propria principale fonte normativa nell'art. 111 L.F., nella parte in cui prevedeva la preliminare erogazione di somme per la soddisfazione dei debiti di massa ed il pagamento di questi da determinare con decreto del giudice delegato.

Tuttavia, anche ulteriori norme della Legge Fallimentare contenevano richiami al concetto di prededuzione.

L'art. 34, comma I, L.F., infatti, nel disporre in ordine al deposito delle somme riscosse dal curatore, chiariva che, prima del deposito, tali somme potessero essere decurtata di *“quanto il giudice delegato con decreto dichiara necessario per le spese di giustizia e di amministrazione”*; ancora, l'art. 91 L.F., nel disciplinare le spese anticipabili a carico dell'Erario, al terzo comma disponeva che *“Il cancelliere provvede al recupero delle spese anticipate*

⁵¹ PROVINCIALI, op. cit., p. 843; Così anche VERDE, *Trattamento nel fallimento conseguente ad amministrazione controllata dei debiti contratti ai fini dell'esercizio dell'impresa* in *Dir. Fall.*, 1970, I, 92.

⁵² ALESSI, op. cit., p. 18

mediante prelevazione dalle somme ricavate dalla liquidazione dell'attivo, anche prima della chiusura della procedura fallimentare appena vi siano disponibilità liquide"; parimenti, l'art. 110, comma 1°, disponeva che nel presentare il prospetto delle somme disponibili ed un progetto di riparto delle stesse, il curatore tenesse *“riservate quelle occorrenti per la procedura”*; in ultimo, l'art. 113, comma 4° L.F. prevedeva che in occasione di riparti parziali dovessero essere *“trattenute e depositate”* tra le altre anche le somme destinate a *“spese future ritenute necessarie dal giudice delegato ed alle somme occorrenti per soddisfare il compenso e le spese dovute al curatore”*.

La preoccupazione del Legislatore fallimentare, dunque, sembrava essere che, o per il tramite di un pagamento immediato, ovvero attraverso l'accantonamento di somme, venisse, in ogni caso, assicurato, durante la procedura e nei limiti della capienza dell'attivo, il pagamento preferenziale ed integrale dei debiti di massa rispetto agli altri debiti concorrenti.

Pertanto, ben poteva definirsi la prededuzione come il diritto dei creditori della massa di essere soddisfatti, nei limiti della capienza dell'attivo realizzato, con precedenza assoluta rispetto ai creditori concorrenti e prima del riparto finale e che il diritto al soddisfacimento integrale derivava dalla natura del debito di massa, mentre il diritto al pagamento anteriore rispetto agli altri creditori discendeva dalla prededuzione⁵³.

Chiarita, quindi, l'essenza della prededuzione, occorre individuare anche il fondamento giuridico.

Nell'ambito di tale ricerca alcuni autori hanno finito per negare addirittura l'esistenza della prededuzione, ovvero, per confonderla con il privilegio, degradandola a mera operazione processuale volta ad assicurare il privilegio per spese di giustizia.

Negava l'esistenza della prededuzione il Provinciali, sostenendo che i debiti di massa e debiti concorrenti costituissero altrettante linee di credito parallele, che rappresentassero ciascuna una categoria a sé *“senza che dovesse*

⁵³ ALESSI, op. cit., p. 19

soddisfarsi l'una a danno dell'altra, deducendone (o prededucendone) il necessario dai mezzi liquidi destinati ai concorrenti⁵⁴.

Tuttavia, tale tesi appariva in contrasto con il dettato degli artt. 34, 91, 110 e 113 ed il principio fissato dall'art. 111 L.F., che, viceversa, espressamente prevedevano che le somme necessarie per il pagamento dei debiti di massa dovessero prededursi dai mezzi liquidi destinati ai creditori concorrenti.

Analogamente, seppure limitatamente alle spese della procedura, il BONSIGNORI, pur riconoscendo ad esse il “*diritto alla collocazione preferenziale*” ma non la natura di credito, perveniva, comunque, al rifiuto “*dell'equivoco concetto di prededuzione⁵⁵*”.

Più radicale era la tesi del VASELLI⁵⁶, secondo il quale cui la preferenza accordata, al pagamento delle spese e dei debiti della massa non doveva essere concepita come prededuzione nè come privilegio, ma piuttosto come una figura a sè stante.

Sosteneva, infatti, il VASELLI che la prededuzione “*ha per suo presupposto lo stralcio delle somme necessarie al pagamento delle spese, prima di procedere alla ripartizione*”, mentre nella specie questo non sarebbe il sistema accolto dalla legge, in quanto talvolta la ripartizione precede il pagamento delle spese.

Conseguentemente, osservava il citato Autore, “*se si giunge a riconoscere che non sempre i debiti della massa sono pagati prima di ogni altro credito, ne viene, come logica conseguenza, l'impossibilità di ricorrere alla figura della prededuzione, la quale ha, come detto, per presupposto la detrazione delle somme necessarie al pagamento delle spese prima di scendere alla ripartizione dell'attivo*”.

Secondo il VASELLI, si sarebbe verificata una posposizione del

⁵⁴ PROVINCIALI, op. cit., p. 1654.

⁵⁵ BONSIGNORI, *La liquidazione dell'attivo*, in *La legge fallimentare*, a cura di BRICOLA-GALGANO-SANTINI, Bologna, 1976, p. 226

⁵⁶ VASELLI, op. cit. p. 19.

pagamento dei debiti della massa al pagamento dei debiti del fallito, mediante il realizzo delle attività fallimentari, nei seguenti casi: rispetto al ricavo della vendita degli immobili ipotecati e rispetto al ricavo della vendita di beni su cui sia stato costituito un pegno o un privilegio speciale.

In tali ipotesi, dai relativi ricavi sarebbero potute detrarsi solo le spese particolari relative al realizzo dei beni, mentre tutti gli altri debiti di massa avrebbero finito per gravare solo sui creditori chirografari.

Invero, è stato criticamente osservato che mancava una regola di diritto positivo che potesse giustificare la conseguenza che tutti i creditori ipotecari, pignoratizi e privilegiati non risentirebbero la detrazione di alcuna quota della restante parte delle spese di concorso e che, viceversa, la volontà del Legislatore era esattamente inversa, dal momento che, chiaramente l'art. 111, 1° comma L.F., stabiliva un ordine di priorità nell'erogazione delle somme ricavate dalla liquidazione di tutto l'attivo, indistintamente considerato, per il pagamento, in primo luogo, proprio delle spese e dei debiti di massa, e solo postergatamente per il pagamento dei debiti ammessi con prelazione sulle cose vendute⁵⁷.

Il richiamo operato dal VASELLI al dettato degli artt. 109 e 53 L.F. non appariva probante.

Ciò in quanto ove anche si fosse ritenuta corretta la tesi del VASELLI, secondo cui *ex art. 109 L.F.* gravano sul ricavato dalla vendita degli immobili ipotecati o gravati da privilegio speciale solo le spese sostenute per la conservazione, la manutenzione e la vendita del bene, tali spese, insieme all'eventuale acconto sul compenso al curatore, sarebbero stata prelevate sul prezzo immediatamente dopo la vendita, e dunque prima della distribuzione, mediante riparto, del prezzo stesso tanto al creditore ipotecario quanto a quelli chirografari.

Quanto agli ulteriori debiti di massa, poi, sempre se fosse stato corretto ritenere che dovessero essere sopportati solo dai creditori chirografari, allora

⁵⁷ AZZOLINA, op. cit., p. 843

l'antiorità del pagamento degli stessi non poteva che rapportarsi ai soli creditori chirografari, rispetto ai quali, era fuori di dubbio che si verificasse il fenomeno prededuttivo, secondo quanto disposto dall'art. 111, n. 1 L.F.

Medesimo discorso sarebbe valso anche con riferimento all'ipotesi di vendita del bene gravato da pegno o privilegio speciale *ex art. 53 L.F.*, laddove anche in tale caso, il pagamento dei debiti di massa, che gravano direttamente sul ricavato del bene costituito in pegno, avverrebbe sempre prima che il prezzo netto fosse, poi, versato al creditore pignoratizio.

L'assetto normativo esistente, dunque, sembrava non lasciare spazio alle teorie che negavano l'esistenza della prededuzione.

In contrasto, dunque, con tale orientamento, si ponevano le tesi di coloro i quali ravvisavano il fondamento della prededuzione nella preferenza assoluta che assisterebbe i crediti per spese di giustizia di cui agli artt. 2755 e 2770 c.c., rispetto ad ogni altro credito privilegiato, pignoratizio, o ipotecario, a norma dell'art. 2777 c.c.⁵⁸.

Secondo tale teoria, dunque, i debiti di massa non sarebbero altro che crediti privilegiati verso il fallito, non sottoposti al processo di verifica dei crediti, in quanto sorti nel processo e con il processo.

Sosteneva, infatti, l'ANDRIOLI, che la prelazione assicurata alle spese di giustizia nella procedura fallimentare costituisse applicazione del privilegio generale riconosciuto su tutti i beni del debitore dall'art. 1956 c.c. del codice civile del 1865.⁵⁹

Ancora più sintetico il pensiero del FERRARA, il quale si limitava ad affermare che le spese ed i debiti di cui all'art. 111 n. 1 L.F. corrisponderebbero ai debiti della massa e rientrerebbero nel concetto delle spese di giustizia assistite dal privilegio anteposto ad ogni altro dall'art. 2777 c.c., in quanto rappresentativi del costo della procedura⁶⁰

⁵⁸ ANDRIOLI, *Dei privilegi*, in *Commentario alla legge fallimentare*, a cura di SCIALOJA-BRANCA, Bologna, 1945, p. 126; AZZOLINA, *op. cit.*, p. 840; FERRARA, *Il Fallimento*, Milano, 1974, p. 526

⁵⁹ ANDRIOLI, *op. cit.*, p. 127

⁶⁰ FERRARA, *op. cit.*, p. 526

Il più autorevole sostenitore di tale interpretazione, AZZOLINA, sosteneva che la prededuzione costituisse il risultato della somma dei due privilegi ex artt. 2755 e 2770 c.c., il primo dei quali sarebbe un privilegio speciale che nel fallimento si estenderebbe a tutto il patrimonio mobiliare del fallito, poichè questo cade per intero nell'esecuzione fallimentare (verificandosi la fattispecie prevista dall'art. 2755), ed il secondo sarebbe un privilegio speciale che sussisterebbe rispetto ai singoli immobili del fallito, tutti ugualmente compresi nel fallimento.

Tuttavia, il citato Autore, chiariva, che occorreva evitare l'equivoco di ricondurre la prededuzione nell'ambito del privilegio, e di identificare, dunque le due figure, esistendo una sostanziale eterogeneità tra prededuzione e privilegio.

Il secondo, infatti, sarebbe consistito, secondo la definizione legislativa, in una prelazione accordata in considerazione della causa del credito (art. 2741, 2° comma, e art. 2745 c.c.), e, dunque, in una qualità del credito che, in caso di concorso con altri crediti nell'esecuzione forzata, avrebbe consentito ad esso di essere soddisfatto con priorità.

La prededuzione, invece, stando al tenore letterale del comma 2° dell'art. 111 L.F., sarebbe consistita in un'operazione di "*prelevamento*", concretantesi nel dedurre e separare dal ricavato dell'espropriazione forzata dei beni del debitore le somme necessarie per la copertura delle spese determinate dal procedimento esecutivo, prima che il ricavo medesimo fosse assegnato al creditore procedente o ai creditori concorrenti.

Operazione, quest'ultima, devoluta all'ufficio fallimentare e, prescritta dalla legge allo scopo di assicurare il pagamento delle spese di giustizia, di tal che, la prededuzione ben poteva definirsi come un'operazione connessa ad un dovere-potere dell'ufficio fallimentare.

Evidenziava, poi, l'AZZOLINA⁶¹, che fra l'istituto della prededuzione e quello del privilegio era, in ogni caso, ravvisabile un collegamento nel senso

⁶¹ AZZOLINA, op. cit., p. 844

che la prededuzione doveva ritenersi un'operazione processuale rivolta ad assicurare l'efficacia concreta del privilegio.

Difatti, i crediti per spese di giustizia, da soddisfare mediante prededuzione delle somme a tale scopo necessarie, avrebbero la natura di crediti privilegiati, a sensi degli artt. 2755, 2770 e 2777 c.c., così che la prededuzione finiva per costituire una garanzia supplementare per il soddisfacimento dei crediti stessi⁶².

Invero, le differenze tra prelazione-privilegio e prededuzione sono molteplici e notevoli.

Come noto, la prelazione costituisce un'eccezione alla *par condicio creditorum* che presuppone, per potere esplicare la sua efficacia, un'espropriazione forzata con diversi creditori concorrenti e l'insufficienza del prezzo ricavato dalla vendita a soddisfare integralmente tutti i creditori, precedente ed intervenuti.

Pertanto, la prelazione opera nella fase patologica del credito ed esplica la sua funzione dopo la liquidazione dei beni e durante la distribuzione del prezzo ricavato dalla vendita coattiva⁶³

Inoltre, la prelazione può accordare la preferenza sul ricavato o di tutti i beni mobili del debitore o di determinati beni mobili o immobili, non esistendo nel nostro ordinamento una prelazione che si possa cumulativamente esercitare su tutti i beni, mobili ed immobili, del debitore.

La prededuzione, invece, opera con modalità ed ha caratteristiche diverse da quelle della prelazione.

Già solo dal punto di vista lessicale i concetti appaiono ben differenti in quanto la prelazione indica una preferenza rispetto ad alcuni creditori, mentre prededuzione indica precedenza rispetto a tutti i creditori.

Dal punto di vista giuridico la prededuzione presuppone la liquidazione dell'attivo (art. 111 L.F.), ma opera prima e non durante la distribuzione del

⁶² AZZOLINA, op. cit., p. 845

⁶³ RUISI-PALERMO, *I privilegi*, Torino, 1980, p. 4.

ricavato dalla vendita ai creditori concorrenti, senza instaurare con essi concorso alcuno.

Il concorso, in caso di insufficienza di attivo, avviene solo nell'ambito della categoria dei debiti di massa, rendendo operante la graduazione tra essi in base alle rispettive cause di prelazione.

Ma di fronte ai creditori concorrenti, anche se assistiti da cause di prelazione, i debiti di massa si pongono come una categoria unica, per quanto formata da crediti eterogenei, che si contrappone a quella dei creditori concorrenti, senza che tra le due categorie si instauri alcun concorso o graduazione di sorta, non potendo mai per legge i debiti di massa restare soccombenti di fronte ai creditori concorrenti.

Pertanto, i debiti di massa nel confronto con i creditori concorrenti fanno valere la prededuzione, mentre la prelazione può operare all'interno di tali debiti in caso di insufficienza di attivo.

Inoltre, mentre la prelazione opera sempre nella fase di inadempimento del debito, viceversa la prededuzione agisce nella fase di adempimento del debito di massa, assicurandogli alla scadenza priorità assoluta e pagamento certo perché contratto dall'organo esecutivo della procedura.

Anche dal punto di vista genetico i due istituti si differenziano notevolmente.

La prelazione è un titolo di preferenza che di regola nasce fuori del processo esecutivo ed ha natura sostanziale, in quanto il credito cui accede è sorto prima dell'esecuzione, fatta eccezione per i privilegi speciali ex artt. 2755 e 2770 c.c., ed ha necessità che si consumi l'esecuzione per potersi realizzare.

Viceversa, la prededuzione ha natura procedurale poichè nasce nell'ambito di una procedura concorsuale e si realizza nella medesima procedura.

Parimenti, rispetto ai beni sui quali incidono v'è da rilevare che mentre la prelazione può farsi valere solo su alcuni di essi e mai sull'intero patrimonio del debitore, la prededuzione, invece, incide su tutte le somme realizzate dalla

liquidazione di tutti i beni del fallito, come risulta espressamente dall'art. 111 L.F.

La prededuzione si differenzia nettamente anche dal privilegio in genere.

Il privilegio è, infatti, una causa di prelazione accordata dalla legge in considerazione della causa del credito ed è in rapporto di accessorietà con il credito garantito, poiché ne suppone l'esistenza e lo segue⁶⁴.

Inoltre, il privilegio si differenzia dalle altre cause di prelazione per i caratteri di legalità, tipicità e relatività e si estingue con la vendita giudiziale del singolo bene e con l'esercizio della prelazione sulla somma ricavata da esso, quando è speciale, mentre, quando è generale, se il credito garantito rimane insoddisfatto in una prima esecuzione, esso potrà farsi valere su altri beni mobili del debitore in una successiva esecuzione.

La prededuzione, a sua volta, costituisce una qualità essenziale del debito di massa, intimamente connaturata ad esso, che permea e individua ogni debito di massa, riunendo, in tal modo, un insieme di posizioni di natura eterogenea in una categoria omogenea, che si differenzia e si contrappone a quella dei creditori concorrenti.

Da un punto di vista sostanziale, a seconda della sua natura, ciascun debito di massa nasce chirografario o privilegiato ed è poi dotato di prededuzione in seno alla procedura fallimentare per espressa previsione di legge, di tal che può sostenersi che la prededuzione si aggiunge e si sovrappone al privilegio senza annullarlo.

Ovviamente, nei rapporti con i creditori concorrenti, la natura privilegiata o chirografaria dei debiti di massa non assume particolare rilievo dal momento che la prededuzione interviene a garantire la poeriorità nella soddisfazione rispetto a qualsiasi altro credito concorrente.

Viceversa, nei rapporti interni alla categoria dei debiti di massa il privilegio svolge la sua efficacia allorquando vi sia insufficienza di attivo e sia

⁶⁴ BARBERO, *Sistema istituzionale del diritto privato italiano*, Torino, 1951, II, p.129

necessario procedere ad una graduazione nella soddisfazione anche dei debiti di massa.

Quanto al rapporto di accessorietà esso esiste anche tra prededuzione e debito di massa, ma opera in modo limitato.

L'accessorietà riferita al privilegio, infatti, comporta che tale causa di prelazione segue sempre il credito e non può cedere la garanzia indipendentemente dal credito, né il credito senza la garanzia.

L'accessorietà riferita alla prededuzione, invece, segue il debito di massa fin tanto che esiste la procedura concorsuale in cui lo stesso ha avuto origine, cessando la propria esistenza con la cessazione della procedura stessa.

Difatti, in tanto la prededuzione opera fin tanto che perdura il concorso nel quale essa deve esplicare la propria funzione: cessato il concorso, non v'è più motivo alcuno perché resti in vita la prededuzione.

Quanto ai caratteri di legalità, tipicità e relatività, che distinguono il privilegio dalle altre cause di prelazione, nella prededuzione esiste il primo, difetta il secondo ed il terzo si atteggia in modo particolare.

Che la prededuzione sia un beneficio riconosciuto dalla legge e non possa sorgere per volontà delle parti discende dall'art. 111, n. 1 L.F.

Non esiste, quindi, in materia l'autonomia privata, poiché neppure gli organi fallimentari possono creare nuove ipotesi di prededuzione per debiti di massa diversi da quelli previsti dall'art. 111, n. 1 L.F.

La tipicità non esiste nella prededuzione poiché l'art. 111, n. 1 L.F. non fissa un numero chiuso di debiti prededucibili, potendo articolarsi le spese ed i debiti nei più disparati rapporti giuridici

Quanto, infine, alla relatività, mentre il privilegio crea una relazione tra il credito preferito e quelli sacrificati, nel senso di una preferenza che svolge la sua funzione contro gli altri creditori limitatamente al bene oggetto dell'esecuzione individuale, la prededuzione, presenta, invece, il carattere dell'assolutezza perché si fa valere contro tutti i creditori ed il prelievo viene operato su tutte le somme realizzate con la liquidazione di tutti i beni del

fallito.

Tali e tante essendo le differenze tra prededuzione e prelazione-privilegio, va da sé che le teorie che individuavano il fondamento della prededuzione nel privilegio generale non potessero non formare oggetto di critica.

Difatti, la tesi dell'ANDRIOLI fondandosi sulla costruzione di un parallelismo che aveva quale suo termine di riferimento una norma, l'art. 1956 c.c. di un codice ormai abrogato, sostituita da altre norme di contenuto del tutto diverso, si presentava anacronistica sin dalla sua prospettazione.

Quanto, invece, alla teoria dell'AZZOLINA, fondata sulla concezione che la prededuzione costituisse il risultato della somma dei due privilegi ex artt. 2755 e 2770 c.c., è stato criticamente osservato che *“voler configurare, a dispetto del sistema codificato, un doppio privilegio speciale che si trasforma in generale prima nelle categorie dei beni mobili ed immobili e poi in un unico privilegio generale che abbraccia tutto il patrimonio del debitore, è impresa disperata, destinata a fallire, perché viola palesemente I principi di legalità e di tipicità che caratterizzano ogni privilegio⁶⁵”*.

La teoria elaborata dal FERRARA, a tenore della quale la prededuzione rientrebbe nel privilegio per spese di giustizia, è stata, invece, puntualmente criticata dal VASELLI⁶⁶ e dal VITALE⁶⁷, che osservavano che mentre le spese di giustizia sono poste a carico solo del creditore precedente o di quelli intervenuti, i debiti di massa sono contratti dal curatore e restano a carico di tutti i creditori del fallito, inoltre, le spese di giustizia hanno prelazione solo sul prezzo di realizzo dei singoli beni su cui grava il privilegio, mentre la prededuzione si esercita su tutto il patrimonio del debitore.

Liberato, dunque, il campo dalle teorie che negavano l'esistenza della prededuzione o che confondevano la prededuzione con la prelazione, il fondamento stesso della prededuzione fu ravvisato in quella che verrà poi

⁶⁵ ALESSI, op. cit., p. 35

⁶⁶ VASELLI, op. cit. p. 26;

⁶⁷ VITALE, *I debiti della massa nel fallimento*, Milano, 1975, p. 40.

considerata una caratteristica essenziale per l'individuazione stessa delle fattispecie sussumibili nella categoria dei debiti di massa, vale a dire, nella necessità e strumentalità dei debiti in parola per l'amministrazione e lo svolgimento della procedura fallimentare⁶⁸, oltre che in un principio di giustizia, trattandosi di spese e debiti contratti nell'interesse stesso della procedura ed a vantaggio dei creditori del fallito.

La priorità garantita dall'art. 111 L.F. alla soddisfazione dei debiti di massa trovava, dunque, la sua ragion d'essere per un verso nella opportunità di garantire ai terzi contraenti un pagamento preferenziale e, tendenzialmente integrale, affinché questi ultimi siano incentivati a contrarre, permettendo, in tal modo, lo svolgimento delle attività dell'ufficio fallimentare e, per altro verso, nella strumentalità di alcune spese senza le quali il fallimento non avrebbe potuto affatto operare.

⁶⁸ VASELLI, op. cit., p. 4; PAJARDI, *Manuale di diritto fallimentare*, Milano, 1983, p.499; DEL VECCHIO, *Le spese e gli interessi nel fallimento*, Milano, 1969, p. 147.

1.2.2 L'individuazione dei crediti prededucibili

Come già rappresentato, sebbene il Legislatore abbia indicato nell'art. 111 L.F. ante riforma 2006, precise categorie di crediti prededucibili, tuttavia le stesse non costituivano un numero chiuso e tassativo.

Difatti, genericamente era disposto che le somme ricavate dalla vendita dell'attivo fossero da destinare, *in primis*, “*per il pagamento delle spese, comprese le spese anticipate dall'erario, e dei debiti contratti per l'amministrazione del fallimento e per la continuazione dell'esercizio dell'impresa, se questo è stato autorizzato*”.

Venivano, dunque, indicati, quali debiti di massa, delle categorie di massima che ricomprendevano i più disparati rapporti giuridici senza che fosse parimenti indicato anche un preciso criterio che potesse essere utilizzato per l'individuazione delle singole fattispecie.

Nel silenzio del Legislatore, la dottrina e la giurisprudenza, ragionando sulla base di differenti presupposti, elaborarono tre diversi criteri utili alla identificazione dei crediti di massa: il criterio cronologico, il criterio soggettivo ed il criterio strumentale.

L'applicazione del criterio cronologico portava a ricomprendere tra i crediti prededucibili quelle sole pretese conseguenti ad obbligazioni sorte dopo l'apertura del concorso⁶⁹, dunque dopo la sentenza dichiarativa di fallimento e fino alla chiusura dello stesso.

Può osservarsi, tuttavia, che già nella stessa legge fallimentare esisteva - ed esiste tutt'oggi - una evidente eccezione a tale criterio, vale a dire, la previsione contenuta all'art. 71 L.F. (oggi 70 L.F.) che prevede la natura concorsuale dell'eventuale credito sorto in capo al soggetto che per effetto di un'azione revocatoria, esperita vittoriosamente dal curatore, abbia restituito quanto aveva ricevuto.

⁶⁹ AZZOLINA, *Il Fallimento e le altre procedure concorsuali*, Torino, 1961, II, p. 839;

Per altro verso, può evidenziarsi, altresì, che se risponde al vero la circostanza che quasi tutti i debiti contratti dopo la dichiarazione di fallimento dagli organi fallimentari sono prededucibili, viceversa, non era – e tutt’oggi non è – escluso che alcuni crediti sorti prima dell’apertura della procedura concorsuale fossero trattati come debiti di massa; basti pensare alla sorte delle prestazioni rimaste impagate nei contratti di somministrazione o di assicurazione in cui il curatore subentri.

Infine, operare l’individuazione dei debiti di massa utilizzando il criterio cronologico significherebbe escludere in radice che possano esistere crediti prededucibili al di fuori della procedura fallimentare, il che, pacificamente non è.

A tenore, invece, del criterio soggettivo, dovevano ricomprendersi tra i crediti prededucibili quelle sole pretese originate da attività poste in essere dagli organi fallimentari⁷⁰.

Anche rispetto a tale criterio può osservarsi che esistevano – ed esistono ancora – una serie di spese che per loro natura costituivano crediti prededucibili a prescindere da qualsivoglia attività posta in essere dal curatore; si pensi, ad esempio, alle imposte gravanti sugli immobili ricompresi nell’attivo, o, anche, agli oneri derivanti dai condoni fiscali o contributivi.

Il criterio strumentale, infine, portava ad individuare la caratteristica comune dei debiti di massa nella loro peculiare funzione, vale a dire quella di rendere possibile lo svolgimento della procedura concorsuale nell’interesse dei creditori, consentendo lo spossessamento del fallito, l’amministrazione e la liquidazione del suo patrimonio, nonché il riparto delle somme ricavate⁷¹.

Tuttavia, anche detto criterio da solo non si presentava – e non si presenta tutt’oggi – dirimente per l’individuazione dei crediti prededucibili dal momento che è sempre stata innegabile l’esistenza di debiti di massa non

⁷⁰ PROVINCIALI, *Trattato di diritto fallimentare*, Milano, 1974, II, p. 849; RUISI, *Gli effetti del fallimento rispetto ai creditori*, in *Giurisprudenza sistematica civile e commerciale*, a cura di RUISI-MAFFEI-ALBERTI-JORIO-TEDESCHI, Tornio, 1978, p. 586; DEL VECCHIO, *Le spese e gli interessi nel fallimento*, Milano, 1988, p.153

⁷¹ ALESSI, *I debiti di massa nelle procedure concorsuali*, Milano, 1987, p. 9

strumentali alla procedura concorsuale (si pensi, ad esempio, alle spese di giudizio poste a carico del fallimento soccombente, ovvero, ai crediti prededucibili sorti per l'effetto di attività *latu sensu* antiggiuridiche del curatore, ovvero, ancora, al credito prededucibile rappresentato dall'equo indennizzo per il recesso operato dal curatore dai contratti di locazione).

Non apparendo, quindi, i criteri rappresentati idonei, singolarmente, a consentire un'individuazione certa di tutti i debiti di massa, può osservarsi, tuttavia, che la compresenza di almeno due di essi, consente sempre di poter ricondurre il credito che li presenti nella categoria di quelli prededucibili.

Difatti, laddove un debito sia contemporaneamente contratto dall'organo fallimentare e, parimenti, appaia strumentale alla procedura, non v'è dubbio che trattasi di un debito di massa.

Parimenti, un debito sorto successivamente alla dichiarazione di fallimento, se pure non a seguito di un'attività posta in essere dal curatore, e strumentale alla procedura, come potrebbe essere il debito d'imposta sui beni immobili facenti parte dell'attivo fallimentare, costituisce senz'altro un debito di massa.

Ancora, infine, un debito contratto dal curatore, dunque necessariamente dopo la dichiarazione di fallimento, ma non strumentale alla procedura, come, ad esempio, il debito sorto dall'obbligazione di restituzione posta in capo al curatore a seguito della riforma della favorevole sentenza revocatoria di primo o secondo grado, parimenti costituisce debito di massa.

Nei casi appena indicati, invero, si coglie la comune caratteristica dei debiti di massa quali debiti che nascono in occasione o in funzione del procedimento fallimentare ad opera degli organi fallimentari, ovvero, quand'anche non contratti da quest'ultimi, caratterizzati, in ogni caso, da un collegamento temporale o funzionale all'amministrazione del patrimonio del fallito ed alle finalità della procedura.

Ben può, dunque, sostenersi che l'elemento di fondo che caratterizza, in ogni caso, tutti i debiti di massa, è la circostanza che nel fatto genetico del

debito stesso possa riconoscersi la presenza di un interesse della massa.

E proprio in tale ultima direzione si è, poi, di fatto, orientato il Legislatore del 2006, che, come si vedrà in seguito, ha modificato l'art. 111, prevedendo, in luogo delle categoria in precedenza enucleate, l'indicazione generica di "*crediti prededucibili*", indicando, poi, al comma II, il criterio generale a tenore del quale sono crediti prededucibili quelli "*così qualificati da una specifica disposizione di legge e quelli sorti in occasione o in funzione delle procedure concorsuali di cui alla presente legge*", aprendo definitivamente alla possibilità di individuare crediti prededucibili anche in procedure concorsuali differenti dal fallimento.

Invero, l'intervento del Legislatore del 2006 ha portato anche alla soluzione di un'altra dibattuta questione, sviluppata in dottrina e giurisprudenza relativamente alla individuazione dei debiti di massa, vale a dire la opportunità o meno di distinguere tra "*spese di massa*" e "*debiti di massa*".

Invero, la divisione dei debiti di massa tra spese e debiti era espressamente contenuta nell'art. 111 L.F. ante riforma e, pertanto, il dubbio ingenerato da tale dato testuale era se siffatta distinzione si risolvesse in una generica indicazione priva di conseguenze, ovvero, se alle "*spese*" dovesse riconoscersi un trattamento differente rispetto a quello riservato ai "*debiti*".

Si tratta, invero, di una questione tutt'oggi attuale nella misura in cui, sebbene la distinzione in parola sia stata eliminata dal Legislatore, ben può ancora operarsi una distinzione tra crediti prededucibili costituenti "*spese*" del fallimento e crediti prededucibili configurabili come "*debiti*" del fallimento.

Generalmente, tra le "*spese*" del fallimento suole farsi rientrare soprattutto quelle di procedura o di giustizia, vale a dire, a titolo esemplificativo, le spese di bollo e di registro, quelle per l'apposizione dei sigilli, la redazione dell'inventario, la formazione dello stato passivo, la verifica dei crediti, la vendita dei beni, ripartizione dell'attivo e la chiusura del fallimento.

I debiti, viceversa, sono soprattutto quelli sorti per l'amministrazione del fallimento, tra cui, a titolo esemplificativo, i contratti stipulati dal curatore per l'assicurazione del bene e per l'affitto di locali, nonché le obbligazioni assunte per la continuazione dell'esercizio dell'impresa, se questa viene autorizzata.

Si suole anche distinguere tra spese/debiti specifici, facendo riferimento ad esborsi relativi ad un singolo bene, direttamente rivolti ad amministrare e liquidare il bene stesso (quali, a titolo esemplificativo, quelle sostenute per l'affitto dei locali in cui custodire il bene, per la manutenzione, per l'assicurazione, per la perizia estimativa, per la pubblicità e la vendita) e spese/debiti generali, identificati con quegli esborsi che, viceversa, riguardano l'intera procedura concorsuale (quali, a titolo esemplificativo, le spese per l'inventario, l'apposizione dei sigilli, la formazione dello stato passivo, il giudizio di opposizione alla sentenza di fallimento, i riparti parziali e finale, la chiusura del fallimento ed il compenso del curatore).

La distinzione tra spese/debiti specifici e spese/debiti generali, invero, rileva, soprattutto, ai fini dell'individuazione delle somme da destinare alla soddisfazione dei relativi crediti, dal momento che, mentre per i crediti prededucibili connessi a spese specifiche le relative somme, pacificamente, vanno detratte dal prezzo ricavato dalla vendita del bene cui si riferiscono, per i crediti prededucibili connessi a spese generali non è prevista una tale sorta di garanzia di pagamento.

La distinzione, tuttavia, tra spese e debiti non ha alcuna rilevanza nell'attuale ordinamento giuridico in termini di trattamento poiché entrambe le categorie sono debiti del fallito e ricevono uguale disciplina e medesimo grado precedenza assoluta nella soddisfazione rispetto ai creditori concorrenti.

Tale principio, tuttavia, in passato era stato contestato dall' AZZOLINA⁷², il quale sosteneva che i debiti di amministrazione dovevano essere soddisfatti

⁷² AZZOLINA, op. cit., p. 885

con priorità rispetto alle spese processuali, e dal BONSIGNORI⁷³ che negava la natura di debito alle spese di procedura.

La tesi elaborata in proposito dall'AZZOLINA si fondava sulle argomentazioni : 1) le somme disponibili per la ripartizione tra i creditori costituiscono l'attivo netto, vale a dire, il ricavo di tutti gli elementi attivi del patrimonio depurato dei debiti contratti dal curatore per realizzarlo, dal quale vanno detratte, prima della ripartizione tra i creditori, le spese di procedura (spese degli atti processuali, compenso al curatore ecc.); 2) se alcuni creditori della massa per debiti contratti dal curatore venissero integralmente soddisfatti prima di ogni ripartizione, mentre altri fossero pagati solo in sede di ripartizione, concorrendo in pari grado con i creditori per spese processuali, i debiti contrattuali pagati con il riparto, in caso di insufficienza di attivo, resterebbero in parte insoddisfatti, creandosi così una disparità di trattamento tra creditori della medesima categoria; 3) il curatore ha il dovere di contrarre le obbligazioni che ha la certezza di potere adempiere, mentre i terzi hanno fiducia che i contratti da essi stipulati con il curatore saranno adempiuti; 4) vi è stretta analogia tra i creditori della massa per atti di amministrazione del fallimento ed i creditori di somme costituenti le passività inerenti i beni che pervengono al fallito durante il fallimento e che possono essere acquisiti all'attivo *ex art. 42 L.F.* solo dopo avere integralmente estinto tali passività; 5) la bontà della tesi troverebbe conforto nel diritto germanico che dà preferenza ai debiti rispetto alle spese processuali.

La tesi dell'AZZOLINA, ha formato oggetto di numerose critiche in dottrina, in quanto, per un verso è stato osservato che l'art. 111 L.F. non prevedeva – così come nella sua attuale formulazione non prevede – un trattamento differente tra crediti prededucibili relativi a spese processuali e crediti prededucibili relativi a debiti contratti per l'amministrazione del fallimento⁷⁴ e, per altro verso, è stata esclusa l'applicabilità per analogia a casi

⁷³ BONSIGNORI, *La liquidazione dell'attivo*, Bologna, 1976, p. 224

⁷⁴ VITALE, *I debiti della massa nel fallimento*, Milano, 1975, p. 60

simili del trattamento riservato dall'art. 42 L.F. ai creditori per le passività contratte per l'acquisizione all'attivo dei beni pervenuti al fallito in costanza di fallimento, trattandosi, predetta norma, di una disposizione di carattere eccezionale in deroga al generale principio della *par condicio creditorum*⁷⁵.

Tali critiche sono senz'altro condivisibili, poiché, come accennato, anche il vigente art. 111 L.F. non prevede alcuna testuale differenza tra spese e debiti della procedura, facendo, viceversa, riferimento alla omnicomprensiva categoria dei "*crediti prededucibili*".

Tuttavia, sicuramente, la tesi dell'AZZOLINA ha il pregio di aver evidenziato uno degli argomenti più delicati connessi alla disciplina dei crediti prededucibili, vale a dire, la tutela dell'affidamento del terzo che contrae con il curatore.

Invero, se prima delle riforme apportate alla Legge Fallimentare dal D.Lgs. 5/2006 e, soprattutto, poi, dai successivi interventi legislativi, la tutela dell'affidamento del terzo contraente con gli organi della procedura poteva ritenersi un argomento non sufficiente a giustificare una poeriorità della soddisfazione dei debiti contratti dagli organi delle procedure concorsuali rispetto alle spese in senso proprio, nel contesto giuridico attuale, dove gli interventi del Legislatore Fallimentare appaiono nettamente orientati ad incentivare tanto i finanziamenti delle imprese in crisi, quanto la contrattazione con le imprese che si trovino coinvolte in una procedura concorsuale e che, tuttavia, abbiano mantenuto viva la propria capacità produttiva, probabilmente la previsione di un trattamento differenziato dei debiti di massa nel senso ipotizzato dall'AZZOLINA, non solo non si porrebbe in contrasto con il testo della normativa vigente – che non prevede trattamenti differenti, ma nemmeno li esclude – ma si porrebbe in perfetta armonia con l'intero sistema normativo riformato.

A ben vedere, poi, tutti i crediti prededucibili connessi a spese in senso proprio godono di una ulteriore garanzia di soddisfazione esclusa, invece, per i

⁷⁵ DEL VECCHIO, *Le spese e gli interessi nel fallimento*, Milano, 1969, p. 168

crediti prededucibili connessi a debiti di massa, vale a dire, la possibilità di venire soddisfatti a carico dell'Erario in caso di in capienza della procedura concorsuale, ai sensi e per gli effetti degli art. 146 e 147 del D.P.R. 115/2002.

Anche alla luce di tale ulteriore considerazione, preferire la soddisfazione dei debiti di massa a quella delle spese di massa, potrebbe costituire una soluzione idonea a garantire realmente la soddisfazione di tutti i crediti prededucibili, posto che, in caso di insufficienza di attivo le spese godrebbero, in ogni caso, della copertura assicurata dagli art. 146 e 147 D.P.R. 115/2002.

1.2.3 La disciplina processuale dei crediti prededucibili: pagamento, accertamento, graduazione, tutela esecutiva e gli interessi

1.2.3.1 Il pagamento

In epoca anteriore all'introduzione dell'art. 111-*bis* L.F., la disciplina dei crediti prededucibili non era cristallizzata in alcuna norma e, pertanto, era stata negli anni elaborata dalla dottrina e dalla giurisprudenza.

In particolare, in ordine al pagamento dei debiti di massa si poneva il problema di stabilire il tempo, le modalità ed i criteri di ripartizione tra i vari creditori.

Orbene, mentre i primi due problemi non presentavano particolari difficoltà, quello della ripartizione o della imputazione dei debiti di massa tra i creditori con garanzie reali e gli altri creditori era vivamente controverso.

Quanto al tempo, era pacifico in dottrina che i debiti di massa dovessero essere pagati ciascuno alla propria scadenza⁷⁶.

Tale principio si ricavava dagli artt. 34, 73, 91, 110 e 113 n. 3 L.F., che imponevano al curatore di pagare immediatamente i debiti di massa scaduti o di accantonare nei riparti parziali le somme necessarie per quelli sorti ma non scaduti e per quelli non ancora sorti.

Si riteneva, dunque, che la prededuzione conferisse a tutti i debiti di massa il diritto di essere pagati integralmente alla scadenza, in applicazione del principio *prior in tempore potior in iure*⁷⁷.

Sebbene l'art. 111 L.F. non operasse distinzione alcuna in merito al tempo del pagamento dei diversi debiti di massa, alcuni autori sostenevano che i debiti di massa indicati negli articoli 73 e 91 L.F., vale a dire le somme per il riscatto dei beni oggetto di compravendita con riserva di proprietà e le spese anticipabili a carico dell'Erario, andassero pagati con priorità assoluta rispetto

⁷⁶ AZZOLINA, *Il fallimento*, Torino, 1961, p. 892; DEL VECCHIO, *Le spese e gli interessi nel fallimento*, Milano, 1969, p. 170.

⁷⁷ AZZOLINA, op. cit., p. 892; DEL VECCHIO, op. cit., p. 170.

ad ogni altro debito di massa in virtù delle espressioni “*immediatamente*” e “*appena vi siano disponibilità liquide*” contenute in tali norme.

Tuttavia, entrambe le espressioni altro non costituivano che conferma ed applicazione concreta del principio che tutti i debiti di massa dovessero essere pagati man mano che scadono (il debito di massa di cui all’art. 73 deve pagarsi “*immediatamente*” perché l’obbligazione del curatore di pagare il prezzo di riscatto scade nel momento in cui lo stesso subentra nel contratto di vendita con riserva di proprietà; le spese anticipabili dall’Erario, venivano considerate dal Legislatore stesso esigibili solo allorquando vi fossero nel fallimento disponibilità liquide).

Quanto alle modalità di esecuzione del pagamento dei crediti prededucibili, veniva pacificamente osservato che le somme con cui pagare i debiti di massa dovessero prelevarsi dal fondo costituito *ex artt.* 34, 110 e 113 L.F.; ove tale fondo fosse stato incapiente, dalle somme disponibili, *ex art.* 111, ultimo comma, L.F.; ove non vi fosse alcuna disponibilità di somme, mediante anticipazione dell’Erario limitatamente alle sole spese giudiziali ⁷⁸.

Pertanto, in presenza del fondo di cui sopra, il curatore era tenuto a pagare i debiti di massa man mano che scadevano.

Esaurito tale fondo, i debiti di massa scaduti potevano essere pagati solo in presenza di attivo realizzato presumibilmente sufficiente a garantire il pagamento di tutti i debiti di massa.

Occorreva, tuttavia, tenere presente la distinzione tra debiti di massa per spese specifiche, da detrarre dal ricavato del bene per cui si resero necessarie, e debiti di massa per spese generali, sostenute nell’interesse di tutti i creditori, da imputare proporzionalmente su tutti i ricavi.

Ove, poi, l’attivo realizzato non avesse consentito il pagamento di tutti i debiti di massa scaduti, il curatore doveva ritenersi obbligato a sospendere il pagamento di essi, astenendosi dal contrarre nuovi debiti.

⁷⁸ ANDRIOLI, voce “*Fallimento*” in *Enciclopedia del Diritto*, Milano, 1967, XVI, p. 442; VITALE, *I debiti della massa nel fallimento*, Milano, 1975, p. 46.

Se il curatore non si fosse attenuto a tali regole, il creditore della massa avrebbe potuto svolgere azione di ripetizione di indebito verso gli altri creditori della massa soddisfatti dopo l'incapienza dell'attivo, senza l'osservanza delle cause di prelazione, e per la parte di credito non recuperata avrebbe potuto promuovere azione di responsabilità contro il curatore.

Nella diversa ipotesi in cui il curatore avesse contratto debiti nonostante l'incapienza assoluta dell'attivo, i nuovi creditori della massa avrebbero potuto soltanto promuovere contro di lui azione di responsabilità per l'intero credito.

Sempre in tema di modalità di pagamento, era pacifico che tutti i debiti di massa dovessero essere pagati a seguito di decreto del giudice delegato, *ex artt. 34, 73 e 111, ultimo comma L.F.*

Anche gli accantonamenti delle somme necessarie per la successiva fase della procedura erano da determinarsi con decreto del giudice delegato (artt. 110 e 113, n. 3 L.F.).

Era, parimenti, pacifico che i debiti di massa in virtù della prededuzione che li distingueva, andassero pagati al di fuori dei riparti, sia parziali che finali, e comunque prima del riparto finale.

Il PAJARDI ⁷⁹, in tema, riteneva che i pagamenti dei debiti di massa dovessero essere, in ogni caso, indicati, sia pure in premessa separata, nel progetto di ripartizione, sia parziale che finale.

Tale tesi, invero, deve ritenersi tutt'oggi pienamente condivisibile.

Ciò in quanto, per potere determinare le somme disponibili da distribuire in parte ai creditori concorsuali, è necessario calcolare i debiti di massa scaduti e pagati e detrarre tale importo dalle somme riscosse dal curatore a qualunque titolo.

Inoltre, per potere operare la trattenuta ed il deposito delle somme necessarie per i debiti di massa futuri è, parimenti, necessario conoscere l'importo delle somme disponibili.

Infine, per la tutela dei diritti dei creditori concorrenti e per consentire

⁷⁹ PAJARDI, *Manuale di diritto fallimentare*, Milano, 1983, p. 550.

loro di esercitare il diritto di difesa mediante le osservazioni *ex art. 110 L.F.* è necessario indicare nel progetto di riparto quali debiti di massa sono stati pagati e su quali ricavi sono stati detratti.

Solo in presenza di tali dati i creditori potranno svolgere le loro osservazioni per correggere eventuali errori del curatore nell'imputazione dei debiti di massa e per evitare che si ripetano nei successivi riparti.

Pertanto, appare senz'altro opportuno che il curatore indichi in ogni progetto di ripartizione parziale, in premessa separata ed analitica, i debiti di massa già pagati e quelli prevedibili per il prosieguo della procedura e, successivamente, nel progetto di riparto finale tutti i debiti di massa sorti nel fallimento e già pagati.

1.2.3.2 L'accertamento

Posto, dunque, che i crediti prededucibili, anche ante riforma del 2006, andavano pagati prima ed al di fuori dei riparti, poteva, viceversa, accadere che il curatore omettesse di richiedere al Giudice Delegato l'emissione del decreto di pagamento per un debito di massa scaduto, liquido ed esigibile, ovvero, che il Giudice ritenesse di non poter emettere il decreto giudicando il credito non certo nell'*an* o nel *quantum*.

I ipotesi di questo tipo non erano contemplate nella legge fallimentare precedente alla riforma del 2006 e, pertanto, la soluzione in termini di tutela esecutiva dei creditori, nel primo caso, e di accertamento dei crediti, nel secondo, fu elaborata dalla dottrina e dalla giurisprudenza ed è stata, poi, recepita dal Legislatore del 2006 nell'art. 111-*bis* L.F..

In particolare, in tema di accertamento dei crediti prededucibili, il fatto che il Legislatore avesse disposto che i prelevamenti sono determinati con decreto dal Giudice Delegato, aveva indotto l'interrogativo se per essi fosse necessario o meno seguire l'iter del procedimento di cui agli artt. 93 e successivi della legge fallimentare, contemplato espressamente per il concorso

formale ed i cui principi erano rappresentati nell'art.52 L.F.

La risposta negativa era pacifica per i casi in cui il credito prededucibile fosse sorto in costanza di procedura fallimentare e non fosse contestato nella sua esistenza e nel suo ammontare.

Viceversa, il problema dell'accertamento del credito si poneva per il caso in cui vi fosse stata contestazione.

In tal caso ci si interrogava su quale fosse la sede cui devolvere la controversia.

Tre erano le principali soluzioni adombrate.

Alcuni autori, ritenevano necessario che coloro i quali assumevano di essere creditori prededucibili, dovessero sollecitare il decreto autorizzativo del Giudice Delegato e, in caso di esito negativo, non avrebbero potuto far altro che proporre reclamo endofallimentare *ex art. 26 L.F.*⁸⁰.

Tuttavia, tale soluzione, correva il rischio di lasciare esposti i creditori prededucibili contestati ad una tutela giurisdizionale non piena e perfetta, come era, viceversa, quella assicurata ai creditori concorsuali contestati.

Ciò in quanto, mentre questi ultimi creditori, in caso di contestazioni relative all'esistenza o all'ammontare del proprio credito concorsuale, avrebbero potuto proporre opposizione ai sensi dell'art. 98 L.F. ed accedere, in tal modo, ad un giudizio ordinario a cognizione piena, con conseguente possibilità di impugnazione della sentenza dinanzi alla Corte d'Appello e, poi, dinanzi alla Corte di Cassazione, per i creditori prededucibili, terminata la fase del reclamo *ex art. 26 L.F.*, era esclusa tanto la possibilità di proporre ulteriore reclamo dinanzi alla Corte d'Appello, quanto la ricorribilità in Cassazione *ex art. 111 c.p.c.*, dal momento che, pacificamente, era escluso il carattere decisorio e definitivo del decreto reso all'esito del procedimento di reclamo⁸¹.

⁸⁰ DEL VECCHIO, op. cit., p. 155; DI FUSCO, *Il regime dei provvedimenti del giudice delegato*, Padova, 1992, p. 33.

⁸¹ Cassazione Civile, 22 ottobre 1984, n. 5345, in *Mass. Giur. It.*, 1984; Cassazione Civile, 05 luglio 1988, n. 4421, in *Fallimento*, 1988, p. 1096; Cassazione Civile, 24 marzo 1994, n. 2896, in *Mass. Giur. It.*, 1994; Cassazione Civile, 08 gennaio 1999, n. 83, in *Fallimento*, 1999, p. 1301; Cassazione Civile, 16 novembre 1999 n. 12670, in *Foro It.*, 2000, I, 3581; Cassazione Civile, 14 giugno 2000, n.

Altra parte della dottrina e della giurisprudenza di merito, viceversa, sosteneva che l'accertamento dell'esistenza e dell'ammontare dei crediti prededucibili contestati dovesse essere devoluto al giudice ordinario in quanto avente ad oggetto un credito extraconcorsuale⁸².

Può osservarsi che tale soluzione, invero, se per un verso avrebbe assicurato una tutela giurisdizionale piena ai creditori prededucibili contestati, per altro verso avrebbe determinato il prodursi di validi ed efficaci titoli esecutivi nei confronti della procedura che, tuttavia, non potevano essere azionati, stante la impossibilità – su cui in seguito ci si soffermerà in maniera più compiuta – di promuovere azioni esecutive individuali in danno della procedura fallimentare.

La soluzione migliore per l'accertamento dei crediti prededucibili contestati appariva, quindi, quella prospettata dalla giurisprudenza maggioritaria e da una parte ristretta della dottrina⁸³, a tenore delle quali, il creditore della massa contestato avrebbe dovuto comportarsi come il soggetto titolare di crediti pregressi e, quindi, in prima battuta avrebbe dovuto rivolgersi al giudice delegato in sede di udienza ex art. 95 e ss. L.F. e poi, eventualmente, al collegio in sede contenziosa all'esito dei procedimenti di cui agli artt. 98 e ss. L.F.

8111, in *Fallimento*, 2001, p. 648; Cassazione Civile, 12 gennaio 2001, n. 388, in *Foro It.*, 2001, I, 3246. Contra, in dottrina,

⁸² Tribunale Napoli, 20 dicembre 1956, in *Foro it.*, 1957, I, p. 129; Tribunale Bari, 20 febbraio 1960, in *Dir. fall.*, 1960, II, p. 767; Appello Firenze, 12 maggio 1960, in *Giur. Tosc.*, 1961, p. 174; Tribunale Napoli, 31 dicembre 1960, in *Dir. fall.*, 1961, II, p. 167; Trib. Roma, 30 maggio 1961, in *Temi romana*, 1961, p. 360; VASELLI, op. cit., p. 95; FERRARA, op. cit., p. 526; BONSIGNORI, *Della liquidazione dell'attivo*, Bologna, 1976, p. 245; PAJARDI, op. cit., p. 243.

⁸³ Cassazione Civile, 23 marzo 1996, n. 2566, in *Fallimento*, 1996, p. 1157; Cassazione Civile, 1° ottobre 1994, n. 7993, in *Fallimento*, 1995, p. 386; Cassazione 16 febbraio 1993, n. 1923, in *Fallimento*, 1993, p. 1009; Cassazione Civile, 19 agosto 1992, n. 9659, in *Fallimento*, 1993, p. 60; Cassazione Civile 4 aprile 1991, n. 3505, in *Foro it.* 1991, I, 2793. In dottrina: MANFEROCE, *Effetti per i creditori*, in *Diritto fallimentare*, a cura di LO CASCIO, Milano, 1996, p. 584; LO CASCIO, *L'accertamento dei c.d. debiti di massa*, in *Giust.civ.* 1991, I, p. 2002; SATTA, *Diritto fallimentare*, Padova, 1990, p. 297; RUSSO, *L'accertamento del passivo nel fallimento*, Milano, 1988, p. 205; BOZZA-SCHIAVON, *L'accertamento dei crediti nel fallimento e le cause di prelazione*, Milano, 1992, p. 194; PALUCHOWSKI, *L'accertamento dei crediti della massa*, in AA.VV., *L'accertamento dei crediti nelle procedure concorsuali*, Milano, 1992, p. 127; DEL VECCHIO, op. cit., p. 161; FABIANI, *L'esclusività del rito dell'accertamento del passivo*, in *Fallimento* 1990, p. 914;

Predetta soluzione, muoveva sostanzialmente da due condivisibili argomentazioni, vale a dire, dall'osservazione che i debiti della massa non sono una categoria diversa dai debiti concorsuali, essendo anche tali debiti imputabili al fallito e dalla valutazione che la concentrazione di tutte le controversie nell'unica sede dell'accertamento del passivo garantirebbe celerità ed economia processuale, considerato anche che unico è il patrimonio sul quale concorrono creditori concorsuali e creditori della massa.

La solidità di queste motivazioni giustifica, invero, il fatto che anche il Legislatore si sia, poi, determinato per tale soluzione⁸⁴.

1.2.3.3 La graduazione

Altro problema che dottrina e giurisprudenza, in assenza di alcun dato normativo, si sono trovate costrette ad affrontare in tema di disciplina processuale dei crediti prededucibili, riguardava l'ipotesi, non infrequente, di insufficienza dell'attivo a soddisfare tutti i debiti di massa.

In tal caso, infatti, sorgeva il problema di accertare se i crediti prededucibili dovessero essere pagati proporzionalmente, ovvero, rispettando le cause di prelazione che eventualmente li assistevano.

La dottrina pressoché unanime⁸⁵ e la giurisprudenza⁸⁶ erano concordi

⁸⁴ Accanto alle tre principali tesi prospettate, si segnalano anche le seguenti due ulteriori soluzioni intermedie elaborate dalla dottrina; la prima riconosceva al creditore prededucibile contestato la libera scelta, in alternativa, tra il reclamo ex art. 26 L.F. ed il procedimento di verifica del passivo (SANTULLI, *Sull'assoggettabilità dei c.d. crediti verso la massa fallimentare al procedimento di verifica dei crediti*, in *Giust.civ.* 1967, I, p. 775; MONTANARI, *I procedimenti di liquidazione e ripartizione dell'attivo*, Padova, 1995, p. 462; ALESSI, op. cit., p.80, opta, invece, per il concorso fra la tutela endoconcorsuale e quella ordinaria); secondo altra tesi intermedia, invece, il credito nei confronti della massa dovrebbe essere accertato nel corso della formazione del piano di riparto e in presenza di contestazione si dovrebbe aprire un giudizio di opposizione modellato secondo quello di cui all'art. 90 l.f. (VELLANI, *Competenza per attrazione e fallimento*, Padova, 1996, p. 161).

⁸⁵ BONELLI, op. cit., II, p. 574; AZZOLINA, op. cit., II, p. 885; PROVINCIALI, op. cit., p. 1656; FERRARA, op. cit., 529; DEL VECCHIO, *La graduabilità dei crediti verso la massa nel fallimento*, in *Fallimento*, 1983, p.1006.

⁸⁶ Cassazione Civile, 29 gennaio 1982, n. 569, in *Dir. fall.*, 1982, II, p. 651; Cassazione Civile, 09 aprile 1984, n. 2268, in *Fallimento*, 1984, p. 960; Tribunale di Catania, 07 luglio 1988, in *Dir. Fall.*, 1989, II, p. 246; Cassazione Civile, 20 dicembre 1990, n. 12075 in *Fallimento*, 1991, p. 670

nel ritenere che qualora l'attivo fallimentare sia insufficiente a soddisfare integralmente debiti di massa occorre stabilire tra tali debiti una graduazione secondo l'ordine dei privilegi stabilito dal codice civile.

La validità di tale soluzione si coglie con evidenza se si considera che la prededuzione, per un verso, accomuna tutti i debiti di massa, siano essi chirografari o privilegiati, e nella loro globalità li antepone e li contrappone ai crediti concorrenti, assicurando ai relativi crediti una precedenza immediata ed assoluta; per altro verso, essa si aggiunge e si sovrappone agli eventuali privilegi che per legge assistono i debiti di massa, senza creare un nuovo tipo di privilegio comune a tutti e novativo di quello eventualmente loro spettante *ab origine*.

Conseguentemente, era senz'altro corretto dedurre che tali crediti, nei rapporti interni alla categoria, non perdono gli ordinari titoli di prelazione da cui siano eventualmente assistiti per la loro natura e che l'eventuale rango privilegiato loro attribuito in virtù della causa del rapporto da cui derivano, non essendo mai venuto meno, non può essere indifferente, soprattutto allorquando l'attivo da distribuire appariva insufficiente.

D'altro canto, poi, anche il Legislatore del 2006 ha riconosciuto espressamente l'operatività del regime delle cause di prelazione disciplinato dal codice civile anche per i crediti prededucibili, proprio per il caso in cui l'attivo si palesi presumibilmente non sufficiente a soddisfare integralmente tutti i debiti di massa.

Collegato con il principio della graduabilità dei debiti di massa è il problema della sorte dei debiti che siano stati pagati in violazione di tale principio, circostanza che, attualmente, non risulta oggetto di specifica disposizione legislativa.

Come evidenziato, quando vi è sufficienza di attivo il curatore provvede a soddisfare i debiti di massa man mano che scadono.

Pertanto, se intervengono pagamenti di crediti prededucibili in presenza di attuali sufficienti disponibilità liquide, non destinate a soddisfare crediti

assistiti da garanzie reali, tali pagamenti, alla luce delle previsioni contenute agli artt. 112 e 114 L.F., non potranno essere contestati dai successivi creditori verso la massa, rimasti successivamente insoddisfatti poiché trova applicazione il principio generale *prior in tempore potior in iure*.

Viceversa, un problema si pone quando, verificatasi l'insufficienza delle disponibilità liquide, il curatore abbia provveduto al pagamento di debiti di massa assistiti da privilegio di grado inferiore, lasciando insoddisfatti quelli con privilegio di grado superiore, ovvero, abbia violato la regola del pagamento proporzionale tra debiti egualmente privilegiati.

In tal caso i creditori insoddisfatti e danneggiati, laddove tali pagamenti siano stati eseguiti mediante piano di riparto, potrebbero tutelarsi proponendo reclamo *ex art. 36 L.F.*

Viceversa, nel caso in cui i predetti pagamenti siano avvenuti al di fuori del riparto, non essendo proponibile il reclamo, l'unica tutela percorribile per il creditore con prelazione di grado superiore rimasto insoddisfatto potrebbe essere la proposizione di un'azione di risarcimento del danno nei confronti del curatore, ovvero, di un'azione ai sensi dell'art. 2041 c.c. nei confronti del creditore favorito per ottenere la restituzione di quanto questi abbia ingiustamente percepito.

Può osservarsi, infatti, che il principio di irripetibilità dei pagamenti effettuati in esecuzione dei piani di riparto (art. 114 L.F.) opera senz'altro tra il fallimento ed il beneficiario del pagamento, nel senso che il curatore non può ripetere le somme già distribuite in forza di un piano di riparto divenuto esecutivo, ma è, quantomeno, dubbio, che operi anche nei rapporti tra creditori.

Difatti, dalla lettura dell'art. 114 L.F. non pare possa trarsi alcuna eccezione al generale principio fissato dall'art. 2041 c.c., a tenore del quale l'ingiustificato arricchimento ai danni di un altro soggetto obbliga colui che si è arricchito ad indennizzare il soggetto rimasto danneggiato; conseguentemente, può sostenersi che non vi sono limiti all'azione di un

creditore nei confronti di un altro indebitamente arricchitosi a causa dell'errore del curatore.

1.2.3.4 La tutela esecutiva

Anche il problema della tutela esecutiva dei debiti di massa è stato oggetto di vivace dibattito sia in dottrina che in giurisprudenza

Tale questione veniva quasi sempre collegata con quella dell'accertamento dei crediti prededucibili contestati, poiché l'esecuzione individuale per il pagamento degli stessi era generalmente ammessa da coloro che devolvevano l'accertamento di tali crediti al giudizio ordinario⁸⁷.

Le argomentazioni addotte a sostegno delle opposte soluzioni offrivano un'interpretazione divergente dell'art. 51 L.F. e vertevano sull'ammissibilità o meno di due esecuzioni contemporanee sullo stesso bene.

Tuttavia, la giurisprudenza e la dottrina maggioritarie si sono orientate verso la tesi dell'inammissibilità dell'esecuzione per debiti di massa, perché diversamente si negherebbe la funzione e l'essenza stessa della procedura esecutiva universale⁸⁸ -

Invero, già prima delle modifiche introdotte con la novella del 2006, era evidente che il divieto posto dall'art. 51 L.F. è assoluto e si riferisce a tutti i creditori del fallito, essendo funzionalmente collegato al compito degli organi del fallimento di procedere alla liquidazione di tutto l'attivo e di soddisfare con il ricavato tutti i creditori del fallito, secondo l'ordine di distribuzione stabilito dall'art. 111 L.F.

Inoltre, può anche osservarsi che l'azione esecutiva individuale non

⁸⁷ PAJARDI, op. cit., p. 326; PROVINCIALI, op. cit., III, p. 1569; In giurisprudenza: Tribunale Monza, 30 settembre 1982, in *Dir. fall.* 1983, II, p. 176; Tribunale Novara, 21 giugno 2002, in *Giur. It.*, 2003, p. 1160; Tribunale Firenze, 30 maggio 1962, in *Giur. tosc.* 1963, p. 850; Tribunale Milano 21 novembre 1957, in *Dir. fall.* 1957, II, p. 824.

⁸⁸ BONSIGNORI, op. cit., p. 239; RUISI-JORIO-MAFFEI-ALBERTI-TEDESCHI, *Il fallimento*, Torino, 1978, I, p. 603; DEL VECCHIO, op. cit., 156; AZZOLINA, op. cit., II, p. 850; VASELLI, op. cit., p. 94; in giurisprudenza: Cassazione Civile, 06 agosto 1998, n. 7704 in *Fallimento*, 1999, 6, p. 635; Cassazione Civile, 29 marzo 1996, n. 2912, in *Giur. It.*, 1997, p. 786.

solo sottrarrebbe l'esecuzione agli organi del fallimento ed alle norme della legge fallimentare, ma potrebbe anche essere fonte di gravi inconvenienti (ad esempio, potrebbe giungersi al paradosso di consentire per tale via il pignoramento di beni aziendali durante l'esercizio provvisorio, con grave danno per tutti i creditori concorrenti, ovvero, potrebbero essere pignorati beni gravati da garanzie reali, rendendo necessario l'intervento nella procedura esecutiva individuale anche dei creditori ipotecari o con privilegio speciale e del curatore per le spese sostenute e per l'acconto sul suo compenso, la cui determinazione verrebbe, così, sottratta al giudice delegato).

1.2.3.5 Gli interessi

Altra questione vivamente dibattuta in tema di disciplina dei crediti prededucibili, in assenza di una specifica previsione di legge, era anche la produttività o meno di interessi moratori nel caso in cui il curatore avesse ritardato nel pagamento dei crediti prededucibili.

La giurisprudenza nettamente dominante⁸⁹ riteneva che non potesse essere, neppure in astratto, ipotizzabile nel fallimento un ritardo colpevole del curatore nel pagamento dei debiti di massa sia perché tali debiti, pur sfuggendo alla falce concorsuale, erano soggetti al rito della verifica dello stato passivo ed ai tempi dei riparti, sia perché fintanto che durava la procedura e, dunque, le attività *latu sensu* di esecuzione da parte del curatore, non poteva configurarsi alcun inadempimento.

Conseguentemente, veniva pacificamente esclusa la produttività di interessi moratori per i crediti prededucibili.

Invero, l'affermazione, che la durata della procedura concorsuale non possa costituire tempo di inadempimento è corretta solo con riferimento ai

⁸⁹ Cassazione Civile, 7 marzo 1966, n. 649, in *Dir. fall.*, 1966, II, p. 345; Cassazione Civile, 4 ottobre 1982, n. 5076, in *Fallimento*, 1983, p. 421; Cassazione Civile, 27 ottobre 1982, n. 5623, in *Fallimento*, 1983, p. 1332; Tribunale Bologna, 27 settembre 1984, in *Giur. comm.*, 1985, II, p. 633; Tribunale Milano, 24 giugno 1985, in *Fallimento*, 1986, p. 198.

crediti concorrenti, che traggono origine da obbligazioni assunte dal fallito ed hanno l'obbligo della verifica e del pagamento a mezzo dei riparti, ma appare errata se riferita ai debiti di massa che sorgono da obbligazioni assunte dal curatore, i quali non partecipano al concorso e, normalmente, non essendo contestati nell'*an* e nel *quantum*, dovrebbero essere pagati prima dei creditori concorrenti e fuori dei riparti, mano a mano che scadono.

Conseguentemente, non può non ritenersi inadempiente il curatore che, pur avendo disponibilità liquide sufficienti, destinate giuridicamente al soddisfacimento dei debiti di massa scaduti, non paghi immediatamente tali debiti e non può, quindi, escludersi il diritto del creditore prededucibile non immediatamente soddisfatto di ottenere anche la corresponsione di interessi moratori, così come previsto dall'art. 1224 cc.

Ovviamente, viceversa, laddove il curatore non paghi i debiti di massa scaduti perché non ha ancora liquidato, per motivi ad egli non imputabili, l'attivo o perché non dispone di attivo sufficiente a soddisfare tutti i debiti di massa scaduti, non potendosi configurare nel comportamento del curatore un inadempimento colposo, non può trovare applicazione l'art. 1224 c.c..

Tuttavia, i debiti di massa scaduti producono, in ogni caso, gli interessi corrispettivi, previsti dall'art. 1282 c.c. e tanto è stato, in effetti, espressamente riconosciuto dal Legislatore del 2006.

In conclusione, si può, quindi, affermare che, i crediti prededucibili scaduti producono nel fallimento sempre interessi corrispettivi e, se in più vi è inadempimento nel pagamento per colpa del curatore, che pur avendo disponibilità liquide sufficienti non provvede al versamento, tali crediti maturano interessi moratori.

1.2.4 La consecutio tra procedure concorsuali e l'esistenza di crediti prededucibili anche al di fuori del fallimento

Con l'introduzione della Legge Fallimentare del 1942 e la nuova disciplina del concordato preventivo e dell'amministrazione controllata in essa elaborata, era emerso il duplice problema di verificare, per un verso, se la prededuzione potesse riguardare anche tali altre procedure nelle quali era inevitabile che si dovessero affrontare costi ed oneri per curarne il loro svolgimento e, per altro verso, se, riconosciuta l'applicabilità di tale istituto anche alle procedure in parola, i crediti così individuati come prededucibili mantenessero tale qualità anche nell'eventuale successivo fallimento.

Una soluzione interpretativa favorevole a quanto appena rappresentato era stata proposta non soltanto in vista dell'esigenza di ottenere un'adequata tutela per i creditori che finanziavano le aziende soggette ad amministrazione o a concordato preventivo, ma anche con riferimento alla nota prospettiva sorta sulla conversione dei procedimenti concorsuali.

Invero, il Legislatore, sebbene avesse previsto la possibilità di conversioni e consecuzioni di procedure senza soluzione di continuità, non si era, tuttavia, posto il problema di disciplinare il trattamento da riservare, nell'eventuale successivo fallimento, ai crediti sorti nel corso delle predette procedure di concordato preventivo e di amministrazione controllata, lasciando, quindi, agli interpreti il compito di colmare la lacuna normativa, adottando le più svariate soluzioni.

Tuttavia, prima di analizzare lo specifico problema appena enucleato, occorre brevemente accennare alla disciplina della consecuzione o conversione delle procedure concorsuali.

In dottrina era stato evidenziato che, a fronte di una situazione d'insolvenza, potessero essere impiegati più procedimenti concorsuali, a

seconda delle prospettive di risanabilità dell'impresa⁹⁰.

L'imprenditore in crisi, quindi, avrebbe potuto avviare la procedura di amministrazione controllata, alla quale poteva, poi, subentrare il concordato preventivo e, quindi, conseguire il fallimento, allorché fosse accaduto che tutti gli strumenti sperimentati non erano stati sufficienti a risanare l'organizzazione produttiva.

Nel tentativo di realizzare ciascun procedimento concorsuale per destinarlo alla soluzione della crisi imprenditoriale, utilizzandone il loro impiego in modo sistematico e consequenziale alle esigenze di ristrutturazione e di riequilibrio aziendale, si era, quindi, creato il fenomeno della consecuzione o conversione delle procedure concorsuali, non in senso cronologico e temporale, ma logico, in vista dell'unica e comune finalità della soluzione dell'insolvenza e della conservazione del complesso imprenditoriale⁹¹

Il susseguirsi di procedure concorsuali conservative e liquidatorie aveva indotto a domandarsi se esso si traducesse in una consecuzione, oppure in una conversione in modo tale di trovarsi alla presenza di un'unitarietà della sequenza, traducendosi quest'ultima in un'evoluzione di più fasi di un unico strumento posto in essere in vista della finalità perseguita.

Questa soluzione era stata sostenuta in modo prevalente sulla base di alcune considerazioni fondate sull'identità dei presupposti dei procedimenti, sulla determinazione dei termini per le azioni revocatorie, sulla certezza del momento iniziale della procedura e su altri effetti in materia di divieti, sanzioni d'inefficacia, trattamenti privilegiati, ecc.⁹².

Il corollario di predette considerazioni era il riconoscimento che la temporanea difficoltà che allora caratterizzava l'amministrazione controllata e lo stato di insolvenza che connotava il concordato preventivo e il fallimento si identificavano; l'un procedimento si trasformava nell'altro e ciò che era stato

⁹⁰ PATTI, *Dissesto dell'impresa e scelta della procedura concorsuale*, in *Fallimento*, 1996, p.897.

⁹¹ SAPIENZA, *Conversione e consecuzione dei procedimenti concorsuali*, Milano, 1958, p. 173.

⁹² PROVINCIALI, *Trattato di diritto fallimentare*, Milano, 1974, I, p. 381.

utile ad una procedura manteneva la sua validità ed efficacia nel fallimento consecutivo⁹³.

Si generalizzava, così, il principio della legittimità di tutti gli atti eseguiti correttamente.

Tuttavia, sulla base della medesima tendenza giurisprudenziale piuttosto consolidata si era anche sostenuto che il principio della conversione dei procedimenti concorsuali non potesse ritenersi automatico e generalizzato, dovendo, viceversa, essere contenuto nei limiti in cui in ciascuna procedura sussistessero elementi di identificazione tali da giustificare l'estensione della disposizione normativa applicata.

Quest'ultimo indirizzo, evidentemente aveva determinato notevoli disarmonie interpretative riguardo agli effetti propri di ciascun istituto, per i quali non sempre poteva valere il principio della retrodatazione.

Invero, la consecuzione dei procedimenti concorsuali era stata condivisa in modo prevalente in materia di azioni revocatorie fallimentari, di esercizio dell'impresa (anche se non pacificamente nel concordato preventivo), di gestione del patrimonio, ma non di compensazione, di rapporti giuridici preesistenti e di decorrenza degli interessi

In tale quadro incerto di riconoscimento e disconoscimento del principio di conversione dei procedimenti concorsuali, in tema di crediti

⁹³ Cassazione Civile, 2 maggio 1994, n. 4224, in *Fallimento*, 1994, p. 1147; Cassazione Civile, 26 novembre 1993, n. 11739, in *Foro It.*, 1994, I, 1807, con nota di FABIANI, *Consecuzione di procedure concorsuali e revocatoria fallimentare: perché non chiedere l'intervento della Corte Costituzionale?*; Cassazione Civile, 19 ottobre 1993, n. 10353, in *Rep. Giur. It.*, 1993, voce «Fallimento», n. 389, e, per la motivazione, in *Foro It.*, 1994, I, 1807; Cassazione Civile, 20 maggio 1992, n. 6074, in *Rep. Giur. It.*, 1992, voce «Fallimento», n. 506, e, per la motivazione, in *Fallimento*, 1992, p. 1012; Cassazione Civile, 2 giugno 1988, n. 3741, in *Giur. It.*, 1989, I, 1, 1566, con nota critica di BUCCI, *Sulla cessazione dell'amministrazione controllata con particolare riguardo al caso previsto dall'art. 193, 2° comma, legge fall.*; Cassazione Civile, 3 luglio 1987, n. 5821, in *Rep. Giur. It.*, 1987, voce «Fallimento», n. 448, e, per la motivazione, in *Fallimento*, 1987, p. 1164; Cassazione Civile, 22 giugno 1985, n. 3757, in *Rep. Giur. It.*, 1985, voce «Fallimento», n. 3757, e, per la motivazione, in *Fallimento*, 1986, 28; Cassazione Civile, 15 novembre 1976, n. 4216, in *Banca Borsa e Titoli di credito*, 1977, I, p. 185; Cassazione Civile, 28 luglio 1972, n. 2579, in *Dir. Fall.*, 1972, II, 547, con nota di PROVINCIALI, *Temporanea difficoltà e insolvenza come presupposto della revocatoria nella conversione di procedimenti concorsuali*; Cassazione Civile, 19 giugno 1972, n. 1938, in *Giust. Civ.*, 1972, I, 1533, in *Foro It.*, 1973, I, 73; Cassazione Civile, 7 dicembre 1966, n. 2872 in *Riv. Dir. Proc. Civ.*, 1967, p. 503, con nota di TARZIA, *Successione di procedimenti concorsuali e termini per le revocatorie*.

prededucibili, l'attenzione di dottrina e giurisprudenza si era concentrata sul trattamento da riservare ai crediti sorti in regime di amministrazione controllata o di concordato preventivo per atti legittimamente compiuti dal debitore nel successivo fallimento.

Ci si interrogava, in particolare, in merito a se tali crediti dovessero essere soddisfatti con prededuzione nel successivo fallimento.

La tesi che concludeva per una soluzione negativa è stata sostenuta in dottrina dal DE MARTINI⁹⁴, dall'ANDRIOLI⁹⁵, dal SATTA⁹⁶, dall'AZZOLINA⁹⁷.

Tali autori ponevano l'accento sulla considerazione che amministrazione controllata, concordato preventivo e fallimento tutelavano diversamente i creditori e che gli effetti della sentenza dichiarativa di fallimento si producevano *ex nunc*.

Pertanto, pur riconoscendo che il sistema normativo di cui agli artt. 167 e 188 l.fall. dettati per l'amministrazione controllata ed il concordato preventivo consentisse il compimento di atti di straordinaria amministrazione mediante l'autorizzazione del giudice delegato, obiettavano che tale presupposto non sarebbe stato di per sé sufficiente a legittimare la configurabilità di obbligazioni prededucibili dopo l'apertura del concorso.

Inoltre, non potendo ritenersi il principio della consecuzione tra procedure concorsuali un effetto automatico o necessario, la disposizione di cui all'art. 111 L. F. non sarebbe stata applicabile, sia pure in via estensiva, poichè essa faceva esclusivamente riferimento alle obbligazioni che avrebbe potuto contrarre esclusivamente il curatore del fallimento, non anche a quelle contratte al di fuori della procedura fallimentare dal debitore o dal commissario giudiziale.

Inoltre, veniva anche osservato che l'esercizio provvisorio di cui all'art.

⁹⁴ DE MARTINI, *Debiti contratti durante il concordato preventivo o l'amministrazione controllata e fallimento sopravvenuto*, in *Riv. dir. comm.*, 1956, II, p. 453.

⁹⁵ ANDRIOLI, *Della tutela dei diritti*, in *Commentario alla legge fallimentare*, a cura di SCIALOJA-BRANCA, Bologna, 1945, pag. 127.

⁹⁶ SATTA, *Istituzioni di Diritto fallimentare*, Roma, 1957, p. 424

⁹⁷ AZZOLINA, *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, Torino, 1961, p. 908 ss.

90 L.F. costituiva un rimedio eccezionale destinato a evitare un danno grave ed irreparabile al patrimonio fallimentare e non sarebbe stato assimilabile all'esercizio condotto, invece, in corso di amministrazione controllata, né sarebbe stato concepibile nel concordato preventivo, che non poteva che avere funzione liquidatoria del patrimonio del proponente.

La contraria opinione, che, viceversa riconosceva la prededucibilità nel successivo fallimento dei crediti sorti nel corso di procedure concorsuali poi sfociate in fallimento, sia pure a determinate condizioni, era sostenuta in dottrina specialmente dal PROVINCIALI⁹⁸, dal PAZZAGLIA⁹⁹, dal SAPIENZA¹⁰⁰, dal FERRARA¹⁰¹, dal FERRI¹⁰², dal LO CASCIO¹⁰³, dal PAJARDI¹⁰⁴, dall'APICE¹⁰⁵, dal PACCHI PESUCCI¹⁰⁶, dal LASCARO¹⁰⁷, dal BRONZINI¹⁰⁸ e dal BONFATTI¹⁰⁹, ed è stata, poi, recepita e condivisa anche dalla Suprema Corte¹¹⁰

Invero, in prima battuta, la prededucibilità nel successivo fallimento era stata riconosciuta solo ai crediti sorti nel corso dell'amministrazione controllata.

La dottrina, sul punto, osservava che era indubbio che esistessero debiti di massa nell'amministrazione controllata dal momento che era impossibile immaginare l'esistenza di un'amministrazione processuale senza spese, la disciplina delle quali ben poteva ricavarsi facendo ricorso ai principi generali

⁹⁸ PROVINCIALI, *Manuale di diritto fallimentare*, Milano, 1955, p. 1238 e ss; PROVINCIALI, *L'amministrazione controllata negli scritti recenti*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1955, p. 1149-50;

⁹⁹ PAZZAGLIA, *L'amministrazione controllata. Natura giuridica ed effetti*, Milano, 1957, pagg. 89 e ss;

¹⁰⁰ SAPIENZA, op. cit., p. 173 e ss..

¹⁰¹ FERRARA, *Il fallimento*, Milano, 1959, pag. 480.

¹⁰² FERRI, *Prededucibilità dei crediti sorti nel corso dell'amministrazione controllata in sede di fallimento*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1978, II, p. 79.

¹⁰³ LO CASCIO, *L'amministrazione controllata*, Milano, 1989, p.258 e ss..

¹⁰⁴ PAJARDI, *Manuale di diritto fallimentare*, Milano, 1983, p.769.

¹⁰⁵ APICE, *Prededucibilità dei crediti sorti in pendenza di amministrazione controllata nel fallimento consecutivo*, in *Fallimento*, 1986, p. 650.

¹⁰⁶ PACCHI PESUCCI, *Concordato preventivo e prededuzione*, in *Giur. Comm.* 1980, p. 575.

¹⁰⁷ LASCARO, *Crediti sorti in amministrazione controllata e prededucibilità nel successivo fallimento*, in *Dir. Fall.* 1989, p. 740.

¹⁰⁸ BRONZINI, *Debiti sorti durante l'amministrazione controllata seguita dal fallimento*, in *Dir. Fall.*, 1988, p. 959.

¹⁰⁹ BONFATTI, *Procedura concorsuali minori e prededuzione*, in *Giur. Comm.* 1986, p. 857.

¹¹⁰ Cassazione S.U., 14 ottobre 1977, n. 4370, in *Dir. Fall.* 1978, p. 286, cui si è uniformata la successiva giurisprudenza di legittimità

dettati in materia dalla legge fallimentare.

Inoltre veniva anche osservato che allorquando all'amministrazione controllata fosse seguito il concordato preventivo o il fallimento, le spese, in senso lato, del primo procedimento dovevano ricevere lo stesso trattamento preferenziale riconosciuto alle spese degli altri due.

Ciò in quanto, si sarebbe configurata, in tal caso, una situazione analoga a quella che si verifica con la successione dell'esecuzione forzata al sequestro, poichè l'amministrazione controllata avrebbe svolto una sorta di funzione cautelare rispetto al fallimento, e pertanto, l'unità del filo conduttore avrebbe impedito che i debiti dell'amministrazione controllata ricevessero un trattamento di concorso, inerendo essi a finalità "cautelari", e dovendosi, pertanto, porre in relazione d'identità col processo esecutivo (collettivo) che avrebbero preceduto e preparato¹¹¹.

Sempre a sostegno della prededucibilità, nel successivo fallimento, dei crediti sorti durante la procedura di amministrazione controllata, veniva anche osservato che le ragioni che inducevano a tale riconoscimento erano anche dettate da motivi "*di ordine psicologico più che giuridico*"¹¹², dal momento che "*se i crediti sorti legittimamente durante la procedura di amministrazione controllata dovessero essere accantonati ai crediti anteriori, difficilmente si troverebbe una persona che fosse disposta, di fronte alla crisi dell'impresa, a far credito, e conseguentemente un risanamento della situazione sarebbe irrealizzabile*"¹¹³.

Ancora, veniva pure osservato che i crediti sorti durante l'amministrazione controllata erano pur sempre crediti sorti in seguito ad attività poste in essere nell'interesse di tutti i creditori, così da consentire la loro più compiuta soddisfazione e che, anche per tale motivo, non poteva non riconoscersi la loro natura prededucibile nel successivo fallimento, in

¹¹¹ PROVINCIALI, op. cit., p.1240; PAZZAGLIA, op. cit. p. 92.

¹¹² SAPIENZA, op. cit., p. 175

¹¹³ FERRI, op. cit, p. 79

applicazione del criterio strumentale di individuazione dei debiti di massa¹¹⁴.

Si era, inoltre, rilevato che il fondo spese previsto nell'amministrazione controllata sarebbe stato destinato non soltanto a coprire gli oneri di giustizia, ma anche tutti quelli che sarebbero risultati funzionali a tale procedura¹¹⁵

Le argomentazioni sviluppate, invece, dalla Suprema Corte a sostegno della prededucibilità nel successivo fallimento dei crediti contratti nell'esercizio dell'amministrazione controllata ponevano il loro fondamento in parte nelle medesime considerazioni sviluppate in dottrina (l'esercizio dell'impresa sarebbe stato svolto a tutela degli interessi dei creditori) e, in altra parte, nella convinzione della possibilità di applicare in via estensiva le previsioni dell'art. 111 L.F., nella osservazione che le obbligazioni assunte per la gestione dell'impresa sarebbero state, in ogni caso, poste a carico dell'ufficio giudiziario che l'avrebbe esercitato tramite l'imprenditore ritenuto meritevole, nel rilievo che la temporanea difficoltà, quale presupposto dell'amministrazione controllata non sarebbe stata diversa dallo stato di insolvenza in conseguenza del legame d'interdipendenza e di consequenzialità che avrebbe caratterizzato il susseguirsi delle due procedure¹¹⁶.

Se, dunque, prevalentemente era ammessa la prededucibilità dei crediti sorti nel corso dell'amministrazione controllata nel successivo fallimento, in un primo momento, tanto non poteva sostenersi anche per i crediti sorti durante la procedura di concordato preventivo.

La questione relativa al carattere prededucibile o meno dei crediti sorti durante predetta procedura era stata ripetutamente sottoposta all'esame della giurisprudenza, la quale, nonostante qualche esitazione da parte di alcuni giudici di merito¹¹⁷, si era a lungo schierata in senso negativo, argomentando

¹¹⁴ FERRARA, op. cit., p. 480.

¹¹⁵ LO CASCIO, *L'amministrazione controllata*, Milano, 1998, 307 ss.

¹¹⁶ Cassazione S.U., 14 ottobre 1977 n. 4370, op. cit.

¹¹⁷ Hanno riconosciuto il carattere della prededucibilità dei crediti sorti durante la procedura di concordato preventivo, tra le altre pronunce, Tribunale Roma 4 febbraio 1998, in *Giust. civ.*, 1998, I, 2316; Appello Roma 31 marzo 1995, in *Dir. fall.*, 1995, II, p. 625; Tribunale Monza, 29 marzo 1993, in *Foro It.*, 1993, p. 925; Appello Roma 29 aprile 1991, in *Foro it.*, 1992, I, p. 154; Tribunale Verona, 30 dicembre 1989, in *Giur. it.*, 1990, I, 2, 289; Tribunale Milano 30 maggio 1985, in *Fallimento*,

con il carattere eccezionale della norma di cui all'art. 111, n. 1 L.F.¹¹⁸.

Tale norma, come evidenziato in precedenza, in quanto derogatrice del principio della *par condicio*, si riteneva suscettibile di essere applicata, a seguito di interpretazione estensiva, solo ai crediti sorti nel corso dell'amministrazione controllata, stante la finalità cautelare di predetta procedura, e non anche nel corso del concordato preventivo, in considerazione della funzione meramente liquidatoria dello stesso, rispetto al quale non rivestiva alcun rilievo l'eventuale continuazione, da parte del debitore, dell'esercizio dell'impresa, non costituendo tale continuazione mezzo essenziale ed unico per la realizzazione della procedura medesima.

Inoltre, non era stato ritenuto pertinente il richiamo al principio dell'unitarietà delle procedure concorsuali succedutesi senza soluzione di continuità, inidoneo ad assurgere al rango di autonomo criterio normativo con attitudine a risolvere tutti i problemi di successione tra le procedure, ma la cui applicazione andava valutata, in modo non automatico, caso per caso, in relazione alla possibilità di far ricorso ad un'interpretazione estensiva delle discipline previste per la procedure conclusiva¹¹⁹.

Infine, si riteneva ostativa alla qualificazione dei crediti derivanti dal concordato preventivo quali crediti prededucibili l'assenza della loro necessaria riferibilità, dal lato passivo, agli organi della procedura, trattandosi, invece, di rapporti obbligatori instauratisi a seguito di decisioni del debitore

1985, p. 1189; Tribunale Milano, 21 dicembre 1978, in *Fallimento*, 1979, p. 834; Tribunale Monza, 21 aprile 1978, in *Giur. comm.*, 1980, II, 143; Tribunale Milano, 20 settembre 1976, in *Dir. fall.*, 1977, II, 146

¹¹⁸ Cassazione Civile, 14 luglio 1997, n. 6352, in *Fallimento*, 1998, 177; Cassazione Civile 26 giugno 1992, n. 8013, in *Fallimento*, 1992, 1027; Cassazione Civile, 5 maggio 1988, n. 3325, in *Fallimento*, 1988, 967; Cassazione Civile, 5 febbraio 1988, in *Fallimento*, 453; Cassazione Civile 1986, n. 353; Cass. 3 ottobre 1983, n. 5753, in *Fallimento*, 1984, p. 691, con nota di CIAMPI, *Liquidazione dei compensi del concordato preventivo e collocazione nel conseguente fallimento*; Cassazione Civile, 19 agosto 1983, n. 5402, in *Foro it.*, 1983, I, 2748; Cassazione Civile, 4 giugno 1980, n. 3636, in *Fallimento*, 1980, 882; Cassazione Civile, 9 marzo 1979, in *Dir. fall.*, 1979, II, 323; Cassazione Civile, 18 gennaio 1979, n. 353, in *Fallimento*, 1979, 426; Cassazione Civile, 28 ottobre 1976, n. 3943, in *Giur. comm.*, 1977, II, 141, con nota di LO CASCIO, *Ancora sulla prededuzione: nuove incertezze nella giurisprudenza*.

¹¹⁹ Cassazione Civile, 18 luglio 1990, n. 7339, in *Fallimento*, 1990, 945; Cassazione Civile, 14 febbraio 2006, n. 3156, in *Dir. fall.*, 2007, II, p. 269, con nota di MONTALDO, *Consecuzione di procedure e compenso del curatore fallimentare, già commissario giudiziale*.

concordatario, non spossessato del suo patrimonio e non privato del suo diritto di disporre validamente ed efficacemente dello stesso, sia pure nei limiti di cui all'art. 167 L.F.¹²⁰.

Ad opposta conclusione, viceversa, si era pervenuti con riferimento alle spese dell'ufficio preposto al concordato preventivo, in ragione del fatto che sia il commissario giudiziale sia il liquidatore, nel caso di cui all'art. 182 L.F., agivano proprio nell'interesse della massa suddetta, in quanto organi essenziali della procedura, la cui attività è stata ritenuta strumentale alle funzioni liquidative e soddisfattive comuni anche al successivo fallimento e, pertanto, assimilabile, attraverso un'interpretazione estensiva dell'art. 111, n. 1 l.fall. a quella dell'amministrazione del patrimonio fallimentare¹²¹.

Tuttavia, verso la metà degli anni '90 l'orientamento della giurisprudenza di legittimità è stato oggetto di un processo di rivisitazione che, attraverso la valorizzazione della possibile funzione conservativa del concordato preventivo, ha consentito di riconoscere natura prededucibile anche ai crediti derivanti da obbligazioni sorte in costanza di quest'ultima procedura, qualora la gestione dell'impresa sia prevista nella proposta quale modalità necessariamente dedotta in concreto per la migliore realizzazione dell'azienda nella sua unità operativa e formi oggetto del decreto di ammissione ed, infine, di valutazione da parte dei creditori e del Tribunale nella sede del processo di omologazione¹²².

Successivamente, la Suprema Corte ha, quindi, espressamente affermato l'astratta compatibilità di una gestione dell'impresa a fini conservativi di valori per una più proficua liquidazione con il concordato preventivo con cessione di beni¹²³ ed esteso, poi, tale giudizio a qualsiasi

¹²⁰ Cassazione Civile, 17 gennaio 1978, n. 193, in *Giur. it.*, 1978, I, 1, 1466 ; Cassazione Civile, 9 novembre 1977, n. 4794, in *Giur. it.*, 1978, I, 1, 463; Cassazione Civile, 28 ottobre 1976, n. 3943, cit

¹²¹ Cassazione Civile, 27 ottobre 1995, n. 11216, in *Fallimento*, 1996, 529, con nota di MARCHETTI, *Consecuzione di procedimenti e prededucibilità del credito*; Cassazione Civile, 3 ottobre 1983, n. 5753, cit.; Cassazione Civile, 19 agosto 1983, n. 5402, cit

¹²² Cassazione Civile, 27 ottobre 1995, n. 11216, cit.

¹²³ Cassazione Civile, 5 agosto 1996, n. 7140, in *Fallimento*, 1997, 269, con nota di FABIANI, *Somministrazione e prededuzione: chiusura con spiragli nel concordato preventivo*.

forma di concordato preventivo, non potendosi escludere che la gestione dell'impresa possa costituire una modalità essenziale di realizzazione di ogni forma concordataria¹²⁴.

La Suprema Corte, inoltre, ha, per un verso, ribadito l'equiparabilità, secondo una valutazione da effettuarsi in concreto sulla base dei menzionati criteri, dei crediti sorti durante il concordato preventivo con quelli sorti durante l'amministrazione controllata, ai fini del loro pagamento in prededuzione ai sensi dell'art. 111, n. 1 L.F., estensivamente interpretato nel senso di qualificare quali spese di procedura (di continuazione dell'esercizio dell'impresa) anche le spese di gestione; per altro verso, ha altresì, sottolineato - come ribadito anche dalle sentenze in esame - che il beneficio della prededucibilità va circoscritto ai crediti relativi a spese che presentino carattere di utilità per la massa dei creditori, in relazione alle finalità della procedura¹²⁵.

Ovviamente, tali acquisizioni sono state favorite dal fertile terreno arato dall'elaborazione della prevalente dottrina, la quale ha insistentemente denunciato l'irragionevole esclusione dal novero dei debiti di massa dei crediti sorti durante il concordato preventivo e l'arbitraria differenziazione del regime di questi ultimi rispetto a quelli sorti nell'amministrazione controllata¹²⁶.

¹²⁴ Cassazione Civile, 12 marzo 1999, n. 2192, in *Fallimento*, 2000, 370, con nota di RAGO, *Prededucibilità nel fallimento dei debiti contratti durante il concordato preventivo*.

¹²⁵ Cassazione Civile, 9 settembre 2002, n. 13056, in *Fallimento*, 2003, 1145, con nota di SIGNORELLI, *Natura del credito del mutuante per deposito delle spese di concordato*.

¹²⁶ DI MARCO, *La consecuzione dei procedimenti concorsuali*, in *Dir. fall.*, 1953, I, p. 283 ss.; SAPIENZA, *Conversione e consecuzione dei procedimenti concorsuali*, Milano, 1958; PROVINCIALI, *Manuale di diritto fallimentare*, Milano, 1969, p. 2164 ss.; LO CASCIO, *Sulla prededucibilità dei crediti nel fallimento*, in *Giur. comm.*, 1975, I, p. 347; VITALE, *I debiti della massa nel fallimento: individuazione delle fattispecie*, Milano, 1975; LO CASCIO, *Ancora sulla prededuzione: nuove incertezze nella giurisprudenza*, cit., 141 ss.; BONSIGNORI, *Concordato preventivo* (artt. 160-186), in *Commentario alla legge fallimentare*, a cura di SCIALOJA-BRANCA, Bologna, 1979, p. 287 ss.; BONSIGNORI, *Nessuna prededuzione nel concordato preventivo?*, in *Dir. fall.*, 1980, II, p. 197; PACCHI PESUCCI, *Concordato preventivo e prededuzione*, in *Giur. comm.*, 1980, I, 575; PACCHI PESUCCI, *Continuazione dell'impresa nel concordato preventivo e prededuzione*, in *Giur. comm.*, 1986, I, p. 87; BONFATTI, *Procedure concorsuali minori e prededuzione*, in *Giur. comm.*, I, 857; CENSONI, *Gli effetti del concordato preventivo sui rapporti giuridici preesistenti*, Milano, 1988, P. 107 ss.; PROVINCIALI-RAGUSA MAGGIORE, *Istituzioni di diritto fallimentare*, Padova, 1988, p. 854; APICE, *Prededucibilità dei crediti sorti in pendenza di concordato preventivo*, in *Fallimento*, 1988, p. 949; SANDULLI, *La tutela dei crediti di massa nelle procedure concorsuali minori*, in *Dir. fall.*, 1990, I, p. 441; D'ALESSANDRO, *Continuazione dell'impresa nelle procedure concorsuali e nuove erogazioni di*

In particolare, in dottrina, la prededuzione dei crediti sorti durante il concordato preventivo nel fallimento consecutivo è stata motivata partendo dal dettato dell'art. 167 L.F., che, interpretato coerentemente con la teoria della consecuzione delle procedure, renderebbe tali crediti opponibili ai creditori anteriori anche in caso di successivo fallimento, sempre che, qualora abbiano titolo in atti eccedenti l'ordinaria amministrazione, siano autorizzati dal giudice delegato ai sensi del secondo comma del medesimo articolo¹²⁷.

Invero, pienamente condivisibile è l'assunto che l'assimilazione di tali crediti a quelli di massa si sarebbe imposto, in ogni caso, in considerazione sia dell'unitarietà delle due procedure concorsuali, fondata sulla predetta teoria della consecuzione, tale da imporre la conservazione delle posizioni giuridiche acquisite nei confronti della massa dei creditori¹²⁸, sia della destinazione dell'attività svolta durante il concordato preventivo a vantaggio della procedura e, dunque, anche dei creditori anteriori, da apprezzarsi in termini di oggettiva potenzialità.

Al riguardo, l'obiezione rappresentata dalla non inerenza dei crediti alle attività degli organi procedura è stata superata attraverso la evidenziazione del ruolo rivestito dagli organi della procedura nella gestione del patrimonio del debitore, idoneo a consentire l'imputazione degli effetti degli atti posti in essere alla procedura e non al singolo imprenditore¹²⁹.

E' stato, altresì, sottolineato che l'art. 111 L.F. non costituirebbe una norma eccezionale, ma troverebbe i suoi omologhi negli artt. 2755 e 2770 c.c., i quali disciplinano i diritti a collocazione preferenziale per atti conservativi e

credito, in *Dir. Fall.*, 1992, I, p. 519; D'ALESSANDRO, *Procedure concorsuali «consecutive» e prededuzione*, in *Giust. civ.*, 1992, II, p. 149; FERRARA-BORGIOLI, *Il fallimento*, Milano, 1995, p. 700 ss.; ALESSI, *La prededuzione nel fallimento dei debiti sorti durante il concordato preventivo*, in *Dir. fall.*, 1996, I, p. 606; PAJARDI, *Manuale di diritto fallimentare*, a cura di BOCCHIOLA - PALUCHOWSKI, Milano, 2002, p. 720 ss..

¹²⁷ DI MARCO, op. cit., p. 283; LO CASCIO, *Sulla prededucibilità dei crediti nel fallimento*, cit., 359 ss.; SANDULLI, op. cit., 449 ss.; D'ALESSANDRO, *Continuazione dell'impresa nelle procedure concorsuali e nuove erogazioni di credito*, cit., 526 ss.

¹²⁸ FERRARA-BORGIOLI, op. cit., 696

¹²⁹ DI MARCO, op. cit., 318; CENSONI, op. cit., 121 ss

di espropriazione¹³⁰.

Muovendo, quindi, dall'assunto, desumibile anche dall'art. 167 L.F., che la continuazione dell'impresa è compatibile con la struttura e la funzione del concordato preventivo, nonché dal rilievo pubblicistico del mantenimento e/o del recupero dell'impresa in crisi, in quanto fenomeno che interessa, oltre che l'imprenditore, l'intera collettività, è stata, poi, avanzata la tesi della prededuzione come strumento di governo della crisi, che assimilerebbe, i crediti sorti nel concordato preventivo a quelli sorti nell'amministrazione controllata in relazione alle finalità conservative dei valori che l'impresa può produrre, comuni ad entrambe le procedure¹³¹.

All'interno di tale orientamento interpretativo, può distinguersi, poi, la posizione di coloro che consideravano prededucibili i crediti sorti anche dopo l'omologazione¹³² da quella di coloro che ritenevano, invece, che la sentenza di omologazione, restituendo all'imprenditore il libero esercizio della sua impresa e la completa disponibilità dei suoi beni e sottraendolo al potere di vigilanza e di direzione degli organi della procedura, facesse venir meno l'opponibilità ai crediti anteriori (e, quindi, la prededucibilità) dei nuovi crediti¹³³.

Tali essendo gli orientamenti dottrinari prevalenti, non può, in ogni caso sottacersi che gli stessi non erano assolutamente pacifici e condivisi, in quanto autorevole dottrina aveva, invece, sostenuto la opposta tesi della non prededucibilità dei crediti sorti durante il concordato preventivo, fondata, in alcuni casi, sulla negazione di validità della teoria della consecuzione, tale da condurre all'esclusione della prededuzione anche per i crediti sorti durante

¹³⁰ BONSIGNORI, *Nessuna prededuzione nel concordato preventivo?*, cit., p. 200; SCHIAVONE, *Prededucibilità dei debiti contratti durante le procedure prefallimentari*, in *Fallimento*, 1993, p. 1153 ss.

¹³¹ PACCHI PESUCCI, *Concordato preventivo e prededuzione*, cit., p. 87; Sottolineano la presenza nel concordato preventivo di un aspetto gestorio-conservativo dell'impresa, analogo a quello ricorrente nell'amministrazione controllata e all'esercizio provvisorio, essenziale per mantenere efficiente l'impresa stessa nell'interesse dei creditori al fine di mantenere integro il suo valore e non ridurre la percentuale prevista per i creditori chirografari, LO CASCIO, *Sulla prededucibilità dei crediti nel fallimento*, cit., 352 ss.; APICE, op. cit., p. 950 ss.; ALESSI, op. cit., p. 608 ss.

¹³² PROVINCIALI, *Trattato di diritto fallimentare*, Milano, 1974, p. 2263.

¹³³ LO CASCIO, *Sulla prededucibilità dei crediti nel fallimento*, cit., p. 363.

l'amministrazione controllata¹³⁴, in altri, sull'asserita assenza di un interesse dei creditori concorsuali alla procedura concordataria, in quanto destinata unicamente, in caso di esito favorevole, ad arrecare vantaggi esclusivamente al debitore, in considerazione della invariabilità della percentuale della nuova ricchezza realizzata spettante ai suoi creditori¹³⁵.

All'interno di questo minoritario orientamento era stata anche rilevata la non decisività dell'argomento desunto dall'art. 167 L.F. al fine di dimostrare il diritto alla prededuzione dei creditori derivanti da operazioni regolari poste durante il concordato preventivo, in quanto la norma avrebbe sancito solo il diritto dei creditori a concorrere con quelli anteriori sull'attivo realizzato, in tal modo dovendosi intendere il riferimento all'opponibilità dei crediti sorti durante la procedura ivi presente¹³⁶.

Inoltre, era stata sottolineata la eccezionalità della norma contenuta nell'art. 111 L.F. e la sua inapplicabilità ai crediti sorti durante il concordato preventivo in ragione della non riferibilità del credito a decisioni assunte dagli organi della procedura, permanendo la gestione dell'impresa in capo al debitore in difetto dell'effetto dello spossessamento, proprio del fallimento¹³⁷.

Trattasi, invero, di un dibattito, quello sulla prededucibilità nel successivo fallimento dei crediti sorti durante il concordato preventivo, e, in generale, in occasione delle altre cd. minori procedure concorsuali, che sebbene, come si vedrà, ha subito un'ulteriore spinta verso il definitivo

¹³⁴ DE MARTINI, *Debiti contratti durante il concordato preventivo o l'amministrazione controllata e fallimento sopravvenuto*, in *Riv. dir. comm.*, 1956, p. 453 ss.; MICHELI, *Amministrazione controllata concordato preventivo e fallimento (per la nozione di processo concorsuale)*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1960, p. 1402 ss.; SIRACUSA, *La prededucibilità nel successivo fallimento dei crediti sorti in amministrazione controllata e concordato preventivo*, in *Giust. civ.*, 1984, II, 153 ss.; LANFRANCHI, *Uso «alternativo» delle procedure concorsuali, amministrazione controllata e prededucibilità dei crediti*, in *Riv. dir. civ.*, 1985, I, 133 ss.

¹³⁵ RAGO, op. cit., 378, il quale evidenzia, altresì, il pericolo, in caso di esito infausto del concordato, del pregiudizio che potrebbe venire arrecato, in conseguenza del depauperamento ulteriore del patrimonio del debitore, alle ragioni dei creditori privilegiati, non ammessi al voto sulla proposta di concordato. L'Autore riconosce carattere prededucibile, invece, ai crediti sorti dopo l'omologazione del concordato preventivo, in quanto derivanti da obbligazioni riconducibili all'operato di un organo della procedura, il liquidatore, e finalizzate alla ottimale liquidazione delle attività

¹³⁶ DE MARTINI, op. cit., p. 453 ss.; RAGO, op. cit., p. 373 ss.

¹³⁷ RAGO, op. cit., p. 378.

riconoscimento della prededuzione dei crediti in parola, tuttavia è ancora vivo ed acceso e sicuramente lontano da una definizione assolutamente pacifica.

1.3 La nuova disciplina dei crediti prededucibili introdotta con la riforma del 2006

1.3.1 La nuova disciplina sostanziale dei crediti prededucibili

La riforma organica della legge fallimentare, introdotta con il D.Lgs.9 gennaio 2006, n. 5, ha modificato la disciplina sostanziale e processuale dei crediti prededucibili, recependo, in sostanza, le prevalenti evoluzioni dottrinarie e giurisprudenziali, elaborate nel corso degli anni, in difetto di espresse previsioni normative.

In particolare, dal punto di vista sostanziale, il Legislatore nel modificare l'art. 111 L.F., non solo al comma I, n. 1, fa espresso riferimento alla categoria dei crediti prededucibili, ma al comma II, finalmente dà una definizione di tali crediti, qualificando come tali quelli *“così definiti da una specifica disposizione di legge”* nonché quelli *“sorti in occasione o in funzione delle procedure concorsuali di cui alla presente legge”*.

Dunque, per un verso con tale disposizione il Legislatore ha chiarito che beneficiano della prededuzione nel successivo fallimento i crediti sorti in relazione a qualsiasi procedura che rivesta carattere concorsuale; per altro verso, mentre il riferimento a crediti prededucibili definiti come tali dalla legge non ha suscitato particolari problemi interpretativi, un dilemma ermeneutico, rispetto al nuovo testo normativo, si è posto rispetto al significato dell'espressione *“crediti sorti in occasione od in funzione delle procedure concorsuali di cui alla presente legge”*.

Si riscontrano, infatti, sia in dottrina che in giurisprudenza, orientamenti che pervengono ad opposte conclusioni.

Da un lato, i sostenitori della tesi c.d. restrittiva - sul presupposto che l'estensione del beneficio ai crediti sorti anteriormente alle procedure

concorsuali, seppur legati ad esse da un nesso di funzionalità, renderebbe agevole per il debitore il compimento di atti distrattivi del patrimonio destinato alla soddisfazione dei creditori concorsuali, al di fuori del controllo degli organi della procedura - riconducono la presenza delle distinte locuzioni ad una presunta imprecisa codificazione degli orientamenti prevalenti ante riforma, e ritengono prededucibili esclusivamente le spese e i debiti contratti «*nel corso*» della procedura concorsuale, pervenendo dunque a una interpretazione sostanzialmente abrogatrice della locuzione «*in funzione*»¹³⁸.

Altra parte della dottrina, invece, ha compiuto numerosi i tentativi di fornire un netto criterio distintivo tra crediti sorti “*in occasione*” e crediti sorti “*in funzione*” delle procedure concorsuali, escludendo l’ipotesi che il Legislatore abbia utilizzato termini diversi per indicare un medesimo concetto, per di più servendosi della congiunzione disgiuntiva «*o*», ed intendendo tali locuzioni come non sinonimiche o coincidenti, quanto piuttosto ontologicamente distinte e autonome¹³⁹.

Per i crediti sorti “*in occasione*” (ovvero in collegamento c.d.

¹³⁸ Così BRUSCHETTA, La ripartizione dell'attivo, in *Le riforme della legge fallimentare*, a cura di DIDONE, Torino, 2009, I, p. 1260; BRUSCHETTA, *La nuova disciplina dei crediti prededucibili*, in *Le nuove procedure concorsuali per la prevenzione e la sistemazione delle crisi di impresa*, in *Quaderni di Giurisprudenza Commerciale*, a cura di BONFATTI-FALCONE, Milano, 2006, p. 228 ss.; MARROLLO, *La ripartizione dell'attivo*, in *La riforma organica delle procedure concorsuali*, a cura di BONFATTI-PANZANI, Milano, 2008, p. 503 ss.; In giurisprudenza, Tribunale Milano, 26 maggio 2011, n. 72502, in *Giur. Comm.*, 2013, 1, II, p. 78; Tribunale Terni, 26 aprile 2012, in *Giur. Comm.*, I, 7316, 18 giugno 2012; Tribunale Terni, 22 marzo 2012, in www.ilcaso.it; Tribunale Pistoia, 24 ottobre 2011, in www.ilcaso.it; Tribunale Terni, decr., 13 giugno 2011, in *Fallimento*, 2011, 11, p. 1339; Tribunale Udine, 15 ottobre 2008, in *Fallimento*, 2009, p. 1414; Tribunale Firenze, 26 marzo 2008, in *Il Foro toscano*, 2008, 2, 168 ss., secondo il quale «nulla induce a ritenere (ed anzi la logica e perfino il buon senso lo escludono) che con tale locuzione la norma abbia voluto aprire la porta ai debiti sorti prima dell'apertura della procedura concordataria, col che si sarebbe legittimato l'accesso alla prededuzione ad una vera e propria valanga di crediti, nati per la sola iniziativa dell'imprenditore e (non lo si potrebbe escludere) magari finalizzati proprio a pregiudicare le ragioni dei creditori anteriori».

¹³⁹ BOGGIO, *Crediti sorti “in funzione” del concordato preventivo: prededuzione[...]ma non troppo*, in *Fallimento*, 2009, 1417, nota a Tribunale Udine, 15 ottobre 2008 e Tribunale Milano, 20 agosto 2009; AMBROSINI, *Il fallimento*, in *Trattato di diritto commerciale*, diretto da COTTINO, XI, 2, Padova, 2009, p. 661 ss.; LIMITONE, voce *Prededuzione*, in *Le insinuazioni al passivo*, a cura di FERRO, IV, Padova, 2006, p. 117. In giurisprudenza, Tribunale Padova, 26 marzo 2013, in www.ilcaso.it; Tribunale Padova, 11 febbraio 2013, in www.ilcaso.it; Tribunale Milano, 20 agosto 2009, in *Fallimento*, 2009, p. 1413; Tribunale Treviso, 16 giugno 2008, in *Fallimento*, 2008, p. 1209; Cassazione Civile, 10 maggio 2012, n. 7166, in www.ilcaso.it; Cassazione Civile, 5 marzo 2012, n. 3402, in *Giust. civ. Mass.*, 2012, 3, 271; Cassazione Civile 14 febbraio 2011, n. 3582, in *Giust. civ. Mass.*, 2011, 2, p. 238; Tribunale Reggio Emilia, 14 giugno 2012, in www.ilcaso.it; Tribunale Prato, 14 giugno 2012, in www.ilcaso.it; Tribunale Prato, 24 giugno 2011, in www.ilcaso.it.

occasionale), quindi, rileva in primo luogo il dato cronologico che vede il fatto costitutivo dell'obbligazione perfezionarsi successivamente all'inizio della procedura.

In secondo luogo, come precisa la giurisprudenza di legittimità¹⁴⁰, si richiede la riferibilità dell'obbligazione agli organi della procedura e, dunque, l'assoggettamento ad un vaglio degli stessi.

Guardando, in prima battuta, ai crediti sorti in occasione della procedura fallimentare, vi sono inclusi, oltre alle spese di procedura, i crediti sorti da negozi stipulati dal curatore (ad esempio i compensi dovuti a professionisti, legali etc. incaricati dalla procedura), i crediti sorti nel corso dell'esercizio provvisorio, i crediti risarcitori derivanti da condotte colpose degli organi della procedura ovvero dall'occupazione, anche incolpevole, di immobili di terzi, i crediti relativi a tributi i cui presupposti siano maturati durante la procedura, le spese legali liquidate in favore di terzi risultati vittoriosi in giudizi cui abbia partecipato il fallimento.

La circostanza che l'atto o fatto generatore dell'obbligazione sia posto in essere da organi della procedura ovvero sotto la loro vigilanza, giustifica il riconoscimento della prededuzione sulla base di una valutazione ex ante e presuntiva di rispondenza dell'obbligazione all'interesse della massa, rispetto alla quale appare ininfluyente, poi, l'effettivo conseguimento o meno di un risultato utile per la massa dei creditori¹⁴¹; il che, tra l'altro, conferma che il collegamento occasionale è del tutto autonomo dal collegamento funzionale, tanto da reputarsi scorretta la ricerca di una concreta funzionalità agli interessi della procedura di obbligazioni sorte in occasione della procedura¹⁴².

Passando all'esame dei crediti "*in funzione*" (o in collegamento funzionale), può osservarsi che questi ultimi sono quelli nascenti da attività - anche di soggetti terzi rispetto alla procedura ed anche svolte anteriormente

¹⁴⁰ Cassazione Civile, 24 gennaio 2014, n. 1513 in *Giur. It.*, 2014, 7, 1652.

¹⁴¹ CALÒ, in *Le procedure concorsuali*, a cura di CAIAFA, Padova, 2011, p. 1034

¹⁴² SPADARO, *La prededucibilità dei crediti professionali sorti in funzione di una procedura minore nel fallimento consecutivo: tra adeguatezza funzionale e utilità per i creditori*, nota a Cassazione Civile, , 13 dicembre 2013, n. 27926, in *Fallimento*, 2014, p. 542.

all'inizio della procedura concorsuale - destinate ad avvantaggiare il ceto creditorio.

La nozione normativa consente di includervi, dunque, i crediti sorti prima dell'inizio di procedure concorsuali cd. minori, al fine della loro preparazione e instaurazione.

In tale ambito si collocano, infatti, le attività professionali svolte al fine di rendere possibile l'inizio della procedura quali il deposito del ricorso, la redazione delle attestazioni, l'assistenza nella preparazione di piano e proposta, la predisposizione di perizie estimative.

L'interpretazione del criterio di collegamento funzionale deve partire dal dato testuale che identifica una natura teleologica del criterio stesso, per confrontarsi con la questione se il fine ultimo dell'obbligazione di cui si discute sia quello, semplicemente, dell'accesso alla procedura concorsuale o se invece detto fine debba essere ricercato, in chiave sistematica, direttamente nel vantaggio economico del ceto creditorio.

La Corte di cassazione ha assunto un iniziale orientamento restrittivo richiedendo per il riconoscimento della prededucibilità dei crediti funzionali, oltre al nesso strumentale con la procedura concorsuale in preparazione, la verifica dell'ulteriore profilo della rispondenza dell'atto/fatto genetico agli interessi dei creditori.

In particolare, secondo Cassazione Civile, 13 dicembre 2013, n. 27926, *“il necessario collegamento occasionale o funzionale con la procedura concorsuale, ora menzionato dalla L.F., art. 111, va inteso non soltanto con riferimento al nesso tra l'insorgere del credito e gli scopi della procedura, ma anche con riguardo alla circostanza che il pagamento del credito, ancorché avente natura concorsuale, rientri negli interessi della massa e dunque risponda agli scopi della stessa, in quanto utile alla gestione fallimentare”* ed ancora *“può essere riconosciuta la collocazione in prededuzione nella misura in cui le relative prestazioni si pongano in rapporto di adeguatezza funzionale con le necessità risanatorie dell'impresa e siano state in concreto utili per i*

*creditori, per aver loro consentito una sia pur contenuta realizzazione dei crediti*¹⁴³.

Tale prospettiva risulta decisamente abbandonata dai più recenti arresti giurisprudenziali, i quali hanno negato la necessità di tale ulteriore verifica per la considerazione che essa non trova riscontro nel tenore letterale della norma¹⁴⁴.

Il criterio della funzionalità, posto dal Legislatore a fondamento della prededuzione, contiene in sé una precisa tipizzazione dell'interesse della massa che, in senso lato, giustifica il particolare trattamento riservato a tali crediti.

In altri termini, potrebbe osservarsi che il Legislatore ha valutato che l'essere il credito sorto al fine di rendere possibile l'avvio della procedura concorsuale, di per sé evidenzerebbe indirettamente la sua rispondenza all'interesse dell'intero ceto creditorio.

I nuovi e generici criteri di individuazione dei crediti prededucibili cristallizzati nel modificato art. 111 L.F. hanno, quindi, consentito il definitivo riconoscimento dell'istituto della prededuzione anche nell'ambito delle procedure concorsuali diverse dal fallimento e, in particolare, nell'ambito del concordato preventivo, stante la soppressione dell'istituto dell'amministrazione controllata, disposta con l'art. 147, comma I, D.Lgs 5/2006, essendo tale ultimo istituto, divenuto ormai superfluo sia in considerazione della diversa funzione assegnata al concordato preventivo sia, in particolare, all'idoneità di quest'ultimo a perseguire efficacemente la finalità recuperatoria del complesso aziendale in crisi originariamente assegnata alla prima procedura.

La conferma del riconoscimento della prededucibilità dei crediti sorti nel corso della procedura di concordato preventivo, invero, è stata ravvisata da parte della dottrina anche nella modifica apportata dal D.L. n. 35/2005,

¹⁴³ In senso conforme anche Cassazione, 8 aprile 2013, n. 8534, in *Fallimento*, 2014, 1, 111

¹⁴⁴ Cassazione Civile, 14 marzo 2014, n. 6031, in *Fallimento*, 2014, 5, 516

convertito nella legge 14 maggio 2005, n. 80, all'art. 67, terzo comma, lett. e) L.F., che ha determinato la sottrazione dall'ambito di applicazione dell'azione revocatoria fallimentare degli atti, dei pagamenti e delle garanzie posti in essere in esecuzione del concordato preventivo¹⁴⁵.

Con le riferite modifiche normative, dunque, il Legislatore sembra aver preso decisamente posizione, sposando la tesi della prededuzione dei crediti sorti durante il concordato preventivo, e assimilando, in sostanza, la gestione dell'impresa intrapresa in questa fase con quella realizzata nell'esercizio provvisorio, così recependo, in particolare, l'interpretazione dell'art. 167 L.F. nel senso fatto proprio dalla prevalente dottrina.

Il sacrificio che da tale riconoscimento della prededuzione discende ai creditori anteriori, nell'ottica della finalità della conservazione del complesso produttivo aziendale - in grado, se perseguita con successo, di soddisfare sia l'interesse particolare degli stessi creditori postergati, in relazione all'esatto adempimento degli impegni concordatariamente assunti, sia l'interesse generale delle altre categorie di shareholders e della collettività in generale - si giustifica con il controllo esercitato dagli organi della procedura sull'assunzione di nuove obbligazioni e sulla condotta complessivamente assunta dal debitore¹⁴⁶.

Da predetto sacrificio, tuttavia, sembrano, comunque, doversi ritenere esentati i creditori assistiti da garanzia reale sui beni del debitore, nel rispetto della regola dell'*absolute priority rule*, mantenuta ferma anche nell'attuale concordato preventivo, seppur con il correttivo rappresentato dal limite di capienza del bene gravato dalla garanzia e dalla disponibilità della stessa anche mediante una decisione assunta a maggioranza su un piano di riorganizzazione¹⁴⁷.

Infatti, il nuovo art. 111**bis**, comma III, L.F., prevede espressamente la

¹⁴⁵ ZANICHELLI, *La nuova disciplina del fallimento e delle altre procedure concorsuali*, Torino, 2008, p. 319; CIERVO, *Crediti sorti "in funzione" della procedura concorsuale: solo quelli dell'attestatore sono prededucibili*, in *Giur. Comm.*, 2013, 1, II, 81.

¹⁴⁶ STANGHELLINI, *Le crisi di impresa fra diritto ed economia*, Bologna, 2007, p.278 ss.

¹⁴⁷ STANGHELLINI, *op. cit.*, p. 279.

soddisfazione prioritaria di tali creditori anche in danno dei crediti prededucibili relativamente al ricavato della liquidazione dei beni oggetto della garanzia.

Alla luce, dunque, tanto del dato testuale ricavabile dal modificato art. 111 L.F., quanto dei recenti arresti giurisprudenziali sopra richiamati, appare del tutto condivisibile la tesi dottrina che riconosce la prededuzione non solo per i crediti derivanti da obbligazioni sorte in funzione del concordato preventivo antecedente (ossia da rapporti posti in essere dal debitore concordatario a causa dello svolgimento e della gestione della procedura), ma anche per i crediti derivanti da qualsiasi obbligazione che sia sorta in occasione della procedura medesima, svincolando, così, il carattere della prededuzione dal requisito dell'utilità - quanto meno potenzialmente considerata - per i creditori anteriori¹⁴⁸.

In tal senso, potranno, quindi, ritenersi assistiti dal beneficio della prededuzione anche quei crediti derivanti da rapporti obbligatori non aventi carattere strumentale rispetto alla procedura concordataria, tra cui, in particolare, quelli non aventi fonte negoziale, in relazione sempre a fatti o atti riconducibili all'operato del debitore e, direttamente o indirettamente, degli organi della procedura, quali, ad esempio, il debito per condanna alle spese legali in caso di soccombenza in una lite giudiziaria o il debito risarcitorio per fatto illecito verificatosi nel corso della procedura e in connessione del suo svolgimento.

Dovrà, invece, ritenersi esclusa la prededuzione per quei crediti che, benché accertati in corso di procedura, abbiano titolo in obbligazioni sorte antecedentemente all'ammissione del debitore alla procedura medesima, in quanto la riferibilità del credito allo svolgimento della procedura, richiesta dal requisito dell'occasionalità previsto dal nuovo art. 111 L.F., appare far riferimento al momento cronologico della genesi del credito stesso e non a quello in cui lo stesso è accertato in modo definitivo.

¹⁴⁸ STANGHELLINI, op. cit., p. 289 e ss.

1.3.2. La nuova disciplina processuale introdotta dall'art. 111bis

Con la riforma organica della legge fallimentare del 2006, il Legislatore ha finalmente colmato la lacuna normativa esistente con riferimento alla disciplina processuale dei crediti prededucibili, dedicando alla stessa un'apposita disposizione, vale a dire l'art. 111bis, rubricato "Disciplina dei crediti prededucibili", composto da quattro commi, ed assicurandone l'operatività anche con le modifiche introdotte agli artt. 51 (espressa estensione anche ai crediti prededucibili la regola dell'inammissibilità e dell'improcedibilità delle azioni esecutive e cautelari) e 52 (vigenza anche per i crediti prededucibili delle regole del c.d. concorso formale) L.F..

1.3.2.1 I crediti prededucibili contestati

L'articolo 111bis, comma 1, L.F., assegna ai crediti prededucibili, di regola, la stessa tutela dichiarativa riservata agli altri crediti disponendo che il diritto al concorso di tali crediti venga verificato nel giudizio di accertamento del passivo, secondo quanto stabiliscono le norme del capo V della legge fallimentare.

La regola generale non vige – e dunque la previa ammissione al passivo del credito prededucibile non è necessaria – nell'ipotesi in cui il credito non sia contestato né sotto il profilo dell'esistenza, né sotto il profilo dell'ammontare né, evidentemente, sotto il profilo del rango (prededucibile)¹⁴⁹.

L'esenzione dal procedimento di accertamento del passivo vige inoltre per il credito prededucibile sorto a titolo di compenso in capo agli incaricati della procedura, per effetto di un provvedimento di liquidazione del giudice delegato ai sensi dell'art. 25 L.F., anche ove il credito sia contestato sotto il

¹⁴⁹ LAMANNA, *Il nuovo procedimento di accertamento del passivo*, Milano, 2006, p. 232.

profilo dell'esistenza o dell'ammontare (e non sotto profilo della prededucibilità, perché questi crediti ove esistenti sono indiscutibilmente prededucibili): in tale ipotesi, la sede processuale in cui la contestazione può essere formulata e decisa è il giudizio di cui all'art. 26 L.F.¹⁵⁰.

La regola generale sancita nell'art. 111**bis** L.F., ed enunciata anche nell'art. 52 L.F., costituisce, evidentemente, la traduzione in norma di quel diffuso orientamento dottrinale e giurisprudenziale formatosi anteriormente alla riforma, nel silenzio della legge sul punto, già analizzato in precedenza¹⁵¹.

È una disciplina processuale coerente con la natura sostanziale dei crediti prededucibili, laddove si consideri, come osservato a più riprese che trattasi di crediti verso il fallito, assunti dall'amministrazione fallimentare come propri, dunque di crediti concorrenti al pari di tutti gli altri crediti verso il fallito¹⁵².

La necessità dell'accertamento, di regola, del diritto al concorso dei crediti prededucibili nel giudizio di verifica del passivo costituisce senza dubbio la soluzione più garantista per i creditori, perché assicura una piena attuazione del principio del contraddittorio¹⁵³.

È evidente, d'altronde, l'interesse dell'intero ceto creditorio ad esercitare un controllo sulla ammissione al passivo di crediti prededucibili, potendo i creditori concorsuali anche impugnare il decreto di ammissione al passivo di un credito prededucibile, secondo quanto consente il vigente art. 98, comma 3, L.F.¹⁵⁴.

L'applicazione ai crediti prededucibili della disciplina processuale dettata nel capo V della legge fallimentare, tuttavia, solleva problemi interpretativi dovuti alle peculiarità di questa categoria di crediti.

La giurisprudenza, infatti, ha già dovuto affrontare il problema della

¹⁵⁰ TRINCHI, sub art. 111 bis, in *Commentario alla legge fallimentare*, diretto da CAVALLINI, Milano, 2010, p. 1228.

¹⁵¹ Cfr. Paragrafo 1.2.3.2

¹⁵² LAMANNA, op. cit., p. 235.

¹⁵³ TRINCHI, op. cit., p. 1228

¹⁵⁴ LIMITONE, sub art. 111 bis L.F., in *La legge fallimentare. Commentario teorico pratico*, a cura di FERRO, Padova, 2007, p. 884

individuazione della disciplina processuale applicabile al credito la cui prededucibilità sia sopravvenuta in corso di procedura.

Benvero, può accadere che un credito (sorto prima della sentenza dichiarativa di fallimento, in relazione a prestazioni effettuate a favore del fallito nell'ambito di un rapporto di durata), ammesso al passivo al chirografo, divenga poi prededucibile, in corso di procedura, *ex art. 74 L.F.*, per effetto del successivo subentro della amministrazione fallimentare in tale rapporto di durata.

La Suprema Corte ritiene in proposito – con una decisione pienamente condivisibile¹⁵⁵ – che la domanda tardiva di ammissione al passivo in prededucazione sia ammissibile, a ciò non ostando il precedente decreto di ammissione al passivo come credito concorsuale chirografario.

È questo un caso in cui, successivamente alla intervenuta irretrattabilità del decreto di ammissione al passivo, prosegue “*un rapporto tra le parti, in relazione al quale entrambe o una di esse siano titolari di un potere di modificazione, esercitabile*”¹⁵⁶ sul piano del diritto sostanziale: la prededucibilità del credito, sopravvenuta per effetto di una determinazione degli organi della procedura, resta così sottratta agli effetti preclusivi di quel decreto, che coprono solo “*il riesame e la deduzione di elementi anteriori*” e non invece “*nuovi e posteriori eventi, i quali incidano sul modo di essere del diritto deciso*”¹⁵⁷.

Altro dubbio interpretativo riguarda la vigenza o meno anche per i titolari dei crediti prededucibili dell'onere, disposto nell'art. 93, comma 3, n. 4, L.F., di indicare l'eventuale titolo di prelazione, al cui mancato assolvimento predetta norma riconnette l'ammissione al chirografo.

Il problema si pone perché, come è noto, l'art. 111*bis*, u. c., L.F., – recependo l'orientamento consolidatosi prima della riforma organica della

¹⁵⁵ Cassazione Civile, 19 ottobre 2007, n. 22013, in *Giust. civ. Mass.* 2007, 10. In dottrina, DE SIMONE, *L'insinuazione tardiva di crediti di lavoro*, in *Fallimento*, 2012, p. 309 ss.

¹⁵⁶ CAPONI, *L'efficacia del giudicato civile nel tempo*, Milano 1991, p. 133.

¹⁵⁷ MENCHINI, *Il giudicato civile*, Torino 2002, p. 234

legge fallimentare nel silenzio della Legislatore sul punto¹⁵⁸ – stabilisce che, in caso di insufficienza dell'attivo alla soddisfazione integrale di tutti i crediti prededucibili, la distribuzione debba avvenire “*secondo i criteri della graduazione e della proporzionalità, conformemente all'ordine assegnato dalla legge*”.

È dunque possibile che si debba procedere ad una graduazione fra crediti prededucibili, per effettuare la quale è necessario assegnare anche ad essi il rango di chirografario ovvero di privilegiato.

La soluzione positiva del quesito (e dunque l'imposizione dell'assolvimento dell'onere sancito nell'art. 93, comma 3, n. 4, L.F.) può ricavarsi dal tenore letterale della legge, posto che art. 111*bis*, comma I, L.F., stabilisce che l'accertamento dei crediti prededucibili debba svolgersi secondo le modalità di cui al capo V della legge fallimentare, dunque, evidentemente, nel rispetto anche di quanto disposto all'art. 93 L.F..

Tuttavia, in proposito, può osservarsi che allorquando si debba procedere ad una graduazione tra crediti prededucibili, alcuni tra essi potrebbero essere stati qualificati come tali con decreto del giudice delegato, ovvero, su autorizzazione del comitato dei creditori e, pertanto, non essendo stati accertati con le modalità di cui al capo V della legge fallimentare, non né è nota la natura privilegiata o chirografaria, non essendo stato assolto l'onere di cui all'art. 93, comma 3, n. 4.

In tal caso, dunque, dovrà essere il curatore, nel progetto di riparto, a verificare la qualità privilegiata o chirografaria del credito ed ogni eventuale controversia sul punto non potrà che essere definita in seguito a giudizio di reclamo *ex art.* 36 L.F..

Altro dubbio interpretativo circa il rapporto tra la disciplina generale relativa all'accertamento del passivo ed i crediti prededucibili che a tale disciplina devono soggiacere, sorge con riferimento alla circostanza che i crediti prededucibili possono venire ad esistenza lungo tutto il corso della

¹⁵⁸ Cfr. Paragrafo 1.2.3.3.

procedura fallimentare e che una tale caratteristica può entrare in conflitto con il dettato dell'articolo 101, u.c., L.F., nella parte in cui subordina l'ammissibilità delle domande tardive depositate oltre il termine di 12 mesi dal deposito del decreto di esecutività dello stato passivo (o di 18 mesi in caso di proroga disposta dal Tribunale per procedure particolarmente complesse) alla prova, da parte dell'istante, della non imputabilità del ritardo.

E' evidente che allorquando un credito prededucibile sorga oltre il termine di cui all'art. 101 L.F. non esiste alcun ritardo imputabile.

Conseguentemente, la domanda ultratardiva che abbia ad oggetto un credito prededucibile, sorto in corso di procedura e dopo lo scadere di quel termine, dovrà necessariamente considerarsi ammissibile, senza che occorra fornire alcuna prova in termini di incolpevolezza del ritardo¹⁵⁹.

1.3.2.2 I crediti prededucibili non contestati

L'articolo 111*bis*, comma I, L.F., esclude per i crediti prededucibili non contestati il necessario accertamento ai sensi delle disposizioni di cui al Titolo V della legge fallimentare.

In assenza, quindi, di disposizioni specifiche in ordine all'accertamento di predetti crediti, il Legislatore sembra aver riconosciuto al provvedimento del comitato dei creditori o del giudice delegato di cui al comma 3 dell'art. 111*bis* la funzione esclusivamente satisfattiva di autorizzare il curatore al pagamento dei crediti prededucibili non contestati al di fuori del procedimento di riparto¹⁶⁰.

Sembra, quindi, che sia stata normativamente recepita l'opinione di autorevole dottrina che, in punto di crediti prededucibili non contestati,

¹⁵⁹ BONFATTI-CENSONI, *Manuale di diritto fallimentare*, Padova, 2009, p. 404; LIMITONE, op. cit., p. 885; TRINCHI, op. cit., p. 1229; MARINONI, *La ripartizione del ricavato nel fallimento dopo la riforma*, in *Giur. comm.* 2008, p. 667; COPPOLA, sub art. 111 bis, in *La legge fallimentare dopo la riforma*, a cura di NIGRO-SANDULLI-SANTORO, Torino, 2010, p. 1564.

¹⁶⁰ BOZZA, *La ripartizione dell'attivo*, in *Il nuovo diritto fallimentare*, diretto da JORIO-FABIANI, Bologna, 2010, p. 641.

sosteneva che allorquando il curatore avesse previsto di soddisfare i crediti prededucibili in sede di riparto per incapacienza dell'attivo, il provvedimento di autorizzazione al pagamento reso dal giudice delegato non sarebbe stato necessario: il credito prededucibile non contestato sarebbe nato già "titolato" e, in quanto tale, avrebbe avuto accesso diretto ai piani di riparto¹⁶¹.

Tuttavia, non può non osservarsi che mancano nell'attuale disciplina legislativa i criteri in virtù dei quali identificare i crediti prededucibili non contestati e "titolati", il che, evidentemente, genera molteplici incertezze sia con riferimento ai soggetti che potrebbero contestare tali crediti, sia con riferimento alla sede ed al tempo in cui sarebbe possibile manifestare tale contestazione¹⁶².

Tra l'altro, appare difficoltoso anche valutare lo stesso carattere contestato o non contestato di alcuni crediti prededucibili.

Probabilmente, infatti, non possano considerarsi contestati, quindi vincolati al giudizio di accertamento del passivo, i soli crediti prededucibili sorti prima della dichiarazione di fallimento (nel corso di una procedura minore o meno); anche un credito prededucibile sorto nel corso del fallimento, per effetto di atti posti in essere dagli organi della procedura, ben potrebbe essere contestato, così come un credito sorto nel corso di una procedura minore potrebbe risultare non contestato nel successivo fallimento¹⁶³.

La contestazione, invero, potenzialmente investe tutti i crediti

¹⁶¹ MONTANARI, *I procedimenti di liquidazione e ripartizione dell'attivo fallimentare*, Padova 1995, p. 462.

¹⁶² ZANICHELLI, *La nuova disciplina del fallimento e delle altre procedure concorsuali*, Torino 2008, p. 322; LAMANNA, op. cit., p. 233.

¹⁶³ BASSI, *L'illusione della prededuzione*, in *Giur Comm* 2011, III, p. 344, il quale ha rilevato in modo pienamente condivisibile, per esempio, che i crediti sorti prima della sentenza dichiarativa di fallimento e "derivanti da finanziamenti effettuati in funzione della presentazione della domanda di concordato o dell'accordo di ristrutturazione, e i crediti del professionista incaricato di redigere la relazione, devono essere riconosciuti come tali nel provvedimento del Tribunale che ammette il concordato, o omologa l'accordo. La domanda che ci dobbiamo porre è dunque se il riconoscimento del Tribunale nel provvedimento di ammissione o di omologazione impedisca al curatore e al giudice delegato del successivo fallimento, nella verifica del passivo, di avanzare dubbi (che, per la verità, allo stato non si riesce a prevedere quali possano essere) sul loro rango di crediti prededucibili e sul loro ammontare; se, al limite, il riconoscimento del Tribunale in sede di concordato o accordi di ristrutturazione, non renda in qualche modo superflua la loro verifica; e se, infine l'accertamento del Tribunale sopravviva alla mancata omologazione o alla interruzione dell'iter della procedura".

prededucibili e può provenire da un vasto numero di soggetti con l'effetto di generare una situazione di costante incertezza.

Ed infatti, quanto alla legittimazione attiva alla contestazione, non vi è dubbio che essa spetti al curatore, il quale può manifestarla in via informale, ovvero per fatti concludenti, ad esempio, attraverso l'astensione dal richiedere *ex art. 111bis*, comma 3, L.F., al comitato dei creditori o al giudice delegato l'autorizzazione al pagamento dei crediti prededucibili al di fuori dei piani di riparto, pur non correndosi rischi di incapacienza., ovvero, attraverso il mancato inserimento del credito prededucibile nei piani di riparto, ovvero, ancora, attraverso la sua inclusione per un importo o per una collocazione diversi rispetto alle aspettative del creditore.

Altri legittimati alla contestazione sono, senz'altro, il comitato dei creditori o il giudice delegato, allorché neghino l'autorizzazione alla soddisfazione del credito prededucibile al di fuori dei riparti¹⁶⁴.

Il giudice delegato, inoltre, potrebbe manifestare la contestazione *ex art. 36 L.F.* se a tanto sollecitato dai creditori¹⁶⁵ sia se il credito sia stato inserito nei piani di riparto, sia se la soddisfazione al di fuori dei piani di riparto sia stata autorizzata dal comitato dei creditori¹⁶⁶.

In tutti questi casi, ovviamente, la contestazione può emergere anche in fasi avanzate della procedura, ad esempio nella fase del riparto finale.

In tale ultima ipotesi, stando al tenore letterale dell'*art. 111bis*, che riserva lo strumento del reclamo *ex art. 26 L.F.* al solo specifico caso di crediti prededucibili relativi a compensi liquidati ai sensi dell'*art. 25 L.F.*, la sopravvenuta contestazione imporrebbe al titolare del credito pretesamente prededucibile di avviare il procedimento di accertamento con le modalità del capo V della legge fallimentare.

¹⁶⁴ COPPOLA, op cit., p. 1565; TEDIOLI, *La disciplina dei crediti prededucibili*, in *Obbl. e contr.*, 2011, p. 767.

¹⁶⁵ RICCI, *Note sugli organi del fallimento dopo le riforme*, in *Giur. comm.*, 2008, I, p. 187 ss.; CARRATTA, *Liquidazione e ripartizione dell'attivo nel fallimento e tutela giurisdizionale dei diritti*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2008, p. 863.

¹⁶⁶ RIEDI, *La ripartizione delle somme*, in *Il diritto processuale del fallimento*, a cura di VITALONE-CHIMENTI-RIEDI, Torino 2010, p. 332

E' evidente, dunque, per un verso, che il titolare del credito prededucibile contestato è rimasto, sino alla fase del riparto finale, privo di uno strumento atto a consentirgli di sapere tempestivamente se il suo credito era contestato o meno, e per altro verso, che la tutela processuale del credito prededucibile è chiaramente regredita dalla fase del riparto a quella della verifica del passivo.

Tale possibile scenario, potrebbe, dunque, indurre tutti il radicarsi di una prassi in cui tutti i pretesi titolari di crediti prededucibili, nel dubbio, presentino sempre e comunque domanda di ammissione al passivo del fallimento.

L'evenienza appena rappresentata, potrebbe essere esclusa riconoscendo al provvedimento di cui all'art. 111*bis*, comma 3, L.F., la medesima funzione svolta, nella disciplina previgente, dal decreto di prelievo di cui all'articolo 111, comma 2°, 1. fall ("*i prelevamenti indicati al numero uno sono determinati con decreto del giudice delegato*"), vale a dire, quella di creare il diritto alla percezione delle somme in capo ai titolari dei crediti prededucibili¹⁶⁷, attribuendo, in tal modo a predetti provvedimenti una funzione sia di accertamento che satisfattiva.

Così ragionando, il curatore avrebbe sempre l'onere di richiedere al giudice delegato, ovvero al comitato dei creditori, l'autorizzazione di cui all'art. 111*bis*, comma 3, L.F., in modo che questi ultimi possano rendere un provvedimento non decisivo¹⁶⁸, che, se positivo, crea in capo la creditore il diritto alla percezione delle somme e, se negativo, rende contestato il credito prededucibile, con tutte le successive conseguenze in tema di accertamento.

1.3.2.3 I crediti per i compensi degli incaricati dalla procedura

¹⁶⁷ MARINUCCI, *I crediti prededucibili nel fallimento*, Padova 1998, p. 149

¹⁶⁸ MARINUCCI, op. cit., p. 149; In dottrina è stato condivisibilmente osservato che dal provvedimento negativo non scaturisce alcuna preclusione nel giudizio di accertamento del passivo (TRINCHI, op. cit., p. 1226)

L'esenzione dall'accertamento del passivo, sempre ai sensi dell'art. 111*bis* vige anche per i crediti per i compensi degli incaricati della procedura liquidati con decreto del giudice delegato e la contestazione relativa a questi crediti va risolta nell'ambito del procedimento di cui all'art. 26 L.F..

Tale previsione è stata giustamente criticata da molti in dottrina, anche sotto il profilo della violazione dell'art. 3 della Costituzione¹⁶⁹.

Per i crediti in parola, ove contestati, il diritto a percepire le somme in sede di riparto non scaturisce dal decreto di esecutività dello stato passivo, bensì dal decreto reso in esito al procedimento di cui all'art. 26 L.F., che dunque avrà necessariamente ad oggetto il diritto al concorso¹⁷⁰.

D'altra parte, avendo il Legislatore indicato il giudizio *ex art. 26 L.F.* quale sede per la risoluzione delle contestazioni relative a questi crediti, deve escludersi che l'autorizzazione al pagamento degli stessi al di fuori dei piani di riparto possa provenire dal comitato dei creditori.

Di regola il giudice delegato, contestualmente, liquiderà i compensi e ne autorizzerà il pagamento, creando così il diritto alla percezione delle somme fuori e dentro i piani di riparto; ove invece il giudice delegato neghi l'autorizzazione, si aprirà un giudizio *ex art. 26 L.F.*¹⁷¹

1.3.2.4 La disciplina del pagamento dei crediti prededucibili

La disciplina dedicata alla soddisfazione vera e propria dei crediti prededucibili è dettata nell'art. 111*bis*, comma 3 e 4, che prevede una duplice possibilità: la soddisfazione al di fuori del procedimento di ripartizione e, in

¹⁶⁹ MARINONI, op. cit., p. 666; TRINCHI, op. cit., p. 1228.che rileva che “*il credito per compensi sarebbe infatti assoggettato a due gradi di procedimento camerale e successivamente alla ricorso straordinario per cassazione, mentre i normali crediti prededucibili ad un solo grado di giudizio camerale e a ricorso per cassazione*”. In giurisprudenza, tuttavia, la Suprema Corte ha affermato che la sede per l'accertamento dei crediti prededucibili in parola è sempre il giudizio *ex art. 26* anche se si dovesse procedere alla graduazione (Cassazione Civile, 13 luglio 2007, n. 15671, in *Fallimento*, 2008, 357)

¹⁷⁰ D'AQUINO, *La ripartizione dell'attivo*, in *Le nuove procedure concorsuali*, a cura di AMBROSINI, Bologna 2008, p. 293

¹⁷¹ COPPOLA, op. cit., p. 1565

caso di in capienza, la soddisfazione nell'ambito di predetto procedimento.

Autorevole dottrina sul punto sostiene che tale alternativa riguardi esclusivamente i crediti prededucibili non contestati, i quali, normalmente devono essere soddisfatti immediatamente al di fuori dei riparti, mentre, nel caso di insufficienza di attivo, troveranno soddisfazione all'esito di apposito procedimento di ripartizione; viceversa, i crediti prededucibili contestati, una volta accertati con le modalità del capo V della legge fallimentare, ottenuta l'ammissione al passivo, devono essere naturalmente inclusi nei piani di riparto, essendo la strada obbligata per la loro soddisfazione quella della ripartizione del ricavato ex art. 110 L.F.¹⁷²

Trattasi, invero, di una interpretazione senz'altro corrispondente al tenore letterale dell'art. 111*bis* L.F..

Difatti in predetto articolo, la locuzione “*non contestati*”, utilizzata nel primo comma per dispensare i crediti prededucibili che siano tali dall'accertamento del passivo, è ripetuta, poi, anche nel secondo comma per identificare i crediti esonerati dal procedimento di ripartizione ai fini della soddisfazione.

Altra parte della dottrina, viceversa, sostiene che l'alternativa tra soddisfazione al di fuori o meno del procedimento di riparto, riguardi sia i crediti prededucibili contestati ed accertati nel giudizio di accertamento del passivo, sia i credito prededucibili non contestati, di tal che, nel primo caso, all'ammissione al passivo può seguire sia la soddisfazione al di fuori del riparto ex art. 111*bis*, comma 3, L.F., sia la distribuzione in sede di riparto, e nel secondo caso, parimenti, al provvedimento autorizzativo può seguire l'immediato pagamento, ovvero, il pagamento in sede di riparto¹⁷³.

Tale tesi muove dalla osservazione che il Legislatore avrebbe utilizzato la locuzione “*non contestati*” nel comma 3 dell'art. 111*bis* esclusivamente per

¹⁷² GUGLIELMUCCI, *Diritto fallimentare*, , Torino 2011, p. 255; LAMANNA, op. cit., p. 244; COPPOLA, op. cit., p. 1567; LIMITONE, op. cit., p. 885.

¹⁷³ BONFATTI-CENSONI, op. cit., p. 407 ss.; PELLEGRINO, *I giudizi di accertamento del passivo nel fallimento*, Milano 2006, p. 89.

precisare che la tutela satisfattiva dei crediti prededucibili al di fuori dei riparti presuppone l'assenza di problemi relativi alla contestazione del credito tanto *ab origine*, quanto *ex post*, perché stati risolti con l'ammissione al passivo¹⁷⁴.

Inoltre, un'ulteriore conferma della tesi di cui sopra, deriverebbe anche dalla circostanza che, prevedendo l'art. 111*bis*, al comma 2, che i crediti prededucibili maturano interessi fino al pagamento, la più rapida soddisfazione possibile di predetti crediti risponderebbe all'interesse stesso della procedura, che conseguirebbe in tal modo un considerevole risparmio.

Tale ultima tesi, orientata da un'interpretazione sistematica piuttosto che letterale dell'art. 111*bis* L.F. appare, sebbene minoritaria, pienamente condivisibile.

Invero, l'adozione di una stretta interpretazione letterale dell'art. 111*bis* L.F. crea un ulteriore problema ermeneutico nella misura in cui finirebbe per subordinare la soddisfazione al di fuori dei riparti alla circostanza che il credito prededucibile sia sorto nel corso del fallimento¹⁷⁵.

Viceversa, alla luce di un'interpretazione sistematica che vada al di là della lettera della legge, può sostenersi che la soddisfazione al di fuori dei piani di riparto possa intervenire anche per crediti prededucibili sorti prima del fallimento.

D'altro canto, infatti, sebbene negli art. 111*bis* e 51 L.F. il Legislatore faccia riferimento al solo criterio temporale, nell'enunciare i criteri in base ai quali attribuire ad un credito il carattere della prededucibilità lo stesso non indica, poi, il solo fattore temporale ("*in occasione delle procedure concorsuali*") bensì anche quello funzionale ("*in funzione delle procedure concorsuali*"), lasciando così emergere una evidente incoerenza che non può

¹⁷⁴ PELLEGRINO, op. cit., p. 89.

¹⁷⁵ Nel senso di limitare la soddisfazione al di fuori del riparto ai soli crediti prededucibili sorti nel corso del fallimento: CARRATTA, *Le regole sulla formazione della massa attiva e sulla distribuzione*, in *La procedura fallimentare*, diretto da APICE, Torino 2010, p. 413 ss.; BOZZA, op. cit., p. 641; NIGRO-VATTERMOLI, *Diritto della crisi delle imprese*, Bologna 2012, p. 250; ZANICHELLI, op. cit., p. 322; LAMANNA, op. cit., p. 239; RUGGIERO, sub art. 111*bis* L.F., in *Il nuovo diritto fallimentare*, a cura di JORIO-FABIANI, Bologna, 2007, p. 1842; TRINCHI, op. cit., p. 1230; LIMITONE, op. cit., p. 887; COPPOLA, op. cit., p. 1567; TEDIOLI, op. cit., p. 774.

non risolversi nel senso di ritenere che la disciplina processuale soddisfattiva dei crediti prededucibili non può che essere indifferente alle ragioni sottostanti l'inclusione del credito in detta categoria.

Pertanto, una volta che sia stata riconosciuta la natura prededucibile di un credito secondo il diritto sostanziale, la disciplina processuale – e in particolare quella relativa alla soddisfazione – non può che essere uniforme¹⁷⁶.

1.3.2.5 La graduazione

L'inclusione dei crediti prededucibili nei piani di riparto, in caso di insufficienza dell'attivo, implica, a norma dell'art 111bis, comma 3, L.F., una distribuzione “*secondo i criteri della graduazione e della proporzionalità, conformemente all'ordine assegnato dalla legge*”.

E' stato, così, recepito quell'orientamento prevalente sviluppatosi prima della riforma¹⁷⁷ che riteneva quella oggi tradotta in legge la soluzione più equa, tant'è che recentemente la Cassazione, con riferimento ad un procedimento disciplinato dalla normativa ante riforma, ha qualificato la disposizione in esame come di interpretazione autentica e, in quanto tale, applicabile anche a procedimenti non retti dalla disciplina riformata¹⁷⁸.

Invero, la graduazione dei crediti prededucibili solleva parecchi problemi interpretativi¹⁷⁹.

Le difficoltà risiedono, per un verso, nell'applicazione agli stessi dell'ordine di preferenza stabilito nelle norme sui privilegi e, per altro verso,

¹⁷⁶ In tal senso, BASSI, op. cit., p. 346, osserva : “*Una interpretazione letterale rigorosa porterebbe – così – a negare – per esempio – la possibilità di un pagamento immediato dei crediti prededucibili anteriori al fallimento e, per quello che a noi interessa, del rimborso dei finanziamenti delle imprese in crisi, di cui si occupa l'art. 182 quater, trattandosi, dal punto di vista letterale, di crediti sorti, non solo prima del fallimento, ma anche prima della procedura di concordato o dell'accordo di ristrutturazione. Tuttavia, sia per l'art. 111, comma 3°, sia per l'art. 51 l. fall., si può sostenere una interpretazione unificante e liberale, e convenire che le espressioni crediti prededucibili maturati o sorti durante o nel corso del fallimento, non si riferiscono ad una sottocategoria all'interno della classe dei debiti di massa, ma a tutti i crediti di tale specie*”

¹⁷⁷ Cfr. Paragrafo 1.2.3.3.

¹⁷⁸ Cassazione Civile, 3 marzo 2011, n. 5141, in *Fallimento*, 2011, 1367.

¹⁷⁹ BASSI, op. cit., p. 350.

scaturiscono da alcune norme di settore della legge fallimentare.

Tale osservazione discende dalla condivisione della tesi autorevolmente formulata¹⁸⁰, secondo la quale vi sono disposizioni della legge fallimentare che sanciscono, in caso di graduazione, una prededuzione all'interno della più ampia categoria dei crediti in prededuzione.

Soluzione, d'altronde, tutt'oggi compatibile con il tenore letterale dell'art. 111*bis*, comma 3, L.F., che evoca, a proposito della graduazione, l'ordine assegnato dalla legge, dunque oltre che da il codice civile nelle norme dedicate all'ordine dei privilegi, anche da ogni altra legge, ivi compresa, la legge fallimentare.

Conseguentemente, è stato condivisibilmente sostenuto¹⁸¹ che si possono collocare al vertice della graduazione i crediti prededucibili corrispondenti alle passività connesse con l'acquisto di un bene sopravvenuto (art. 42, comma 2, L.F.), seguono, poi, quelli corrispondenti al prezzo del bene sottoposto a pegno o privilegio che il curatore riprenda, previa autorizzazione del giudice delegato e parere favorevole del comitato dei creditori (art. 53, comma 3, L.F.), poi, quelli maturati in capo a chi abbia effettuato migliorie o addizioni su beni avocati alla massa e in generale i crediti sorti come effetto del subentro dell'amministrazione fallimentare in un contratto traslativo.

1.3.2.6 La irripetibilità delle somme distribuite ai creditori prededucibili

Come rappresentato più volte, la scelta per la soddisfazione al di fuori o entro i piani di riparto è rimessa alla discrezionalità ed alla prudenza del

¹⁸⁰ BONSIGNORI, *Della liquidazione dell'attivo*, in *Commentario SCIALOJA-BRANCA, Legge fallimentare*, a cura di BRICOLA-GALGANO-SANTINI, Bologna, 1976, p. 236 ss. cui hanno aderito anche LO MORO BANZI, *La graduazione delle spese e dei debiti della massa fallimentare*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1984, p. 408 ss.; DEL VECCHIO, *Le spese e gli interessi nel fallimento*, Milano, 1988, p. 177; CREMONINI, *Ammissibilità delle cause di prelazione nei crediti in prededuzione*, in *Giur. comm.* 1983, p. 37; MARINUCCI, op. cit., p. 185 ss.; Cassazione Civile 29 gennaio 1982, n. 569, in *Giur. comm.* 1983, p. 31 ss.

¹⁸¹ MARINUCCI, op. cit., p. 190 e ss..

curatore.

Tuttavia, ben può verificarsi un errore di previsione, tale che il curatore, che in un primo momento aveva escluso che l'attivo fosse insufficiente alla soddisfazione di tutti i crediti prededucibili, ed aveva, dunque, soddisfatto, previa autorizzazione del giudice delegato o del comitato dei creditori, integralmente alcuni crediti prededucibili al di fuori dei piani di riparto, si sia accorto, poi, solo in un secondo momento che, a causa dell'insufficienza del patrimonio attivo fallimentare, avrebbe dovuto procedere ad una graduazione ed alla soddisfazione non integrale ma proporzionale.

In tale ipotesi si pone il problema della ripetibilità o irripetibilità dell'attribuzione delle somme distribuite in eccesso.

Orbene, nel caso in cui la soddisfazione sia avvenuta in sede di ripartizione del ricavato *ex art. 110 L.F.*, il diritto al riparto risulta accertato dal decreto di esecutività del piano di riparto e, pertanto, le somme incassate sono irripetibili all'interno della procedura¹⁸², secondo quanto dispone espressamente l'art. 114 L.F., salvo il caso dell'accoglimento della revocazione.

Nel caso in cui, invece, la soddisfazione del credito prededucibile sia avvenuta al di fuori dei piani di riparto, occorre porsi il quesito, se le somme attribuite siano o meno ripetibili, vale a dire se ad esse si applichi la regola della irripetibilità sancita dall'art. 114 L.F..

In tale ipotesi, invero, il diritto alla percezione di somme, creato dal decreto del giudice delegato o del comitato dei creditori, non viene accertato, in chiave di decisione, a differenza di quanto accade in sede di ripartizione dell'attivo, ove, viceversa, quel diritto è accertato dal decreto (decisorio) di esecutività del piano di riparto¹⁸³.

Ne conseguirebbe, quindi, che l'attribuzione patrimoniale ottenuta al di

¹⁸² Irripetibilità che spiega i suoi effetti anche oltre la procedura fallimentare dal momento che è preclusa al debitore nuovamente *in bonis* la possibilità di contestare le distribuzioni del ricavato ai creditori al fine di pretendere la restituzione (RICCI, op. cit., p. 139)

¹⁸³ CARRATTA, *Liquidazione e ripartizione dell'attivo nel fallimento e tutela giurisdizionale dei diritti. Parte seconda*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2008, p. 1274 ss.

fuori dei piani di riparto è ripetibile dagli organi della procedura durante la procedura: il titolare del credito prededucibile può ricevere soltanto una protezione equivalente a quella spettante a seguito ad un pagamento spontaneo.

Il contraltare della rapida soddisfazione al di fuori dei piani di riparto, priva di garanzie per il ceto creditorio – il quale subisce una decurtazione dell'attivo disponibile senza poter interloquire – è rappresentato dalla inferiore stabilità del pagamento.

Instabilità di effetti che, evidentemente, persiste fino all'approvazione del conto di gestione del curatore.

Fino a quel momento il curatore ha, infatti, la facoltà – eventualmente anche alla luce delle contestazioni dei creditori e del fallito – di pretendere la ripetizione delle somme pagate in prededuzione prima dell'approvazione del conto di gestione *ex art. 116 L.F.*.

Dal resoconto contabile del curatore dovrà risultare l'avvenuto pagamento di somme al di fuori dei piani di riparto a favore dei titolari di crediti prededucibili e, in sede di approvazione dello stesso, tutti i creditori sono messi in condizione di venire a conoscenza dei pagamenti potendoli contestare nell'*an* o anche solo nel *quantum*.

Dopo tale momento, invece, dovrebbe considerarsi preclusa la ripetizione da parte dell'amministrazione fallimentare, perché essa implicherebbe una modificazione del conto di gestione, impossibile dopo l'approvazione del conto¹⁸⁴.

Tra l'altro, a norma dell'art. 116 L.F., il curatore deve dare immediata comunicazione dell'avvenuto deposito del proprio conto di gestione della fissazione dell'udienza ai creditori ammessi al passivo ed ai titolari di crediti prededucibili non soddisfatti e non anche ai titolari di crediti prededucibili integralmente soddisfatti al di fuori dei piani di riparto in assenza di previa ammissione al passivo.

¹⁸⁴ MARINUCCI, *op. cit.*, p. 167.

È evidente quindi che, nell'ipotesi in cui sorgano contestazioni relative alla soddisfazione integrale di un credito prededucibile al di fuori dei piani di riparto non previamente ammesso al passivo, il giudice delegato, nel fissare l'udienza davanti al collegio, dovrà anche disporre l'integrazione del contraddittorio.

Resta aperto il problema se l'attribuzione goda di stabilità dopo la chiusura della procedura, posto che non si può certo escludere che il fallito, una volta nuovamente *in bonis*, possa contestare la legittimità, ovvero, anche solo l'entità dell'attribuzione patrimoniale conseguita dal titolare del credito prededucibile al di fuori dei piani di riparto e per effetto di un diritto creato da un decreto di prelievo, privo del carattere della decisorietà.

1.4 Le ulteriori modifiche della legge fallimentare e la nuova spinta al riconoscimento della prededuzione anche nelle procedure concorsuali alternative al fallimento

In seguito alla riforma dell'art. 111 L.F. introdotta con il D.Lgs. 5/2006, il Legislatore, avendo espressamente previsto la possibilità di estendere l'area della prededucibilità attraverso “*specifica disposizione di legge*”, ha introdotto, nel tempo, nuove ipotesi normative di crediti prededucibili, perseguendo l'obiettivo pratico di agevolare l'accesso al mercato del credito e l'operatività delle imprese in crisi che ricorrano al concordato preventivo ed agli accordi di ristrutturazione dei debiti.

In ordine cronologico si sono, dunque, susseguite:

a) la L. n. 120/2010, che con l'inserimento nella legge fallimentare dell'art. 182*quater* attribuiva la prededucibilità a crediti identificati con una specifica titolarità ed uno specifico oggetto: i crediti da finanziamenti effettuati da banche o intermediari finanziari nonché parzialmente (per l'80%) da soci in esecuzione di un piano concordatario o di un piano di ristrutturazione dei debiti, nonché i crediti da finanziamenti effettuati da banche o intermediari finanziari in funzione di una domanda di concordato o di una domanda di omologa di accordo di ristrutturazione dei debiti, ma in tal caso con la necessità del riconoscimento della prededuzione nel decreto di ammissione alla procedura di concordato o nel decreto di omologa dell'accordo di ristrutturazione dei debiti;

b) il D.L. n. 83/2012, convertito nella L. n. 134/2012, che ha integrato il testo dell'art. 161 L.F., ha riscritto l'art. 182*quater* ed ha introdotto l'art. 182*quinquies*, e più precisamente

- con il settimo comma dell'art. 161 L.F., dopo avere stabilito che nel lasso di tempo intercorrente fra il deposito della domanda di concordato ed il decreto di ammissione (cioè prima che si renda applicabile il disposto dell'art.

167 l.fall.) il debitore può compiere atti di ordinaria amministrazione e, previa autorizzazione del Tribunale, atti urgenti di straordinaria amministrazione, ha attribuito ai crediti derivati dal compimento “*legale*” di tali atti da parte del debitore la prededucibilità ai sensi dell’art. 111 l.fall.;

- con la riscrittura dell’art. 182^{quater} ha attribuito la prededuzione ai crediti per finanziamenti da chiunque effettuati in esecuzione di un piano concordatario o di un accordo di ristrutturazione dei debiti omologato, o ancora in funzione di una domanda di concordato o di una domanda di omologazione di accordo di ristrutturazione dei debiti (in questo secondo caso sempre con la necessità del riconoscimento della prededuzione nel decreto di ammissione al concordato o nel decreto di omologa dell'accordo di ristrutturazione), inoltre ha eliminato la limitazione ad una percentuale per la prededucibilità dei crediti per finanziamenti dei soci, che ne fruiscono anche se siano entrati nella compagine sociale in esecuzione dell’accordo di ristrutturazione dei debiti o del concordato, infine ha abrogato il quarto comma che aveva attribuito la prededucibilità ai crediti per i compensi dei professionisti incaricati della relazione di cui agli artt. 161, comma 3, e 182 bis comma 1;

- con l’introduzione dell’art. 182^{quinquies} ha attribuito la prededuzione ai crediti da finanziamenti, senza indicazioni sul soggetto finanziatore, specificamente autorizzati dopo il deposito (o contestualmente al deposito) di una domanda di concordato o di una domanda di omologa di ristrutturazione dei debiti, o anche di una domanda cd. anticipatoria, purché vi sia un’attestazione della funzionalità di tali finanziamenti al migliore soddisfacimento dei creditori; il secondo comma della norma soggiunge che può trattarsi anche di finanziamenti individuati soltanto nella tipologia e nell’entità;

- con il D.L. n. 145/2013, convertito nella L. n. 9/2014, ha dato interpretazione autentica alla norma dell’art. 111, comma 2, L.F. sulla prededucibilità dei crediti sorti nel cd. concordato con riserva, nel senso che

essa è condizionata al fatto che a tale proposta concordataria seguano il deposito del piano e l'apertura della procedura concordataria a sensi dell'art. 163 L.F.

- da ultimo, con l'articolo 22, comma 7, del D.L. "*competitività*" (91/2014, convertito in legge 116/2014), ha svincolato la prededuzione dei crediti che sorgono in occasione o in funzione della procedura di concordato preventivo con riserva dalla successiva apertura della procedura, abrogando la norma interpretativa, introdotta dal D.L. 145/2013.

1.4.1. La novella del 2010: l'art. 182^{quater} L.F.

Con le nuove discipline menzionate, il Legislatore ha riconosciuto la prededucibilità dei crediti per finanziamenti effettuati in esecuzione dei procedimenti di concordato preventivo e di accordi di ristrutturazione dei debiti ed ha parificato ad essi quelli intervenuti in dipendenza della domanda di ammissione al concordato o di omologazione dell'accordo, purché la qualificazione dei crediti sia stata disposta con il provvedimento relativo¹⁸⁵.

Invero, l'espressione "*parificati*" è stata adoperata dal Legislatore per sottolineare l'estraneità dei crediti rispetto alla procedura ed a tutto ciò che potrebbe caratterizzare l'organizzazione concorsuale (organi, autorizzazioni, ecc.), ma è stato colto al contempo l'intento di introdurre un nuovo strumento per agevolare il superamento della crisi nel momento in cui si decidesse di intervenire.

In precedenza, infatti, sarebbe stato difficoltoso per le imprese in crisi ottenere finanziamenti, soprattutto per fronteggiare gli oneri che inizialmente gravano sulle sole risorse dell'imprenditore, mentre, a seguito

¹⁸⁵BALESTRA, *I finanziamenti all'impresa in crisi nel c.d. decreto sviluppo*, in *Fallimento*, 2012, p. 1401; BALESTRA, *Crisi dell'impresa e abusiva concessione del credito*, in *Giur. comm.*, 2013, I, p. 109; BRIZZI, *Le fattispecie dei crediti prededucibili da finanziamento nel concordato preventivo e negli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Dir. fall.*, 2013, I, p. 803; CENSONI, *Concordati preventivo e nuova finanza*, in *Fallimento*, 2014, p. 380; DIDONE, *La prededuzione dopo la L. N. 134 del 2012 (Prededuzione "ai sensi" e prededuzione "ai sensi e per gli effetti")*, in *Fallimento*, 2013, p. 913 ss.

dell'innovazione normativa, la concessione di credito è apparsa più agevolata, sia pure sotto il profilo teorico¹⁸⁶, in previsione del piano che si intendesse avviare e, quindi, ancor prima che si disponessero i due strumenti di risanamento preventivo codificati dalla legge fallimentare.

Invero, nella prassi, accade molto raramente che banche ed intermediari finanziari concedano finanziamenti all'impresa in crisi ancor prima che la stessa sia stata ammessa alla procedura di concordato, ovvero, prima che sia stato omologato l'accordo di ristrutturazione e dunque, prima che sia stata in qualche misura vagliata in sede giurisdizionale la validità della proposta concordataria o dell'accordo di ristrutturazione.

Ciò in quanto la previsione di prededucibilità del credito da finanziamento è stata ancorata dal Legislatore al provvedimento di ammissione al concordato preventivo o a quello di omologazione dell'accordo di ristrutturazione.

Probabilmente, un maggiore incentivo alla erogazione di finanziamenti in funzione della presentazione della domanda di concordato preventivo o della domanda di omologazione dell'accordo di ristrutturazione sarebbe potuto discendere ancorando il riconoscimento della natura prededucibile di tali finanziamenti alla stessa domanda di apertura del concordato preventivo o dell'accordo, previa attestazione del professionista, armonizzando in tal modo tale previsione con il sistema delineato per l'efficacia della sospensione delle azioni esecutive e cautelari, che opera, appunto, all'atto del deposito in Tribunale delle predette domande.

Ad ogni buon conto, ipotizzando che l'art. 182^{quater} potesse ricevere

¹⁸⁶ E' stato condivisibilmente osservato, infatti che: *“La mia impressione è che il Legislatore, per raggiungere un obiettivo pratico (favorire il finanziamento delle procedure di salvataggio, con la garanzia del rimborso tempestivo in caso di loro insuccesso), così come era in precedenza già avvenuto con la previsione all'interno del terzo comma dell'art. 67 l. fall di un caso di esonero specifico da revocatoria, abbia utilizzato un istituto — come quello della prededuzione — di cui non conosceva la esatta portata. Con la conseguenza che quell'obbiettivo rischia di restare inattuato. Il Legislatore vuole favorire il finanziamento con la prededuzione, ma nessuno si offenderà se scrivo che il Legislatore non sa esattamente che cosa è la prededuzione; e non sapendo quale meccanismo complicato, e, a mio avviso, quasi infernale, la prededuzione oggi in sé nasconde, il favore legislativo per il finanziamento delle imprese in crisi, in questo campo, può risultare puramente illusorio.”* (BASSI, op. cit., p. 344.)

applicazione concreta, la dottrina ha elaborato diversi scenari possibili in relazione ai cd. finanziamenti ponte.

E' stato, così, osservato che se il finanziamento fosse erogato prima che la domanda di ammissione al concordato preventivo o la dichiarazione di accordo siano stati presentati e per qualsiasi ragione il debitore avesse, poi, deciso di non ricorrere più a tali strumenti di risanamento, il credito contratto non assumerebbe la qualifica di prededucibile e sarebbe collocato in via chirografaria; se, viceversa, erogato il finanziamento, fosse seguita l'ammissione al concordato, o l'omologazione dell'accordo, il credito sarebbe di natura prededucibile, sia nel fallimento, sia nel concordato o nell'accordo; se, infine, il concordato non venisse eseguito o l'accordo non fosse omologato, sarebbe senz'altro sorto il problema, stante il tenore letterale dell'art. 182^{quater}, di se qualificare come prededucibile o meno il finanziamento comunque erogato nel fallimento consecutivo¹⁸⁷.

Rispetto ai soggetti che avrebbero potuto erogare finanziamenti ponte prededucibili, il Legislatore, in un primo momento, aveva sancito che la prededucazione avrebbe interessato solo i finanziamenti erogati da banche ed intermediari finanziari iscritti nell'albo di cui al T.U.B.

L'intendimento del Legislatore, come era stato posto in luce dalla dottrina¹⁸⁸, aveva trovato fondamento nello scopo di esigere che il vaglio delle condizioni economiche e finanziarie dell'impresa in crisi per ottenere l'erogazione del credito avvenisse ad opera di un ente affidabile che potesse obiettivamente condurre una corretta analisi tecnica contabile e patrimoniale e che non fosse, invece, affidato a chiunque, evitando così di contribuire alla dispersione del patrimonio aziendale in danno dei creditori e dello stesso debitore.

La limitazione imposta sui soggetti legittimati a effettuare questo tipo di

¹⁸⁷ STANGHELLINI, *Finanziamenti - ponte e finanziamenti alla ristrutturazione*, in *Fallimento*, 2010, p. 1346 ss.

¹⁸⁸ MORELLINI, *L'art. 182 quater L. Fall.: novità e critica*, in *Fallimento*, 2011, p. 898.

finanziamento è stata, tuttavia, valutata criticamente dalla dottrina¹⁸⁹ sia sotto il profilo della limitazione delle fonti di finanziamento che sarebbero derivate all'impresa in crisi, sia soprattutto della mancanza di un'incentivazione per altri soggetti, imprenditori, fornitori, creditori che sarebbero stati interessati a sostenere l'impresa, il che, in effetti ha, poi, indotto il Legislatore, a correggere tale primigenia previsione.

Quanto alle fattispecie di finanziamenti ponte erogabili, è stato osservato¹⁹⁰ che la locuzione utilizzata dal Legislatore, vale a dire finanziamenti “*in qualsiasi forma effettuati*”, corrisponde alla medesima locuzione utilizzata nell'art.2467 c.c., in tema di finanziamenti dei soci, e che, pertanto, le fattispecie già individuate rispetto a tali finanziamenti da dottrina e giurisprudenza, ben potevano costituire anche finanziamenti ponte *ex art. 182quater*.

Sono stati fatti, quindi, rientrare in tale nozione non solo l'erogazione di somme a titolo di mutuo, ma anche ogni operazione in grado di realizzare nella sostanza un finanziamento dell'impresa, come ad esempio le fidejussioni, ogni apporto non imputato a capitale, le aperture di credito e le dilazioni di pagamento, nonché operazioni di sconto, *factoring* e acquisto *pro solvendo* di crediti della società verso terzi¹⁹¹.

In ordine al requisito della funzionalità del finanziamento alla presentazione della domanda, in dottrina¹⁹² è stato osservato che esso non si pone rispetto alla complessiva sistemazione della crisi, ma deve sussistere solo rispetto alla presentazione della domanda di concordato o di omologazione dell'accordo.

¹⁸⁹ AMBROSINI, *Le novità in materia di soluzioni negoziate della crisi d'impresa introdotte dal d.l. 31 maggio 2010 n. 78 e dalla l. 30 luglio 2010 n. 122; Relazione Convegno Paradigma*, Milano 12-13 ottobre 2010.

¹⁹⁰ MORELLINI, op. cit., p.898.

¹⁹¹ Tale interpretazione estesa della nozione di finanziamento è confortata anche dalla lettura delle *Linee guida per il finanziamento alle imprese in crisi* (www.assonime.it) che identificano, quali finanziamenti alle imprese in crisi, tutte quelle forme di finanziamento del capitale circolante, ancorché finalizzato allo smobilizzo di portafoglio mediante cessione di credito, con l'esclusione di quei finanziamenti destinati agli investimenti, se non in quanto improcrastinabili per la prosecuzione dell'attività e comunque di importo congruo rispetto al passivo accumulato

¹⁹² STANGHELLINI, op. cit., p. 1348

Conseguentemente, oggetto dell'art. 182^{quater} è il finanziamento che ha il limitato scopo di consentire al debitore di mantenere la solvibilità fino al momento in cui il suo patrimonio verrà protetto dalle azioni dei creditori (ex art. 168 o 182^{bis}, comma 3, L.F.), cioè fino alla domanda di concordato o di omologazione dell'accordo.

Accanto al requisito della funzionalità, l'art. 182^{quater} individua anche l'ulteriore condizione che il finanziamento sia "*previsto*" dall'accordo di ristrutturazione o dal piano di concordato.

È stato osservato¹⁹³ che tale "*previsione*" interviene *ex post* e, nel concorso delle altre condizioni previste dalla legge, ha l'effetto di rendere prededucibili crediti già sorti.

Predetta circostanza è senz'altro pacifica nel caso del concordato.

Difatti, l'art. 182^{quater} fa espresso riferimento ai finanziamenti previsti "*dal piano di concordato*", il quale è atto unilaterale del debitore che non viene a giuridica esistenza se non nel momento in cui viene depositato in Tribunale.

D'altro canto, poi, la medesima norma in commento, al comma 4, esclude dal voto e dal computo delle maggioranze per l'approvazione del concordato, i crediti per finanziamenti ponte, il che conferma che si tratti di finanziamenti già erogati.

Parimenti, anche i finanziamenti che precedono l'accordo di ristrutturazione, costituiscono finanziamenti già erogati, posto che anch'essi non vengono computati nel calcolo dell'aliquota di aderenti necessaria affinché l'accordo possa essere sottoposto all'omologazione.

Ultima condizione perché scatti la prededucibilità dei finanziamenti ponte è l'intervento del giudice.

Tale intervento assume connotati diversi nel caso del finanziamento-ponte verso l'accordo di ristrutturazione e verso il concordato preventivo.

Se il finanziamento-ponte è stato concretamente funzionale alla

¹⁹³ STANGHELLINI, op. cit., p. 1348.

presentazione della domanda di omologazione di un accordo di ristrutturazione dei debiti ex art. 182*bis*, l'omologazione dell'accordo lo rende definitivamente prededucibile nell'eventuale scenario concorsuale successivo (fallimento o concordato preventivo), mentre la sua eventuale mancata omologazione lo lascia al rango che gli compete.

La prededuzione, quindi, costituisce l'effetto automatico dell'omologazione dell'accordo e non potrà essere, poi, rimessa in discussione dal giudice nel successivo fallimento, in seno all'accertamento del passivo, dovendosi concedere il rango di prededucibile al finanziamento che ancora fosse rimasto insoddisfatto¹⁹⁴.

Il finanziamento-ponte che sia stato funzionale alla presentazione della domanda di concordato non diviene invece prededucibile in modo automatico, ma solo se *“la prededuzione sia espressamente disposta nel provvedimento con cui il Tribunale accoglie la domanda di ammissione al concordato preventivo”*.

Può, quindi, accadere che il Tribunale, pur ammettendo l'impresa in crisi al concordato, neghi la natura prededucibile al finanziamento ponte, deludendo il finanziatore che ha ormai erogato il finanziamento, il che, evidentemente, potrebbe anche impattare sulla fattibilità del piano¹⁹⁵.

La dottrina, dunque, ha tentato di individuare i criteri sulla base dei quali il Tribunale deve concedere o negare la prededuzione, non potendo tale caratteristica del credito essere lasciata alla discrezionalità dei giudici.

¹⁹⁴ BONFATTI, *Il sostegno finanziario dell'impresa nelle procedure di composizione negoziata delle crisi*, in relazione al convegno *Le procedure di composizione negoziata delle crisi d'impresa: opportunità e responsabilità*, Reggio Emilia, 8 ottobre 2010.

¹⁹⁵ Ciò nel caso in cui, ad esempio, il finanziatore abbia dato la propria disponibilità a concedere ulteriori finanziamenti in pendenza di concordato o in sua esecuzione, ma l'abbia condizionata alla concessione della prededuzione sul finanziamento-ponte già erogato: in tal caso, se gli ulteriori finanziamenti fossero essenziali all'impresa ed alla corretta esecuzione del piano, la negazione della prededuzione su quelli già erogati renderebbe il piano non fattibile, con conseguente impossibilità del Tribunale di ammettere il debitore al concordato. Invero, anche quando il piano resti fattibile nonostante il diniego della prededuzione, esso dovrà necessariamente essere modificato prima dell'adunanza dei creditori, dal momento che, in seguito al diniego del Tribunale, il piano di concordato potrebbe continuare a prevedere l'integrale pagamento del credito da finanziamento-ponte solo se ciò non violi il divieto di alterare le cause legittime di prelazione di cui all'art. 160, comma 2, ultima parte, e dunque se non sia prevista alcuna falcidia dei creditori privilegiati.

E' stato, dunque, condivisibilmente sostenuto che il Tribunale è tenuto ad eseguire un accertamento, allo stato degli atti e mediante l'uso di una mera discrezionalità tecnica, circa l'esistenza dei presupposti di legge, vale a dire, la funzionalità del finanziamento alla presentazione della domanda di concordato e, dunque, la capacità di quest'ultimo ad aver contribuito alla prospettazione di un piano di concordato che appare legittimo ed astrattamente conveniente per i creditori¹⁹⁶.

Allorquando l'esito del predetto accertamento sia positivo, il Tribunale non potrà che riconoscere la natura prededucibile del finanziamento ponte ed il relativo provvedimento resisterà anche in caso di mancata omologazione del concordato o di interruzione dell'iter, poichè esso sarà derivato dall'intervenuto accertamento della convenienza del finanziamento ponte per i creditori, avendo quest'ultimo consentito la conservazione del patrimonio dell'impresa in crisi, quantomeno fino alla proposizione della domanda di concordato¹⁹⁷.

Accanto alla prededucibilità dei finanziamenti ponte, l'art. 182^{quater} prevede espressamente anche la natura prededucibile dei finanziamenti erogati in esecuzione dell'accordo e del concordato preventivo, sia da parte di banche o intermediari finanziari, sia da parte dei soci.

Invero, la nozione di atto compiuto "*in esecuzione*" di un accordo di ristrutturazione dei debiti e del concordato preventivo esisteva già prima

¹⁹⁶ STANGHELLINI, op. cit. p. 1349

¹⁹⁷ Tuttavia, ben può sempre accadere che il Tribunale con il decreto di ammissione alla procedura di concordato, ometta di pronunciarsi anche sulla natura prededucibile dei finanziamenti ponte.

In tale ipotesi, parte della dottrina (FABIANI, *Concordato preventivo per cessione dei beni e predeterminazione delle modalità della liquidazione*, in *Fallimento*, 2010, p. 593; PAGNI, *Contratto e processo*, in *Trattato di Diritto Fallimentare*, a cura di BUONOCORE-BASSI, Padova, 2010, p. 598), osservando che il decreto emesso ex art. 163 L.F. assume una valenza decisoria sul diritto del finanziatore a vedersi riconosciuto il carattere prededucibile del proprio credito, ha ritenuto che non sussistano ragioni per escludere l'esperibilità del ricorso straordinario per cassazione, ex art. 111 Cost., rispetto alla omissione della statuizione accessoria contenuta nel decreto di ammissione. Altra parte della dottrina, viceversa, (STANGHELLINI, op. cit. p. 1350) ritiene percorribile la via del reclamo ex art. 26 alla corte d'appello, che consente al creditore di ridiscutere subito del diritto alla prededuzione, senza che il provvedimento sul punto acquisisca quella valenza definitiva che rende più difficile, se non giocando sull'eventuale disapplicazione, che la natura prededucibile del credito possa essere comunque sostenuta in seno al giudizio ex artt. 93 ss. anche quando sia stata negata dal giudice del concordato.

dell'introduzione dell'articolo di cui si discute.

Difatti, l'art. 67, terzo comma, lett. e) L.F. esenta da revocatoria atti, pagamenti e garanzie posti in essere "in esecuzione" dell'accordo e del concordato.

Atti del genere dunque sono stabili anche in caso di successivo fallimento e tra essi, anche prima della riforma, potevano ben figurare finanziamenti.

Conseguentemente, ciò che l'art. 182^{quater} ha aggiunto a tale stabilità, in caso di fallimento, è la prededucibilità del credito derivante dal finanziamento, così creando di fatto una garanzia che lo antepone a tutti i creditori, ad eccezione, ovviamente, di quelli assistiti da pegno e ipoteca.

Invero, parecchio clamore aveva suscitato la disciplina introdotta dall'art. 182^{quater} in tema di finanziamenti erogati dai soci alla impresa in crisi¹⁹⁸.

Difatti, con l'intento di voler fortemente incentivare il finanziamento dei soci concesso in occasione della stipulazione di un accordo di ristrutturazione dei debiti, il Legislatore con la riforma del 2010 non solo ha esentato predetti finanziamenti dalla postergazione, ma, addirittura ha concesso loro la prededucibilità.

Tale trattamento privilegiato, tuttavia in un primo momento era accordato solo ai nuovi finanziamenti (quelli cioè concessi dopo l'omologazione dell'accordo o del concordato ed in conformità alle loro previsioni e non anche per i finanziamenti precedenti, né per quelli assimilabili ai finanziamenti-ponte) nei limiti dell'ottanta per cento degli stessi (con postergazione del residuo viene postergato) e concessi da "soci", anche se

¹⁹⁸ Osserva in modo critico BASSI, op. cit., p. 346, : *"Altre delicate e gravi questioni, e non di ordine letterale, la norma solleva quando attribuisce il rango di prededucibile anche al credito del socio per finanziamenti effettuati, verosimilmente, in esecuzione o in funzione di procedure di concordato e di ristrutturazione. Non è chiaro se la prededuzione si applichi ai finanziamenti dei soci effettuati prima o dopo l'inizio della procedura concorsuale. Tale previsione ha comunque fatto andare in fibrillazione tutta la faticosa elaborazione giurisprudenziale e dottrinale sulla postergazione dei finanziamenti dei soci, sorta dopo la riforma del diritto societario del 2003, dimostrando che è proprio vero che due righe del legislatore bastano a mandare al macero intere biblioteche"*

divenuti tali proprio in occasione della ristrutturazione.

1.4.2 La novella del 2012: l'art. 182^{quinquies}

Con la novella del 2012 è stato introdotto l'art. 182^{quinquies} in virtù del quale, il debitore che presenta, anche ai sensi dell'articolo 161 sesto comma, una domanda di ammissione al concordato preventivo o una domanda di omologazione di un accordo di ristrutturazione dei debiti ai sensi dell'articolo 182^{bis}, primo comma, (o una proposta di accordo ai sensi dell'articolo 182^{bis}, sesto comma), può chiedere al Tribunale di essere autorizzato, assunte se del caso sommarie informazioni, a contrarre finanziamenti, prededucibili ai sensi dell'articolo 111, se un professionista designato dal debitore in possesso dei requisiti di cui all'articolo 67, terzo comma, lettera d), verificato il complessivo fabbisogno finanziario dell'impresa sino all'omologazione, attesta che tali finanziamenti sono funzionali alla migliore soddisfazione dei creditori.

Si tratta dei c.d. finanziamenti “interinali” o, secondo altra definizione, dei finanziamenti “strumentali” al conseguimento degli obiettivi del piano¹⁹⁹.

L'autorizzazione può essere richiesta sia dopo la presentazione della domanda, anche con riserva, ma prima dell'ammissione sia in un momento successivo, cioè dopo l'ammissione alla procedura²⁰⁰ e può essere concessa anche per finanziamenti individuati soltanto per tipologia ed entità, e non ancora oggetto di trattative, potendo il Tribunale, altresì, autorizzare il debitore a concedere pegno o ipoteca a garanzia dei medesimi finanziamenti.

Inoltre, qualora il debitore presenti domanda di ammissione al concordato preventivo con continuità aziendale, anche ai sensi dell'articolo 161, sesto comma, può chiedere al Tribunale di essere autorizzato, assunte se

¹⁹⁹ AMBROSINI, *I finanziamenti bancari alle imprese in crisi dopo la riforma del 2012*, in Dir. Fall., 2012, p. 469 ss.

²⁰⁰ NIGRO-VATTERMOLI, *Diritto della crisi delle imprese. Le procedure concorsuali*, Bologna, 2013, p. 15.

del caso sommarie informazioni, a pagare crediti anteriori per prestazioni di beni o servizi, se un professionista in possesso dei requisiti di cui all'articolo 67, terzo comma, lettera d), attesta che tali prestazioni sono essenziali per la prosecuzione della attività di impresa e funzionali ad assicurare la migliore soddisfazione dei creditori.

Tale attestazione, tuttavia, non è necessaria nell'ipotesi di pagamenti effettuati fino a concorrenza dell'ammontare di nuove risorse finanziarie che vengano apportate al debitore senza obbligo di restituzione o con obbligo di restituzione postergato alla soddisfazione dei creditori.

La Relazione al D.L. n. 83/2012 spiega che la norma è stata introdotta per risolvere una delle criticità del sistema vigente che maggiormente impedisce la tempestiva risoluzione delle crisi di impresa, ossia la sostanziale inesistenza di un mercato della finanza interinale dovuta, soprattutto, alla circostanza che i finanziatori non possono sapere se il loro credito godrà o meno del beneficio della prededuzione sino ad un momento molto avanzato del procedimento di ristrutturazione.

L'intervento - aggiunge la Relazione - è ispirato ai *first day orders* del *Bankruptcy Code* statunitense e consiste nel riconoscere al debitore che ha depositato una domanda ex artt. 161, primo o sesto comma, (e 182 bis, primo o sesto comma), la facoltà di richiedere subito al Tribunale di essere autorizzato a contrarre finanziamenti prededucibili ed a pagare i fornitori anteriori le cui prestazioni siano funzionali alla prosecuzione dell'attività d'impresa

Il Tribunale accorda o meno la predetta autorizzazione sulla base delle risultanze della relazione di un professionista in possesso dei requisiti di cui all'art. 67, lettera d), che il debitore deve produrre, e, ove occorra, assunte sommarie informazioni.

I finanziamenti e i pagamenti possono essere autorizzati sempre che siano funzionali alla migliore soddisfazione dei creditori concorsuali (in tal modo si ribadisce che la continuità aziendale non è un valore in sé, ma

soltanto in quanto strumentale alla soddisfazione dell'interesse del ceto creditorio).

Una parte della dottrina ha evidenziato che la circostanza che l'art. 182*quinquies* consenta l'autorizzazione di finanziamenti individuati anche solo per tipologia ed entità e non ancora oggetto di trattative, costituisce *“una novità di indubbio rilievo in quanto si svincola l'autorizzazione dalla necessità di portare all'attenzione del Tribunale un testo contrattuale completo e, quindi, con controparte già identificata, lasciando al debitore una significativa discrezionalità nella contrattazione”*²⁰¹.

Ciò determinerebbe effetti benefici evidenti in quanto *“da un lato - i potenziali finanziatori possono essere allettati dall'idea di concedere un finanziamento ab initio generatore di un diritto di credito prededucibile e, dall'altro, l'imprenditore - essendo già in possesso dell'autorizzazione - può essere agevolato nel reperire presso il ceto bancario migliori condizioni contrattuali”*²⁰².

Altra parte della dottrina ha rilevato che *“il nuovo intervento riformatore del concordato preventivo e degli accordi di ristrutturazione ha creato un vero florilegio di nuove prededuzioni, rispetto alle quali si assiste a un'inedita asimmetria genetica, con spostamento tutto a favore del debitore rispetto agli organi della procedura. Il controllo del giudice talvolta appare evanescente, talvolta forse inesistente”*²⁰³.

In particolare, l'art. 161, comma 7 e l'art. 182*quinquies* sarebbero all'apparenza norme aggressive, *“dotate di una potenziale carica eversiva e in grado, se non ricondotte a ragionevolezza, di rendere patologico il tessuto della concorsualità”*²⁰⁴.

L'autorizzazione *ex art.* 182*quinquies* non è richiesta soltanto ai fini del riconoscimento della prededucibilità, occorrendo essa soprattutto per conferire

²⁰¹ BALESTRA, *I finanziamenti all'impresa in crisi nel c.d. decreto sviluppo*, in *Fallimento*, 2012, p. 1401

²⁰² BALESTRA, *op. cit.* p. 1402.

²⁰³ D'AMORA, *La prededuzione nell'anno di grazia 2013*, in *www.oci.org*, p. 5.

²⁰⁴ D'AMORA, *op. cit.*, p. 6.

efficacia all'atto nei confronti della massa concordataria.

Pertanto, non può essere condiviso quell'orientamento giurisprudenziale secondo il quale non necessita di autorizzazione ai sensi dell'articolo 182*quinquies*, L.F., il finanziamento del socio che accetti la postergazione²⁰⁵.

Quanto ai presupposti per la concessione dell'autorizzazione, la dottrina ha sottolineato che la terminologia usata dalla norma non consentirebbe di prefigurare operazioni che risultino semplicemente neutre per la massa dei creditori.

Ciò in quanto il requisito della migliore soddisfazione dei creditori starebbe a significare che *“senza l'erogazione di quei finanziamenti le prospettive di soddisfacimento del ceto creditorio risultano inferiori, il che val quanto dire che il sacrificio connesso all'assunzione di un ulteriore debito, per di più prededucibile, è giustificato in quanto gli effetti positivi scaturenti dalla disponibilità di quelle nuove risorse sopravanzino gli oneri che ne derivano”*²⁰⁶.

Nella giurisprudenza di merito, peraltro, si è ritenuto che, alla luce delle disposizioni di cui all'articolo 182 *quinquies*, commi 1 e 2, L.F., è possibile autorizzare l'estensione di linee di credito per l'anticipo di fatture emesse dal debitore - importi che assumeranno, pertanto, natura prededucibile - qualora l'operazione, sulla scorta delle risultanze della relazione redatta dall'esperto e degli altri elementi informativi acquisiti, si prospetti necessaria alla continuità aziendale, non dannosa per il patrimonio della ricorrente e funzionale ad una migliore soddisfazione dei creditori anche in una eventuale ipotesi liquidatoria²⁰⁷.

Quanto all'ambito di applicazione dell'art. 182*quinquies*, comma 1, invero, in particolare in relazione alla tesi che ritiene applicabile la norma soltanto ai concordati con continuità aziendale, appare sicuramente

²⁰⁵ Tribunale Busto Arsizio, 11 febbraio 2013, in *www.ilcaso.it*.

²⁰⁶ AMBROSINI, op. cit., p. 478.

²⁰⁷ Tribunale Milano, 11 dicembre 2012, in *www.ilcaso.it*.

condivisibile l'opinione secondo la quale il raffronto con la formulazione del comma 4, che richiede che l'esperto attesti l'essenzialità di dette prestazioni "per la prosecuzione dell'attività di impresa" laddove di ciò non si fa alcuna menzione nel primo comma "*sta precisamente a significare che il legislatore ha inteso accordare tutela alla nuova finanza subordinatamente alla sola funzionalità di essa alla migliore soddisfazione dei creditori, a prescindere dalla circostanza che il piano preveda la continuazione dell'attività o la sua interruzione, che l'impresa sia operativa o, invece, inattiva, quando non già formalmente in liquidazione*"²⁰⁸.

L'art. 182*quinquies* consente anche al debitore che abbia presentato domanda di ammissione alla procedura di concordato con riserva di presentazione della proposta, del piano e della relativa documentazione ex art. 161, comma 6, di richiedere l'autorizzazione al Tribunale a contrarre finanziamenti prededucibili.

Nella pratica, peraltro, è sorta questione circa il contenuto dell'istanza, in ipotesi di pre-concordato, perché, in mancanza di una proposta e di un piano, non ancora presentati, sebbene il Tribunale possa assumere informazioni, non sarebbe possibile alcun sindacato giudiziale sull'attestazione del professionista designato dal debitore in merito alla funzionalità dei finanziamenti alla migliore soddisfazione dei creditori, tenuto conto del complessivo fabbisogno finanziario dell'impresa sino all'omologazione.

Una parte della giurisprudenza di merito, invero, ha ritenuto generica e quindi inammissibile l'istanza di autorizzazione a contrarre finanziamenti ove manchino gli elementi da cui desumere la ragionevolezza dell'aggravamento dell'esposizione debitoria in funzione del complessivo impianto del piano di concordato in elaborazione, nemmeno delineato nelle sue linee essenziali²⁰⁹.

La dottrina aveva già osservato che "*il fatto che sia richiesta*

²⁰⁸ AMBROSINI, op. cit., 480

²⁰⁹ Tribunale di Treviso, 16 ottobre 2012, in www.ilcaso.it.

*un'attestazione specifica pone il legittimo dubbio se, allora, quest'attestazione non debba essere preceduta o accompagnata da una pre-attestazione sull'intero piano, posto che altrimenti sarà sommamente difficile per il Tribunale valutare la coerenza dell'operazione economica richiesta*²¹⁰.

In senso ancora più restrittivo, poi, si è ritenuto che, *“presupponendo l'autorizzazione la possibilità di esaminare una relazione analitica su fabbisogno finanziario e funzionalità alla migliore soddisfazione dei creditori e basandosi questo elaborato, giocoforza, sul piano predisposto dall'impresa, risulta evidente che la predetta istanza anticipatoria non è conciliabile con la richiesta di autorizzazione ex art. 182quinquies, 1° c.”*²¹¹.

Secondo altro orientamento dottrinario, al contrario, *“ritenere che, nonostante la chiara lettera della legge, sia riservata al Tribunale un'indagine di merito in ordine alla funzionalità, intesa come idoneità alla migliore soddisfazione dei creditori, pur in presenza di una attestazione in tale senso da parte del professionista, significherebbe stravolgere l'istituto e, di fatto, neutralizzare il nuovo intervento riformatore”* e, d'altra parte, non sarebbe dato comprendere con quali strumenti, potrebbe essere condotta *“un'indagine di merito nella fase preconcordataria ove non esiste per il giudice un professionista di riferimento, quale è il commissario giudiziale nella fase successiva all'ammissione”*²¹².

Pertanto, la ratio agevolativa della norma, che è quella di consentire l'accesso al finanziamento in tempi rapidi, farebbe concludere nel senso che al Tribunale sarebbe demandato un mero controllo di legittimità sostanziale.

Potrebbe, invero, osservarsi che appare essere più opportuno distinguere da caso a caso, non esistendo un principio unico, applicabile in qualunque occasione a prescindere dalle circostanze.

Infatti, mentre possono esistere casi limite in cui nessuna ulteriore informazione sul contenuto del piano è necessaria per consentire

²¹⁰ FABIANI, *Vademecum per la domanda "prenotativa" di concordato preventivo*, in www.ilcaso.it

²¹¹ AMBROSINI, op. cit., p. 479.

²¹² D'AMORA, op. cit., p. 22.

l'autorizzazione, in altri casi i benefici attesi dovranno essere valutati alla luce almeno della tipologia di piano e/o delle sue linee essenziali e, in altri casi ancora, sarà indispensabile valutare la richiesta di finanza interinale alla luce del piano completo e della proposta concordataria o, addirittura, non sarà possibile autorizzare il finanziamento prima dell'ammissione al concordato.

L'art. 182*quinquies* L.F. non contiene alcun accenno ai finanziamenti interinali erogabili da parte dei soci, motivo per cui, in dottrina, è stato affrontato il problema in ordine alla possibilità o meno di riconoscerne il carattere prededucibile.

In proposito, pur essendo prospettabile tanto la tesi che i predetti finanziamenti sono sempre prededucibili, anche se provengono da soci o dalla società capogruppo o da società sorelle (anche non socie), dal momento che la disposizione di cui all'art. 182*quinquies*, primo comma, si riferisce indistintamente a tutti i finanziamenti, sembra maggiormente condivisibile la tesi per la quale, viceversa, non sono mai prededucibili i finanziamenti interinali provenienti da soci, poiché manca una disposizione specifica, analoga a quella contenuta nel terzo comma dell'art. 182*quater*, che espressamente deroghi la regola della postergazione,

È del tutto convincente, invero, l'autorevole conclusione per la quale *“dall'art. 182quater, comma 3 si evince ... che in caso di contrasto tra due norme che dispongono, l'una, la subordinazione involontaria e, l'altra, la prededuazione di un medesimo credito, è la prima a dover essere considerata prevalente; affinché possa dirsi il contrario è infatti necessario che la seconda specifichi espressamente che «in deroga agli artt. 2467 e 2497 quinquies» quel certo credito, pur subordinato, è da considerare prededucibile. E nell'art. 182quinquies, a differenza di quanto stabilito dall'art. 182quater, comma 3, non v'è alcuna specificazione di tal genere”*²¹³.

1.4.2.1 La novella del 2012: le modifiche all'art. 182quater

²¹³ NIGRO-VATTERMOLI, op. cit., p. 19

Prima della novella del 2012, con riferimento ai finanziamenti disciplinati nell'art. 182^{quater} L.F., era dubbio se la prededuzione assistesse soltanto i crediti per finanziamenti effettuati in esecuzione dell'accordo omologato, come faceva pensare il richiamo, per i finanziamenti dei soci, solo al primo comma dell'art. 182^{quater}, ovvero anche i finanziamenti ponte effettuati dai soci.

Il dato testuale della norma e l'esplicito richiamo del primo comma, invero, non impedivano di aderire alla diversa opinione²¹⁴, secondo la quale la prededucibilità, sebbene limitata all'ottanta per cento del credito, avrebbe assistito anche i finanziamenti ponte dei soci, perché, altrimenti, sarebbe stata inspiegabile la norma di cui al quinto comma dell'art. 182^{quater}, nel testo originario, secondo la quale *“con riferimento ai crediti indicati ai commi secondo, terzo e quarto, i creditori sono esclusi dal voto e dal computo delle maggioranze per l'approvazione del concordato ai sensi dell'art. 177 e dal computo della percentuale dei crediti prevista all'art. 182-bis, primo e sesto comma”*.

Si era, quindi, concluso nel senso che la disciplina in questione rappresentava *“la dimostrazione che possono essere qualificati finanziamenti effettuati in «esecuzione» di un accordo (o di un concordato preventivo) anche operazioni produttive di crediti sorti anteriormente all'accordo (o alla domanda di concordato), se è vero - come è vero - che la legge ritiene di dovere disporre in materia di esclusione degli stessi dal computo delle maggioranze rilevanti per la configurazione di un accordo di ristrutturazione propriamente detto (o dal computo delle maggioranze previste per l'approvazione del concordato: art. 182 quater, comma 5, l.fall.)”*²¹⁵.

Infatti, se si fosse trattato di finanziamenti eseguiti in esecuzione -

²¹⁴ D'AMORA, *La nuova prededuzione, Relazione svolta al Convegno organizzato dall'OCI, Le ricerche sulle prassi giudiziarie e le caratteristiche delle imprese: l'istruttoria prefallimentare e lo stato passivo*, Bari 8-9 ottobre 2010, in www.osservatorio-oci.org, p. 9

²¹⁵ BONFATTI, *Il sostegno finanziario dell'impresa nelle procedure di composizione negoziata delle crisi*, in www.ilcaso.it, Sezione II - Dottrina, opinioni e interventi documento n. 214/2010, p. 15.

quindi di crediti che sorgono successivamente all'omologazione - la norma sarebbe stata del tutto inspiegabile e oscura.

Nondimeno, il carattere fortemente derogatorio della disciplina civilistica della norma in questione, faceva propendere per la soluzione negativa.

La novella del 2012 ha risolto questo dubbio interpretativo disponendo l'equiparazione dei finanziamenti dei soci - quanto a prededucibilità ma fino all'ammontare dell'ottanta per cento, rimanendo il resto postergato - ai finanziamenti di altri soggetti, sia in esecuzione che in funzione dell'ammissione al concordato preventivo (o all'omologa dell'accordo di ristrutturazione dei debiti) e ciò anche se il finanziatore abbia acquisito la qualità di socio in esecuzione del concordato preventivo.

Peraltro, il testo modificato nel 2012 dell'art. 182^{quater} prevede che “*si applicano i commi primo e secondo*” - quindi l'attribuzione di prededucibilità sic et simpliciter – “*quando il finanziatore ha acquisito la qualità di socio in esecuzione dell'accordo di ristrutturazione dei debiti o del concordato preventivo*”.

Quindi senza la postergazione parziale prevista per gli altri soci, ossia quelli che tale qualità non hanno acquistato solo in esecuzione del concordato o accordo ma erano tali già prima dell'accesso alla procedura.

Secondo una diversa prospettazione, invece, l'inciso introdotto nel 2012 serve “*a specificare il precedente periodo, nel senso che il trattamento di favore può essere riservato ai soli soggetti che abbiano acquistato la qualità di soci nella medesima operazione di finanziamento dalla quale scaturiscono i crediti prededucibili*”²¹⁶.

A tale opinione, tuttavia, si può obiettare che, se l'intento del legislatore fosse stato quello di escludere coloro che rivestivano la qualità di socio all'epoca dell'accesso alla procedura, l'enunciato normativo sarebbe stato formulato senz'altro diversamente.

²¹⁶ NIGRO-VATTERMOLI, op. cit., p. 18

La *ratio* della novella, dunque, va riconosciuta nel fatto che non può essere riservato il medesimo trattamento ai soci i cui crediti per finanziamenti, di regola, cioè ai sensi degli artt. 2467 e 2497*quinquies* del codice civile, sono postergati e ai soggetti che, prima dell'accesso alla procedura non erano soci ma acquistano tale qualità solo a seguito dell'esecuzione del concordato il cui successo il loro finanziamento - previsto ovviamente dal piano - è finalizzato ad assicurare.

Per i soci c.d. acquisiti, invero, non è proprio invocabile la *ratio* della normativa di cui agli articoli 2467 e 2497*quinquies* del codice civile, poiché tali norme, nell'interessarsi dei finanziamenti erogati dai soci all'impresa in crisi, guardano *“il profilo negativo, vale a dire la circostanza che i partecipanti all'impresa abbiano scelto di percorrere una via non corretta per conseguire un risultato di per sé commendevole”* vale a dire che *“abbiano deciso di apportare capitale di credito, lì dove sarebbe stato giusto alla luce di principi ricavabili, al vertice, dagli artt. 2247 e 2265 c.c. conferire capitale di rischio”*²¹⁷.

Conseguentemente per essi non sarebbe giustificata la limitazione della prededucibilità all'ottanta per cento dell'ammontare del finanziamento.

1.4.3 La novella del 2013: l'interpretazione autentica dell'art. 111, comma 2 L.F. nel pre-concordato

In modo inatteso e forse nel timore che il concordato con riserva potesse dar luogo ad abusi da parte di imprenditori di poco scrupolo, il Legislatore introduceva un'altra norma in materia di prededuazione, l'art. 11, comma 3 quater, D.L. 23 dicembre 2013, n. 145, conv. in L. 21 febbraio 2014, n. 9, interpretando in modo autentico l'art. 111, comma 2, L.F., nel senso che i crediti sorti in occasione o in funzione della procedura di concordato

²¹⁷ BRIOLINI, *Questioni irrisolte in tema di piani di risanamento e di accordi di ristrutturazione dei debiti. Appunti sugli artt. 2467 e 2497-quinquies c.c. e sull'art. 182-quater l. fall.*, in *Banca Borsa tit. credito*, 2012, p. 523.

preventivo con riserva potessero essere qualificati prededucibili a condizione che la proposta, il piano e la relativa documentazione fossero presentati entro il termine fissato dal giudice e che la procedura fosse aperta ai sensi dell'art. 163 L.F., senza soluzione di continuità rispetto alla domanda originaria.

Di fronte a tale intervento, vi è stato chi ha parlato di “*schizofrenia legislativa*” additando tale ultima riforma come un “*procedere a tentoni del nostro legislatore senza una vera progettualità coerente e ponderata*”²¹⁸

La ragione di tali critiche, probabilmente, è dovuta alla brusca inversione di rotta operata dal Legislatore con la modifica legislativa in parola, rispetto all'orientamento adottato a partire dal 2010 e con le successive riforme.

Difatti, con l'introduzione nel 2012 delle procedure di concordato in continuità e concordato con riserva o pre-concordato, sembrava chiara la volontà del Legislatore di incentivare soluzioni alternative alla procedura di fallimento, in grado di garantire certezza del diritto, una maggiore soddisfazione dei creditori concorsuali e di consentire al contempo il salvataggio dell'impresa in crisi attraverso la continuazione dell'attività aziendale.

Tali risultati dovevano essere raggiunti sfruttando la caratteristica fondamentale del concordato con riserva, che è quella di creare un lasso di tempo, intercorrente tra la prestazione della domanda di concordato in bianco ed il successivo eventuale decreto di ammissione, durante il quale l'imprenditore in concordato può continuare ad operare legittimamente sul mercato.

In particolare, dunque, il Legislatore si era premurato di incentivare i terzi a contrarre con l'imprenditore in concordato, prevedendo, al comma 7 dell'art. 161 L.F., la prededucibilità dei crediti di questi ultimi eventualmente sorti per effetto degli atti legalmente compiuti dal debitore.

²¹⁸ VELLA, *L'interpretazione autentica dell'art. 111, co. 2, l. fall. e i nuovi orizzonti della prededuzione pre-concordataria*, in *Crisi d'Impresa e Fallimento*, 18 marzo 2014, pag. 20

Tuttavia, poi, con la modifica legislativa in parola il Legislatore ha eliminato l'automaticità della concessione della prededuzione per i crediti sorti in occasione e in funzione del concordato con riserva, ed ha subordinato la stessa alle due condizioni dell'effettiva apertura della procedura dopo la presentazione del piano e dell'assenza di interruzioni temporali tra il concordato con riserva e il concordato preventivo.

L'intento dichiarato alla base di tale *retro-front* sarebbe dovuto essere quello di evitare che l'imprenditore in crisi continui, maliziosamente ed in mala fede, la sua attività, sfruttando finanziamenti di possibili creditori, allettati dalla promessa della prededuzione, per trascinare la sua attività d'impresa a discapito degli altri creditori concordatari, che vedranno inevitabilmente ridursi le possibilità di recuperare il proprio credito, dato che i crediti prededotti dovranno essere sottratti dalla massa dei crediti partecipanti al concorso e liquidati integralmente ed in via anticipata.

Tuttavia, ben può osservarsi che se effettivamente l'intento del Legislatore era quello di dissuadere gli imprenditori in crisi dalla presentazione di domande di concordato in bianco solo per i lauti compensi garantiti dalla prededucibilità, poteva anche evitarsi un intervento legislativo di tale portata, dal momento che la questione sembrava essere già stata delimitata dalla giurisprudenza.

Difatti, la Suprema Corte con sentenza n. 7166 del 2012 aveva già negato la prededucibilità per prestazioni professionali di nessuna utilità per la massa dei creditori, per di più prestate in condizioni che sin dall'inizio non consentivano nessun salvataggio dell'impresa, destinata al fallimento.

Ed invero lo stesso Legislatore sembra aver già preso atto della disarmonia dell'innovazione di cui si discute, tant'è che a distanza di meno di un anno ha già emesso altro provvedimento normativo con cui si è abrogato il precedente, vale a dire, l'articolo 22, comma 7, del D.L. "*competitività*" (91/2014, convertito in legge 116/2014).

Allo stato, dunque il ricorso ai crediti per finanziamenti prededucibili

mantiene la più ampia operatività, fermo restando che l'agevolazione disposta dal Legislatore è limitata a questa categoria di obbligazioni, mentre per ogni altra esigenza creditoria permane la complessità dell'iter procedurale necessario per il riconoscimento della prededucibilità.

CAP. 2. I CREDITI PREDEDUCIBILI NEL FALLIMENTO

2.1 Le fattispecie espressamente previste dall'art. 111 L.F. ante riforma del 2006

2.1.1 I debiti contratti per la continuazione dell'esercizio dell'impresa

Nella sua primigenia formulazione l'art. 111, rubricato "*Ordine di distribuzione delle somme*" disponeva: "*I. Le somme ricavate dalla liquidazione dell'attivo sono erogate nel seguente ordine:*

1) per il pagamento delle spese, comprese le spese anticipate dall'erario, e dei debiti contratti per l'amministrazione del fallimento e per la continuazione dell'esercizio dell'impresa, se questo è stato autorizzato;

2) per il pagamento dei crediti ammessi con prelazione sulle cose vendute secondo l'ordine assegnato dalla legge;

3) per il pagamento dei creditori chirografari, in proporzione dell'ammontare del credito per cui ciascuno di essi fu ammesso, compresi i creditori indicati al n. 2, qualora non sia stata ancora realizzata la garanzia, ovvero per la parte per cui rimasero non soddisfatti da questa.

II. I prelevamenti indicati al n. 1 sono determinati con decreto dal giudice delegato."

Nel vigore di tale normativa, dunque, tra le varie procedure concorsuali, l'unica in cui erano espressamente indicati i crediti che avrebbero dovuto formare oggetto dei "prelevamenti" disposti con decreto del giudice delegato ed in cui, dunque, veniva disciplinata la prededuzione, era il fallimento.

Dal combinato disposto del predetto art. 111 con gli articoli 34, 91, 109,

110, 113 e 133 L.F., *ratione temporis* vigenti, si ricavano i seguenti principi: 1) i debiti di massa/crediti prededucibili sono le spese di procedura ed i debiti contratti per l'amministrazione del fallimento e per la continuazione dell'esercizio dell'impresa; 2) i debiti di massa devono essere pagati con precedenza assoluta - prima ed al di fuori del piano di riparto finale - rispetto a tutti i creditori concorrenti, compresi quelli aventi diritti di prelazione; 3) il pagamento dei debiti di massa avviene al di fuori dei piani di riparto e con decreto del giudice delegato; 4) i debiti di massa devono essere pagati man mano che scadono.

I debiti di massa, espressamente indicati dall'art. 111 L.F. ante riforma del 2006, erano, dunque, composti da tre categorie: spese di procedura, debiti per l'amministrazione del fallimento e debiti per la continuazione dell'esercizio dell'impresa.

Spese di procedura si ritenevano quelle necessarie per lo svolgimento della procedura concorsuale e cioè, a titolo esemplificativo, per la dichiarazione di fallimento, per l'apposizione e la rimozione dei sigilli, per l'inventario, per la verifica dei crediti, per le ripartizioni e per la chiusura del fallimento.

I debiti per l'amministrazione del fallimento, invece s'inquadavano tra quelli contratti per la custodia, la conservazione e la vendita dei beni.

I debiti per la continuazione dell'esercizio dell'impresa, erano, infine, quelli contratti dal curatore *ex art.* 90 L.F.

Vi è stato chi ha osservato che, mentre le spese di procedura ed i debiti per l'amministrazione ricorrevano in ogni fallimento, poiché essenziali ed ineliminabili per lo svolgimento di qualunque procedura concorsuale, viceversa i debiti per la continuazione dell'esercizio dell'impresa costituivano una categoria solo eventuale, poiché dipendeva dalla concessione o meno da parte del Tribunale dell'autorizzazione dell'esercizio provvisorio²¹⁹.

Orbene, nonostante il dettato chiaro dell'art. 111 L.F. *ratione temporis*

²¹⁹ CIAMPI, *La conservazione dell'azienda nelle procedure concorsuali, in Fallimento*, 1986, p. 289

vigente, la individuazione delle fattispecie riconducibili alle prime due categorie appena evidenziate è sempre stata discussa.

Viceversa, non vi erano particolari problemi nell'individuazione dei debiti contratti per l'esercizio dell'impresa, allorquando fosse stata autorizzata dal Tribunale.

Essi risultavano costituiti non solo dei debiti contratti dal curatore a seguito di nuovi rapporti giuridici, ma anche da quelli derivanti dai contratti posti in essere dal fallito ed inerenti allo svolgimento dell'attività imprenditoriale, in cui il curatore subentrava *ex lege*, ovvero, per scelta dell'ufficio fallimentare²²⁰

I debiti contratti per l'esercizio dell'impresa acquisivano importanza essenziale anche nell'amministrazione controllata e nell'amministrazione straordinaria sia perché tale esercizio era elemento necessario nella prima procedura e quasi sempre ricorrente nella seconda, sia per la durata massima di esso, che era di due anni nella prima e di cinque anni nella seconda procedura, sia, soprattutto, per le enormi risorse finanziarie che l'esercizio dell'impresa impegnava in entrambe le procedure.

Orbene, anche se l'esercizio dell'impresa nel fallimento, nell'amministrazione controllata e nell'amministrazione straordinaria aveva presupposti, caratteri e modalità di svolgimento diversi, tuttavia era comune alle tre procedure il problema dei debiti di massa sorti durante l'esercizio provvisorio.

Il legislatore, invero, ha sempre mostrato notevole diffidenza verso l'istituto dell'esercizio provvisorio nel fallimento tanto da vincolare la continuazione di esso al parere del comitato dei creditori²²¹.

Diffidenza ereditata da quella ancora più accentuata del legislatore dell'abrogato Codice di Commercio, il quale non solo aveva richiesto per la continuazione dell'esercizio dell'impresa l'approvazione dell'assemblea dei

²²⁰ RIVOLTA, *L'esercizio dell'impresa nel fallimento*, Milano, 1969, p.367

²²¹ RUISI-JORIO-MAFFEI-ALBERTI-TEDESCHI, *Il fallimento*, Torino, 1978, III, p 701.

creditori con la maggioranza di tre quarti in numero e somma (art. 794 Codice di Commercio), ma addirittura aveva previsto la responsabilità personale dei creditori assenzienti per l'ipotesi in cui le operazioni autorizzate avessero indotto “*obbligazioni eccedenti l'attivo del fallimento*” (art. 795 Codice di Commercio).

Il sistema era, evidentemente, iniquo, poiché il fallito beneficiava degli eventuali utili dell'esercizio provvisorio senza subirne le perdite che, invece, venivano sopportate dai creditori assenzienti²²²

Pertanto, i debiti dell'esercizio provvisorio per la parte eccedente l'attivo erano a carico dei creditori che lo avevano approvato.

Con l'introduzione della legge fallimentare, a tutt'oggi, il comitato dei creditori che esprime parere favorevole sull'opportunità di continuare o riprendere l'esercizio provvisorio non incorre in alcuna responsabilità per i debiti derivanti da tale esercizio, anche se superassero l'attivo, poiché di tali debiti, come di tutti i debiti di massa, risponde, evidentemente, solo il fallito.

Probabilmente la diffidenza dimostrata negli anni dal legislatore, era frutto della consapevolezza che la continuazione dell'esercizio dell'impresa rappresenta una decisione di gravità eccezionale perché i debiti di massa con esso creati possono assorbire l'attivo esistente con danno enorme per tutti i creditori²²³.

I debiti contratti per l'esercizio provvisorio, come rappresentato, erano espressamente menzionati solo nell'art. 111 L.F., nella formulazione vigente ante riforma del 2006, mentre le altre norme che pure riguardavano i debiti di massa si riferivano solo alle spese di giustizia e di amministrazione (art. 34 L.F.) o alle spese occorrenti per la procedura (art. 110 L.F.).

Tuttavia, l'art. 111 L.F. non chiariva se i debiti contratti per la continuazione dell'esercizio dell'impresa rientrassero tra le spese generali, vale a dire quelle spese ritenute comuni alla procedura fallimentare nel suo

²²² VASELLI, *I debiti della massa nel processo di fallimento*, Milano, 1951, p. 53.

²²³ In tal senso FERRARA, *Il fallimento*, Milano, 1974, p. 450.

complesso, o tra le spese specifiche, ritenute tali allorquando sostenute per l'acquisizione di un singolo bene alla massa²²⁴

La risoluzione di tale interrogativo appariva decisiva ai fini della ripartizione dei debiti di massa tra i vari creditori.

Difatti, della natura speciale, ovvero, generale del debiti contratti per la continuazione dell'impresa, sarebbe, poi, dipesa la relativa imputazione al realizzo dei beni prodotti con l'esercizio provvisorio, ovvero, al prezzo ricavato dalla vendita di tutti i beni.

Sul punto il FERRARA, aveva laconicamente affermato che i debiti contratti dalla curatela per l'esercizio provvisorio dell'impresa sarebbero spese generali *“perché questi debiti non possono apprezzarsi come contratti per la conservazione e l'esproprio del bene”*²²⁵ gravato da garanzia reale.

In senso opposto, invece, ALESSI, aveva osservato che *“i debiti contratti dal curatore durante l'esercizio provvisorio sono sempre spese specifiche che vanno detratte dal realizzo dei beni prodotti e che, in definitiva, vengono sopportate dai creditori cui è destinato il prezzo ricavato dalla vendita di tali beni e l'eventuale utile di gestione”*²²⁶

Osservava, infatti, il citato autore che, riponendo la prededuzione il proprio fondamento nel concetto di utilità, in considerazione della circostanza che della produzione e vendita dei beni mobili o immobili realizzati durante l'esercizio provvisorio avrebbero giovato direttamente i creditori chirografari e con privilegio generale, questi solo sarebbero stati poi tenuti a sopportare i relativi debiti contratti dal curatore, motivo per cui siffatti debiti ben potevano considerarsi spese specifiche da detrarre dal prezzo ricavato dalla vendita.

I medesimi criteri dovevano, poi, ritenersi validi anche nell'ipotesi in cui l'esercizio dell'impresa veniva disposto non per produrre nuovi beni ma per completare prodotti semilavorati.

Se, dunque, i ricavi dell'esercizio provvisorio andavano destinati in

²²⁴ ALESSI, *I debiti di massa nelle procedure concorsuali*, Milano, 1987, p. 50

²²⁵ FERRARA, op cit., p. 529

²²⁶ ALESSI, op. cit. p. 54

primo luogo a soddisfare i debiti contratti dal curatore per la continuazione dell'attività d'impresa, la dottrina si era posta, altresì, il problema di verificare se predetti ricavi dovessero essere destinati esclusivamente alla soddisfazione dei debiti in parola, ovvero, potessero essere utilizzati per soddisfare anche le altre categorie di debiti di massa (spese di procedura e debiti per l'amministrazione del fallimento).

La scelta della seconda soluzione fu giustificata alla luce del disposto dell'art. 34 L.F., che si riferiva alle “*somme riscosse a qualunque titolo dal curatore*”, tra le quali, dunque, certamente rientravano anche quelle provenienti dall'esercizio provvisorio²²⁷.

Parallelamente fu anche osservato che sarebbe stato, in ogni caso, corretto ritenere che i debiti derivanti dall'esercizio provvisorio potessero essere pagati con somme non provenienti dall'esercizio provvisorio stesso.

Tuttavia, tali pagamenti, dovevano essere eseguiti dal curatore con la massima prudenza dal momento che alla chiusura dell'esercizio, in ogni caso, il curatore sarebbe stato tenuto ad eseguire l'imputazione definitiva dei debiti dell'esercizio al risultato del medesimo, dovendo, se del caso, operare i necessari conguagli contabili per determinare le somme disponibili per i riparti ai creditori.²²⁸

²²⁷ RIVOLTA, op. cit., p. 360.

²²⁸ ALESSI, op. cit. p. 55

2.1.2 Le spese ed i debiti contratti per l'amministrazione del fallimento – Gli atti indispensabili per lo svolgimento della procedura

I debiti di massa indicati al n. 1 dell'art. 111 L.F. ante riforma del 2006, costituiti dalle spese e dai debiti contratti per l'amministrazione del fallimento sono stati raggruppati dalla dottrina in tre ampie categorie, a seconda che derivassero da atti indispensabili per lo svolgimento della procedura concorsuale, da obbligazioni contratte dal curatore e da giudizi cui avesse partecipato il curatore stesso²²⁹.

Venivano generalmente indicati tra gli atti indispensabili per lo svolgimento della procedura fallimentare: la domanda di fallimento, l'apposizione dei sigilli, la redazione dell'inventario, la formazione dello stato passivo, la verifica dei crediti, le domande di ammissione al passivo, il pagamento delle tasse di bollo e delle imposte di registro ed il compenso del curatore.

Dottrina e giurisprudenza erano concordi nel riconoscere, al creditore che avesse presentato ricorso di fallimento il diritto alla ripetizione delle spese sostenute, nell'ipotesi in cui il fallimento fosse stato, poi, dichiarato, tuttavia esisteva una vivace disputa in ordine alla natura di tale credito, disputandosi se esso fosse chirografario, privilegiato *ex artt. 2755, 2770 e 2777 c.c. o*, addirittura, prededucibile, *ex art. 111 L.F.*, quali spese della procedura.

L'indirizzo maggioritario in giurisprudenza²³⁰, sostenuto da parte della

²²⁹ VASELLI, *I debiti della massa nel processo di fallimento*, Milano, 1951, p. 35; VITALE, *I debiti della massa nel fallimento*, Milano, 1975, p. 93.

²³⁰ Cfr.: Cass., 22 aprile 1959, n. 1201, in *Giust. civ.*, 1959, I, 1051; Trib. Milano, 15 maggio 1957, in *Monit. trib.*, 1957, 641; App. Venezia, 2 agosto 1957, in *Dir. fall.*, 1957, II, 779; App. Palermo, 19 dicembre 1959, in *Foro it.*, 1960, I, 652; Trib. Napoli, 10 marzo 1969, in *Dir. fall.*, 1969, II, 342; Tribunale Foggia, 8 febbraio 1985; in *Dir. Fall.*, 1985, II, p. 630; Tribunale Torino, 10 febbraio 1990 in *Giur. it.* 1991, I, 2, 155; Cassazione civile, sez. I, 24 maggio 2000, n. 6787, in *Dir. fall.* 2001, II, 1121; Tribunale Roma, 04 dicembre 2003 in *Dir. e prat. soc.* 2004, 14/15, p. 92.

dottrina²³¹ era il secondo, che faceva rientrare le spese della domanda di fallimento tra le spese di giustizia, da ammettersi al passivo del fallimento con il privilegio *ex artt. 2755, 2770 e 2777 c.c.*.

I sostenitori di tale tesi, partendo dal rilievo che in virtù del dettato dell'art. 54 L.F., comma 3, la dichiarazione di fallimento sarebbe equiparabile ad una sorta di pignoramento generale, nel perfetto parallelismo tra creditore precedente nell'esecuzione individuale e creditore istante in quella collettiva²³², affermavano l'applicabilità dell'95 c.p.c., che pone a carico del debitore le spese del processo di esecuzione, da soddisfare con il privilegio previsto dal codice civile²³³.

Inoltre, veniva pure osservato che, dal momento che a fronte dell'insolvenza del debitore l'unico strumento di difesa rimasto al creditore, impossibilitato a tentare il recupero individuale, sarebbe la proposizione di istanza di fallimento e che da tale atto deriverebbe innegabilmente un vantaggio per tutti i creditori, la logica conseguenza non potrebbe che essere il riconoscimento del diritto alla ripetizione prelatizia (così come, appunto, previsto per l'esecuzione individuale) delle spese incontrate per esperire concretamente l'azione.

Argomentando diversamente, altra parte della dottrina²³⁴ ed isolate pronunce di merito²³⁵, ritenevano che le spese sostenute dal creditore per la dichiarazione di fallimento fossero da ricondurre tra quelle del procedimento fallimentare, qualificando le stesse come debiti di massa, da soddisfare in prededuzione, *ex art. 111, n. 1*

²³¹ AZZOLINA, *Il fallimento*, Torino, 1961, II, p. 683; PROVINCIALI, *Trattato di diritto fallimentare*, Milano, 1974, III, p. 1685; DEL VECCHIO, *Le spese e gli interessi nel fallimento*, Milano, 1969, p. 31; CELORIO-PAJARDI, *Commentario della legge fallimentare*, II, Milano, 1963, p. 723.

²³² Cassazione civile, sez. I, 24 maggio 2000, n. 6787 in *Dir. fall. 2001*, II, p. 1121;

²³³ DEL VECCHIO, *op. cit.*, p. 32.

²³⁴ VASELLI, *op. cit.*, p. 37; FERRARA, *Il fallimento*, Milano, 1974, p. 529; BONSIGNORI, *Della liquidazione dell'attivo*, Bologna, 1976, p. 230; PAJARDI, *Manuale di diritto fallimentare*, Milano, 1983, p. 551; RUISI-JORIO-MAFFEI-ALBERTI-TEDESCHI, *Il fallimento*, Torino, 1978, I, p. 589; VITALE, *I debiti della massa nel fallimento*, Milano, 1975, p. 95.; ZAPPAROLI, *Sul carico delle spese relative all'apertura del fallimento*, in *Foro It.*, 1959, I, p. 1501

²³⁵ App. Messina, 23 marzo 1954, in *Dir. fall.*, 1954, II, 657; Appello Firenze, 15 settembre 1959, in *Giur Comm.* 1980, II, p. 780

Alla base di tale orientamento si poneva la convinzione che l'art. 111 L.F. non potesse essere interpretato in modo restrittivo e che tale norma non autorizzasse alcuna distinzione tra spese contratte dall'ufficio fallimentare dopo la dichiarazione di fallimento e spese contratte dal privato prima della dichiarazione stessa e, ancora, che sarebbe decisiva, nell'individuazione dei debiti di massa, la funzione cui essi assolvono, mentre sarebbero marginali gli altri criteri riferiti a soggetti erogatori ed al tempo dell'erogazione²³⁶.

Si osservava, inoltre, che la spesa *de quo* sarebbe stata compiuta nell'interesse di tutti i creditori e del processo esecutivo e che le spese sopportate per dare vita ad un ente – n.d.r. il fallimento – non potrebbero che essere a carico dell'ente stesso²³⁷.

Entrambi gli orientamenti appena enunciati in ordine alla natura delle spese sostenute dal creditore per la domanda di fallimento sono stati puntualmente criticati dall'ALESSI e da BOZZA-SCHIAVON, i quali, per un verso, escludevano che predette spese potessero essere assistite dal privilegio riconosciuto dagli artt. 2755, 2770 e 2777 c.c. sia in considerazione del fatto che il ricorso del creditore non sarebbe un atto esecutivo – avendo inizio l'esecuzione concorsuale solo con la sentenza di fallimento – ma solo un presupposto di tale esecuzione – tra l'altro nemmeno necessario ben potendo essere proposto ricorso di fallimento su richiesta del p.m., su ricorso del debitore e, ante riforma del 2006, anche d'ufficio –²³⁸ sia perché, gli artt. 2755 e 2770 c.c. non sarebbero applicabili in quanto “... *concedono ai crediti per spese di giustizia un privilegio speciale sui beni oggetto dell'espropriazione, sicché, poiché quella fallimentare colpisce l'intero patrimonio del debitore, sia mobiliare che immobiliare, il privilegio di cui alle richiamate norme non troverebbe il suo ubi constam nei singoli beni, mancando quel nesso di puntuale inerenza tra credito e bene individuato che rappresenta l'imprescindibile presupposto del privilegio speciale; e, quindi, si*

²³⁶ VITALE, op. cit., p. 96.

²³⁷ VASELLI, op. cit., p. 37

²³⁸ ALESSI, *I debiti di massa nelle procedure concorsuali*, Milano, 1987, p. 94

*trasformerebbe in un privilegio generale anomalo e sconosciuto al nostro ordinamento, in quanto suscettibile di colpire non solo tutti i beni mobili – come altri privilegi generali – ma anche tutti i beni immobili, e non in via sussidiaria. Aggiungasi anche che gli artt. 2755 e 2770 – i quali, come tutte le norme in materia di privilegi, sono di stretta interpretazione – affermano in modo inequivoco la natura speciale del privilegio concesso, per cui non possono essere oggetto di una interpretazione estensiva a fattispecie che, anche se rette dalla stesa ratio, presuppongono un diverso tipo di privilegio.*²³⁹

Per altro verso, i citati Autori, escludevano che le spese sostenute dal creditore per la domanda di fallimento potessero rientrare tra le spese di procedura e dunque essere considerati debiti di massa.

Osservavano, infatti, che essendo l'art. 111, n. 1 L.F. una norma di carattere eccezionale, essa dovesse interpretarsi in senso restrittivo e la sua formulazione letterale non avrebbe lasciato spazio alla inclusione delle spese della domanda di fallimento tra quelle ivi disciplinate.

Ciò in quanto, *“le spese ed i debiti devono essere stati «contratti» dal curatore per l'amministrazione del fallimento e per la continuazione dell'esercizio dell'impresa, risultando così evidente che la spesa deve essere stata sostenuta dopo l'apertura del fallimento, non esistendo al momento della domanda ancora la procedura concorsuale né il fallimento da amministrare*²⁴⁰.

Tale tesi avrebbe trovato fondamento nel disposto dell'art. 91 L.F. *ratione temporis* vigente, che evidentemente restringeva il novero delle spese giudiziali del fallimento a quelle erogate *“per gli atti richiesti dalla legge dalla sentenza dichiarativa di fallimento alla chiusura della procedura”*.

Conseguentemente, con precipuo riferimento alle spese giudiziali assumerebbe rilievo non marginale il criterio del tempo dell'erogazione per

²³⁹ BOZZA-SCHIAVON, *L'accertamento dei crediti nel fallimento e le cause di prelazione*, Milano, 1992, p. 505.

²⁴⁰ ALESSI, op. cit., p. 94.

l'individuazione dei debiti di massa, di tal che l'elemento temporale dell'antiorità rispetto al fallimento sarebbe risultato “...preclusivo per il riconoscimento della prededuzione alle spese della domanda di fallimento²⁴¹”.

D'altro canto, pur volendo ritenere, così come affermato dagli autori sostenitori della natura prededucibile delle spese della domanda giudiziale, assorbente il criterio dell'utilità per l'individuazione dei debiti di massa, in ogni caso non si potrebbe pervenire ad una differente conclusione.

Difatti, è stato correttamente osservato: che le spese della domanda di fallimento non potevano considerarsi essenziali allo svolgimento della procedura, non solo perché sorgono prima di essa, ma anche perché non costituivano presupposto necessario della dichiarazione di fallimento (che poteva seguire anche ad un'iniziativa d'ufficio o del P.M.); che, l'interesse del creditore perseguito con la domanda di fallimento consiste nella tutela del proprio credito, e che l'utilità che ne discende agli altri creditori in caso di accoglimento è solo successivo ed eventuale, non esistendo al momento della proposizione dell'istanza di fallimento; che, in ogni caso, il legislatore non avrebbe inteso tutelare le spese della domanda con la prededuzione, ritenendo prevalente l'interesse individuale del creditore perché l'esecuzione universale e lo spossessamento del debitore trarrebbero origine dalla sentenza di fallimento (artt. 42, 44 e 45 L.F.); che il richiamo all'ente che deve sopportare le spese per la sua creazione non sarebbe pertinente dal momento che il fallimento non è un ente giuridico²⁴².

L'orientamento dottrinale da ultimo illustrato, dunque, comportava il corollario che le spese della domanda di fallimento non potessero che essere ammesse al passivo in chirografo.

In senso ancora più restrittivo, il RUISI, di aveva addirittura escluso che potessero trovare ammissione al passivo in chirografo anche le spese sostenute da tutti i creditori che, successivamente al primo creditore istante, avessero

²⁴¹ ALESSI, op. cit., p. 95.

²⁴² DILAURO, in *D. Fall*, 1967, II, p. 5; ALESSI, op. cit., p. 96.

presentato domanda di fallimento, non trattandosi di spese necessarie²⁴³.

In senso diametralmente opposto, invece, il VITALE riteneva dovessero essere rimborsate anche le spese per l'assistenza legale se la delicatezza e la complessità delle questioni trattate e delle contestazioni insorte avessero reso necessaria, secondo il prudente apprezzamento del giudice, tale assistenza²⁴⁴.

Le spese necessarie per l'apposizione dei sigilli, la redazione dell'inventario, la formazione dello stato passivo e la verifica dei crediti non presentavano particolari problemi poiché, a mente dell'abrogato art. 91 L.F., rientravano certamente tra “*le spese giudiziali per gli atti richiesti dalla legge*” e se nel fallimento non vi fosse stato denaro a sufficienza per il relativo pagamento, predette spese sarebbero state anticipate dall'Erario.

Vigente l'art. 91 L.F. era controverso se la prenotazione a debito fosse limitata solo agli atti interni della procedura²⁴⁵ oppure si estendesse anche a quelli esterni ad essa e, dunque, alle spese dei giudizi cui curatore avesse preso parte²⁴⁶.

La preferibile interpretazione restrittiva ha trovato, poi, riscontro nelle norme che attualmente disciplinano la materia, vale a dire gli artt. 146 e 147 del D.P.R. 115/2002.

Il citato art. 146 consente, in caso di procedura incapiente, la prenotazione a debito solo di alcune precise e tassative spese, nonché l'anticipazione di altre da parte dell'Erario.

In particolare, sono prenotabili a debito: a) l'imposta di registro ai sensi dell'articolo 59, lettera c), del decreto del Presidente della Repubblica 26 aprile 1986, n. 131; b) l'imposta ipotecaria e l'imposta catastale ai sensi dell'articolo 16, comma 1, lettera e), del decreto legislativo 31 ottobre 1990, n. 347; c) il contributo unificato; d) i diritti di copia.

Costituiscono, invece, spese anticipate dall'erario: a) le spese di

²⁴³ RUISI, *Codice delle cause di prelazione*, Bologna, 1960, p. 46; in senso contrario ALESSI, op. cit., p. 96.

²⁴⁴ VITALE, op. cit., p. 82

²⁴⁵ DEL VECCHIO, op. cit. p. 132; AZZOLINA, op. cit., II, p. 889.

²⁴⁶ PAJARDI, op. cit. p. 453.

spedizione o l'indennità di trasferta degli ufficiali giudiziari per le notificazioni a richiesta d'ufficio; b) le indennità e le spese di viaggio spettanti a magistrati e ad appartenenti agli uffici per il compimento di atti del processo fuori dalla sede in cui si svolge; c) le spese ed onorari ad ausiliari del magistrato; d) le spese per gli strumenti di pubblicità dei provvedimenti dell'autorità giudiziaria.

L'art. 146 dispone, infine, che compete al Giudice delegato assicurare il tempestivo recupero delle spese prenotate a debito o anticipate, non appena vi sono disponibilità liquide, sulle somme ricavate dalla liquidazione dell'attivo.

Per le cause in cui il curatore è parte, dunque, in assenza di attivo disponibile, potrà farsi ricorso al gratuito patrocinio, disciplinato dagli artt. 74 e ss. del D.P.R. 115/2002.

Quanto alla natura giuridica della prenotazione a debito, è stato correttamente osservato che essa non ha carattere di pagamento né valore di adempimento dell'obbligazione tributaria, ma, piuttosto, rappresenta un riconoscimento di debito da parte dell'ufficio fallimentare, attraverso una promessa di pagamento con contemporanea liquidazione dell'imposta²⁴⁷.

L'esigibilità del credito dell'erario è condizionata al verificarsi di un evento positivo : la sopravvenienza di disponibilità liquide da parte del fallimento, che funge anche da termine iniziale sia per il pagamento sia per la prescrizione stabilita dalla legge di registro²⁴⁸

Conseguentemente, le spese prenotabili a debito dell'Erario, dovranno essere pagate con le prime disponibilità liquide, non solo perché godono di una prededuzione eccezionale²⁴⁹, ma, soprattutto, perché divengono esigibili solo con il verificarsi di tale evento.

Sempre in tema di atti indispensabili alla procedura, la dottrina si era pure interrogata in ordine alla possibilità di riconoscere anche alle spese

²⁴⁷ ALESSI, op. cit., p. 97

²⁴⁸ RUISI-JORIO-MAFFEI-ALBERTI-TEDESCHI, op. cit., III, p. 717.

²⁴⁹ LIMITONE, *Trattato teorico- pratico dei crediti e dei privilegi nelle procedure concorsuali*, a cura di FERRO, Padova, 2005, I, p.449; MIELE, in *La legge fallimentare. Commentario teorico-pratico*, a cura di FERRO, Padova, 2007, p. 1320.

sostenute per la della domanda di ammissione al passivo la natura di crediti da soddisfare in prededuzione²⁵⁰, ovvero, se predette spese dovessero essere ammesse al passivo con la stessa prelazione che assiste il credito di cui si richiede l'ammissione²⁵¹, ovvero, ancora, se dovesse, addirittura escludersi l'ammissione al passivo.

Il problema riguardava tanto le spese vive, quanto quelle di assistenza e di difesa.

Gli interrogativi cui occorreva fornire risposta, dunque, erano tre: se le spese vive potessero essere ammesse al passivo; quale fosse la natura di tale eventuale credito; se potessero trovare collocazione nello stato passivo anche le spese sostenute per i diritti e gli onorari dell'avvocato, del quale l'istante abbia eventualmente deciso di servirsi per la domanda di insinuazione al passivo.

In relazione al primo interrogativo, la soluzione condivisa dalla dottrina maggioritaria era nel senso che, pur sorgendo cronologicamente dopo la dichiarazione di fallimento, il credito relativo alle spese vive sostenute dall'insinuante non potesse non considerarsi ammissibile allo stato passivo²⁵².

Ciò per un duplice motivo: da un lato, perché tali spese si ricollegavano, in rapporto di consequenzialità necessaria, al comportamento del debitore anteriore alla sentenza dichiarativa di fallimento; dall'altro, perché le spese dell'insinuazione dovevano considerarsi uno stretto accessorio del credito, che non poteva essere fatto valere se non attraverso la forma dell'insinuazione²⁵³.

Circa il quesito relativo all'individuazione della natura di tale credito, alla luce delle considerazioni secondo le quali la domanda di insinuazione rappresenterebbe il solo modo per far valere nel fallimento, le pretese

²⁵⁰ PAJARDI, op. cit. p. 552

²⁵¹ DEL VECCHIO, op. cit. p. 89.

²⁵² BOZZA-SCHIAVON, op. cit. p. 513; ALESSI, op. cit., p. 98, DEL VECCHIO, I privilegi nella legislazione civile fallimentare e speciale, Milano, 1994, p. 411.

²⁵³ SEVERINI, *Formazione, verifica ed esecutività dello stato passivo, ne Il fallimento e le altre procedura concorsuali*, diretto da PANZANI, Torino, 2000, p. 234.

creditorie verso il debitore fallito, ed in considerazione dell'applicabilità degli artt. 54 l.f. e 2749 e 2855 c.c. in *subiecta* materia, alcuni autori avevano ricavato un principio in base al quale se il credito da insinuare fosse stato di natura chirografaria, anche le spese per l'ammissione sarebbero dovute ammettersi in chirografo; parimenti, se il credito fosse stato di natura privilegiata, pari collocazione privilegiata sarebbe spettata anche alle spese ammesse²⁵⁴.

Isolata, invece, era la tesi della natura prededucibile di predette spese, sostenuta dal PAJARDI²⁵⁵, che osservava che le spese sostenute dal creditore istante avrebbero consentito una sorta di entificazione della procedura, vale a dire *“l’instaurazione di una concorsualità che promana dall’azione processuale e che conduce all’accertamento dell’insolvenza”*²⁵⁶ e che, in ogni caso, il relativo credito nasceva dalla sentenza dichiarativa di fallimento, dunque in un momento successivo all’apertura della procedura fallimentare.

Tale tesi, tuttavia, era stata criticata dall’ALESSI e da BOZZA-SCHIAVON, che ricollegandosi al criterio dell’utilità per l’individuazione dei debiti di massa, osservavano che le spese in questione non erano essenziali per lo svolgimento del fallimento e non erano nemmeno sostenute nell’interesse di tutti i creditori, pur essendo posteriori alla dichiarazione di fallimento

La questione più rilevante, tuttavia, riguardava la possibilità di ammissione al passivo anche delle spese sostenute per gli onorari ed i diritti di procuratore, dal momento che l’art. 93 L.F. attribuiva lo *ius postulandi* al creditore personalmente, con conseguente inapplicabilità al procedimento d’insinuazione al passivo dell’art. 82 c.p.c., che, viceversa, impone alle parti di stare in giudizio innanzi al Tribunale con il necessario patrocinio di un procuratore.

Sul punto la Suprema Corte aveva costantemente dato risposta negativa al quesito, in considerazione della cristallizzazione dei crediti prodotto dalla

²⁵⁴ DEL VECCHIO, 1994, op. cit., p. 412

²⁵⁵ PAJARDI, op. cit. p. 547; Appello Firenze, 15 settembre 1959, in Giur. Comm., 1980, II, p.780.

²⁵⁶ PAJARDI, op. cit. p. 548

dichiarazione di fallimento²⁵⁷; da ciò derivava "l'impossibilità di variare l'entità dei crediti stessi, sia pure per aggiungere somme che potrebbero, a prima vista, apparire quale un accessorio o quale una derivazione necessaria dei crediti medesimi, ma che, in realtà, tali non sono, sia perchè il tenerne conto verrebbe a turbare la *par condicio* tra creditori insinuanti che abbiano fatto ricorso al patrocinio o all'assistenza legale e creditori insinuanti che non vi abbiano fatto ricorso, sia perchè, ad ogni modo, si verrebbe ad imporre una maggiorazione sul patrimonio separato del fallimento, con pregiudizio degli altri creditori e della gestione fallimentare"; il che contrasterebbe con il sistema in quanto, "se è vero che l'intervento dei creditori ai fini dell'insinuazione al passivo partecipa della natura giurisdizionale... pur tuttavia, esso non dà luogo ad un rapporto processuale vero e proprio"²⁵⁸.

Per la Corte era, dunque, decisiva la considerazione dell'insensibilità del patrimonio fallimentare agli atti successivi dei singoli creditori, che verrebbero ad alterare la *par condicio*, tanto più che la domanda di insinuazione non doveva ritenersi un atto di citazione, nè dava luogo alla costituzione in senso proprio nel processo, nè comportava soccombenza, per mancanza di parti contrapposte; ragion per cui era da escludere che il creditore, insieme al credito ed alle spese vive inerenti alla presentazione della domanda d'insinuazione, potesse anche far valere nel passivo del fallimento gli importi dei compensi dovuti all'avvocato, che all'uopo ha di propria scelta incaricato²⁵⁹.

In dottrina, tuttavia, non sono mancate opinioni contrarie, avallate da

²⁵⁷ Cassazione 30 Gennaio 1979 n. 661 in *Fallimento* 1979, p. 432; Cassazione 26 Ottobre 1976 n. 3875 in *Foro it.* 1977, I. p. 1248; Cassazione 17 Luglio 1974 n. 2137 in *Dir. fall* 1975, II, p. 488; Cassazione 28 luglio 1972 n. 2587 in *Dir. fall.* 1973, II, p. 321; Tra la giurisprudenza di merito, Tribunale Lecce 23 aprile 1980 in *Fallimento* 1981, p. 123; Tribunale Trani 15 febbraio 1966 in *Dir. fall.* 1966, II, p. 31.

²⁵⁸ Cassazione 28 luglio 1972 n. 2587 in *Dir. fall.* 1973, II, p. 321

²⁵⁹ SEVERINI, op. cit., p. 235; BOZZA-SCHIAVON, op. cit. p. 517.

qualche isolata pronuncia della giurisprudenza di merito²⁶⁰, a tenore delle quali pur essendo indiscutibile che il debitore potesse presentare la domanda di insinuazione personalmente, senza bisogno di patrocinio legale, non sarebbe da accogliere la soluzione tendente ad escludere dal passivo le spese relative alla rappresentanza ed alla difesa, per evitare l'alterazione della *par condicio creditorum* che si verrebbe a creare con l'aggiunta di onorari ai crediti preesistenti, dovendosi, invece, reputare che tali spese costituiscono un accessorio del credito principale.

Veniva, quindi, argomentato, in perfetto parallelismo rispetto a quanto sostenuto con riferimento alle spese versate per l'istanza di fallimento, che il procedimento di verifica avrebbe natura giurisdizionale e che non vi fosse altro mezzo processuale per intervenire nell'esecuzione concorsuale, motivo per cui non potendo impedirsi al creditore di essere assistito da idoneo difensore, attesa anche la rilevanza tecnica delle questioni che talora si pongono, le spese legali dovevano essere ammesse al passivo, tenuto, altresì, conto della natura del credito, ai sensi dell'art. 54 l.f. e degli artt. 2749, 2788 e 2855 c.c, ferma restando la facoltà del giudice di escludere la ripetizione delle spese ritenute superflue o eccessive, a norma dell'art. 92 c.p.c, soprattutto con riferimento alla domanda di ammissione per crediti che non presentassero alcun particolare problema tecnico²⁶¹.

Tra le spese connesse agli atti indispensabili per lo svolgimento della procedura la dottrina faceva rientrare anche il compenso del curatore in quanto spesa necessaria per l'amministrazione e la conservazione dei beni del fallito.

Che predetto compenso fosse un debito di massa e rientrasse tra le spese di procedura era pacifico tanto in dottrina che in giurisprudenza, tuttavia, controversa era la soluzione tanto in ordine al grado di preferenza che il compenso del curatore aveva rispetto agli altri debiti di massa, quanto in

²⁶⁰ Tribunale Milano 27 gennaio 1969 in *Foro it.*, 1969, p. 437; Appello Palermo 19 dicembre 1959 in *Foro it.* 1960, I, p. 652; Tribunale Potenza 23 luglio 1954 in *Foro it.* 1956, p. 380; Tribunale L'Aquila 12 dicembre 1951 in *Foro it.* 1952, I, p. 1634.

²⁶¹ DEL VECCHIO, 1994, op. cit., p. 413

merito alla incidenza di tale compenso sui ricavi dei beni gravati da garanzie reali.

Sul primo problema AZZOLINA sosteneva che le spese di procedura andassero pagate dopo i debiti contratti dal curatore e che, nell'ambito delle prime, il compenso del curatore andasse pagato per ultimo²⁶².

Tale postergazione nel pagamento rispetto alle altre spese di procedura si faceva discendere dagli artt. 116 e 117 L.F. che prevedevano la liquidazione di tale compenso dopo l'approvazione del conto di gestione, che, a sua volta, presupponeva l'avvenuto pagamento di tutte le altre spese processuali, fatta eccezione per quelle di chiusura.

Per contro, è stato correttamente osservato che in forza del dettato contenuto agli artt. 39 e 109 L.F., che espressamente prevedevano la possibilità di corrispondere al curatore degli acconti sul compenso finale, ben poteva sostenersi che la circostanza che predetto compenso del curatore venisse temporalmente liquidato e pagato in via definitiva dopo l'approvazione del conto di gestione e prima della chiusura non comportava certo una postergazione di grado rispetto agli altri debiti di massa²⁶³.

Ovviamente il problema di riconoscere o meno la postergazione del pagamento del compenso del curatore rispetto al pagamento delle altre spese prededucibili, si poneva, in sostanza, allorché l'attivo realizzato fosse risultato insufficiente per il pagamento di tutti i crediti prededucibili.

In tale ipotesi, anticipando poi quella che sarà la soluzione adottata dal Legislatore con l'art. 111*bis*, gli autori che riconoscevano parità di grado e di precedenza di tutti i debiti di massa, escludevano che il compenso del curatore potesse rimanere insoddisfatto, ma, piuttosto, ritenevano che occorresse operare una graduazione tra i vari crediti prededucibili, secondo le cause di prelazione, riconoscendo al compenso del curatore il privilegio generale *ex art. 2751bis, n.2 c.c.*

²⁶² AZZOLINA, op. cit., II, p. 893.

²⁶³ DEL VECCHIO, op. cit., p. 171; ALESSI, op. cit., p. 99

L'altro problema su cui la dottrina s'interrogava con riferimento al compenso del curatore, come rappresentato, riguardava l'individuazione delle somme da destinare alla soddisfazione di predetto credito prededucibile e, in particolare, se tra queste rientrasse anche il prezzo ricavato dalla vendita dei beni gravati da garanzie reali.

Le norme sulla determinazione della misura del compenso al curatore, dettate dal D.M. 28 luglio 1992, n. 570 – poi sostituito dal D.M. 25 gennaio 2012, n. 30 – facevano espressamente riferimento a percentuali da calcolarsi su l'“*attivo realizzato*”.

Occorreva, pertanto, verificare se anche i ricavi dei beni gravati da garanzie reali dovessero farsi rientrare nel concetto di “*attivo realizzato*”.

Partendo dall'esame del dettato dell'art. 109 L.F., che espressamente prevedeva la possibilità che, in occasione di vendita immobiliare, il Giudice Delegato liquidasse al curatore un acconto sul compenso finale in ragione dell'attività svolta, il BONSIGNORI osservava che predetto acconto doveva ritenersi liquidabile solo nell'ipotesi in cui il curatore avesse effettivamente compiuto un'attività di amministrazione e/o liquidazione dell'immobile²⁶⁴.

Conseguentemente, ancorando l'incidenza o meno del compenso del curatore sui beni gravati da garanzie reali a seconda dell'esistenza o meno di un'attività di amministrazione e/o liquidazione, parte della dottrina, con riferimento ai beni mobili gravati da pegno o privilegi speciali, riteneva che se la vendita era eseguita direttamente dal creditore o dal curatore che non avesse esercitato il riscatto, il prezzo ricavato non doveva ritenersi rientrare tra l'attivo realizzato poiché, nella prima ipotesi, la vendita era avvenuta fuori del fallimento e, nella seconda, il prezzo stesso, detratte le spese di vendita, non poteva che essere immediatamente versato al creditore, prima e fuori di ogni riparto, di tal che il compenso al curatore avrebbe potuto calcolarsi solo sulle somme residuanti dopo il soddisfacimento del creditore.

²⁶⁴ BONSIGNORI, *La liquidazione dell'attivo e il riparto* in *Le procedure concorsuali*, diretto da RAGUSA MAGGIORE-COSTA, III, Torino, 1997, p. 519

Tale soluzione, dunque, trovava fondamento nella circostanza che, in virtù della detenzione qualificata riconosciuta al creditore, il bene non sarebbe stato acquisito al fallimento e l'amministrazione dello stesso sarebbe stata svolta dal creditore garantito e non già dal curatore²⁶⁵.

Viceversa, il prezzo ricavato dalla vendita dei beni immobili, anche se gravati da ipoteca e da privilegio speciale, per certo rientrava tra l' "attivo realizzato", ai fini del compenso al curatore sia perché gli predetti immobili sono acquisiti al fallimento mediante l'annotazione (art. 88, L.F.), sia perché i medesimi sono venduti dal curatore dinanzi al giudice delegato (art. 108 L.F.), sia perché le somme ricavate dalla vendita devono essere distribuite ai creditori mediante riparti (articoli 110-117 L.F.)²⁶⁶.

La tutela accordata dal legislatore ai creditori ipotecari o con privilegio speciale, infatti, è limitata all'efficacia, anche in sede concorsuale, del diritto di prelazione (art. 54 L.F.), e non comprende il diritto di vendere l'immobile fuori del fallimento e di soddisfare il credito fuori dei piani di riparto.

Conseguentemente, le attività di amministrazione e liquidazione degli immobili ipotecati risultano indubbiamente eseguite dal curatore e, pertanto, secondo la giurisprudenza maggioritaria, il compenso prededucibile del curatore doveva gravare anche sul ricavato di tali vendite, essendo l'attività del curatore finalizzata a consentire in particolar modo il soddisfacimento delle ragioni del creditore ipotecario²⁶⁷.

L'unica eccezione, sembrerebbe riguardare gli immobili gravati da ipoteca iscritta a garanzia di finanziamenti fondiari, dal momento che l'art. 41 del Decreto Legislativo 1 settembre 1993, n. 385, espressamente prevede al comma 2 che *“L'azione esecutiva sui beni ipotecati a garanzia di finanziamenti fondiari può essere iniziata o proseguita dalla banca anche*

²⁶⁵ PAJARDI, op. cit. p. 314; LO CASCIO, *La liquidazione del compenso del curatore fallimentare e del commissario giudiziale nelle procedure concorsuali*, Milano, 1978, p. 12.

²⁶⁶ ALESSI, op. cit., p. 101

²⁶⁷ Cassazione 20 giugno 1994, n. 5913 in *Fallimento* 1995, p. 150; Cassazione 09 giugno 1997, n. 5104 in *Foro it.* 1997, I, p. 2926; Cassazione 26 ottobre 1998, n. 10614 in *Dir. e prat. trib.* 2000, II, p. 120.

dopo la dichiarazione di fallimento del debitore. Il curatore ha facoltà di intervenire nell'esecuzione. La somma ricavata dall'esecuzione, eccedente la quota che in sede di riparto risulta spettante alla banca, viene attribuita al fallimento”.

In tal caso, essendo riconosciuto il diritto degli Istituti di credito fondiario di conseguire direttamente il versamento del prezzo derivante dalla vendita del bene immobile, è, quanto meno dubbio, che anche il prezzo ricavato da predetta vendita possa computarsi come “attivo realizzato” dal curatore.

In senso affermativo, tuttavia, si era espressa un’isolata pronuncia di merito resa dal Tribunale di Roma²⁶⁸.

Predetta decisione si fondava sulla valutazione sostanziale e non formale dell'opera del curatore, sul carattere processuale e non sostanziale delle eccezioni al divieto di esecuzioni individuali *ex art. 51 L.F.*, sull'obbligo degli Istituti di credito fondiaria di insinuare il loro credito al passivo e sul carattere provvisorio di semplice anticipazione, che l'attribuzione delle somme ricavate nella esecuzione individuale riveste, rispetto a quello che in tutto o in parte verrà realizzato in sede di riparto fallimentare.

In merito è stato criticamente osservato che la posizione degli Istituti di credito fondiario, invero, non appariva differente da quella dei creditori garantiti da pegno o privilegio sui beni mobili e che, pertanto, per “attivo realizzato” doveva intendersi solo quello acquisito e liquidato dal curatore, il cui ricavato fosse entrato a fare parte delle somme da ripartire ai creditori mediante i riparti, e non anche quello che, pur costituendo il realizzo di beni del fallito, veniva, viceversa, liquidato fuori della procedura concorsuale, con diretta soddisfazione del creditore sul cui ricavato, a prescindere dai piani di riparto²⁶⁹.

²⁶⁸ Tribunale Roma, 26 maggio 1983, in *Fallimento*, 1983, p. 1166

²⁶⁹ ALESSI, op. cit., p. 101

2.1.3 Le spese ed i debiti contratti per l'amministrazione del fallimento – Le obbligazioni contratte dal curatore con riferimento ai contratti pendenti.

Le spese ed i debiti prededucibili contratti per l'amministrazione del fallimento derivanti da obbligazioni assunte dal curatore differenti da quelle connesse alla continuazione dell'esercizio dell'impresa, già analizzate nel precedente paragrafo 3.1.1, riguardano quelle obbligazioni riconducibili o ad attività negoziali intraprese dal curatore per la prima volta dopo il fallimento (attività, volte per lo più alla conservazione dei beni del debitore), ovvero, alla conservazione dopo il fallimento di quei rapporti contrattuali prefallimentari che non siano ancora esauriti all'apertura del concorso e per i quali la legge non preveda l'automatico scioglimento.

È noto, infatti, che, dei contratti a prestazioni corrispettive non ancora integralmente eseguiti da nessuno dei contraenti (siano essi traslativi di diritti reali o costitutivi di diritti semplicemente personali), l'intervenuto fallimento determina, a seconda dei casi, l'automatico scioglimento²⁷⁰, ovvero il subingresso della massa *ope legis*²⁷¹, ovvero, infine, la prosecuzione del

²⁷⁰ Tra i rapporti che si sciolgono *ope legis* a causa del fallimento si possono ricordare: i contratti di borsa a termine e riporto (Art. 76 L.F.), l'associazione in partecipazione (Art. 77 L.F.); il contratto di società (art. 2288 c.c., limitatamente alle società di persone, posto che in quelle di capitali il fallimento del socio comporta l'espropriazione della sua quota con il trasferimento della disponibilità delle azioni o quote da lui possedute in capo al curatore); il contratto di conto corrente (Art. 78 L.F.); il contratto di mandato (Art. 78 L.F. – ma non del mandato in rem propriam); il contratto di appalto (Art. 81 L.F. - per il quale, però, la legge riserva al curatore la facoltà di subentrare nel rapporto); quello di trasporto.

²⁷¹ Il caso tipico è quello del contratto di locazione di immobile (art. 80); per lo più si ritiene che anche il subentro nel rapporto di assicurazione contro i danni sia automatico (art. 82). In tal senso: TEDESCHI, *Effetti del fallimento sui rapporti giuridici preesistenti*, in *La legge fallimentare* a cura di BRICOLA-GALGANO-SANTINI, artt. 72-83, Bologna-Roma, 1979, p. 404 e ss.; ANDRIOLI, voce "Fallimento" in *Enciclopedia del Diritto*, Milano, 1967, XVI, p. 425; FERRARA, *Il Fallimento*, Milano, 1974, p. 349; AZZOLINA, *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, Torino, 1961, II, p. 1265. GUGLIELMUCCI, invece, affermava che il subentro dipende da una scelta del curatore (GUGLIELMUCCI, *Effetti del fallimento sui rapporti giuridici preesistenti*, in *La legge fallimentare* a cura di BRICOLA-GALGANO-SANTINI, artt. 72-83, Bologna-Roma, 1979, p. 98; GUGLIELMUCCI, *Scioglimento del contratto di assicurazione contro i danni in caso di fallimento dell'assicurato*, in *Fallimento* 1985, p. 697).

rapporto contrattuale, ma conseguente ad una determinazione degli organi fallimentari o del contraente *in bonis*, prima della quale tali contratti sono in una situazione di sospensione degli effetti.

Le ipotesi dello scioglimento automatico o del subingresso automatico costituiscono eccezioni alla regola di cui alla terza ipotesi, che può considerarsi la normale vicenda del contratto a seguito del fallimento di alcuna delle parti.

Dottrina e giurisprudenza ante riforma del 2006 individuavano nell'art. 72 L.F. la fonte normativa di un principio generale operante per tutti i contratti per i quali non sia specificatamente previsto lo scioglimento *ipso iure* od il subingresso automatico della massa.

Conseguentemente la sospensione contrattuale era la regola, mentre lo scioglimento automatico od il subingresso *ope legis* della massa ne erano le eccezioni.

L'ipotesi che più interessa ai fini della prededuzione era chiaramente il subingresso, sia esso per libera scelta, ovvero, *ope legis*, del curatore nei rapporti pregressi, perchè era chiaro che, in caso di scioglimento, comunque venisse configurato il fenomeno, i contraenti sarebbero rimasti liberati dalle obbligazioni ancora inadempite, con obbligo di restituzione di quelle già eseguite, fatte salve le prestazioni dei contratti di durata.

Alcuni autori avevano sostenuto che, allorquando si fosse verificata la conservazione del contratto, il curatore sarebbe subentrato nel rapporto sinallagmatico ed avrebbe, pertanto, assunto ad ogni effetto la posizione contrattuale già appartenente al fallito, caratterizzata dagli stessi diritti e dalle medesime obbligazioni²⁷².

Viceversa, altra parte della dottrina, aveva evidenziato che il subingresso del curatore andava inquadrato nel potere di sostituzione nell'amministrazione del patrimonio del fallito, nel senso che quel rapporto

²⁷² BONELLI, *Del Fallimento*, Milano, 1938, II p. 601; AZZOLINA, op. cit., II, p. 1210; RUISI-JORIO-MAFFEI-ALBERTI-TEDESCHI, *Il fallimento*, Torino, 1978, II, p. 554.

continuava ad essere una componente di quel patrimonio, che veniva, però, gestito dal curatore in quanto organo tenuto, in forza degli artt. 31 e 42, all'amministrazione di tutte le componenti patrimoniali sottratte alla disponibilità del fallito, il quale rimaneva, tuttavia, parte sostanziale dello stesso²⁷³.

Tale prevalente orientamento, con riferimento ai rapporti di durata, portava alla conclusione che la sostituzione del curatore nella sola esecuzione e non già nella titolarità del contratto avrebbe comportato l'imputazione alla massa delle obbligazioni derivanti dall'esecuzione post-fallimentare delle prestazioni, conferendo in tal modo alle stesse natura prededucibile, mentre i crediti derivanti da prestazioni prefallimentari sarebbero rimasti concorsuali, anche se scaduti dopo il fallimento.

Nella vigenza della legge fallimentare ante riforma 2006 esistevano – ed esistono tutt'oggi – tuttavia, alcune eccezioni, in forza delle quali il contraente *in bonis*, nei casi espressamente previsti dalla legge, acquisiva, a seguito del subingresso del curatore, il diritto a percepire in prededuazione anche i crediti derivanti dalle prestazioni antecedenti alla dichiarazione di fallimento delle quali abbia goduto il fallito e non l'amministrazione fallimentare.

Il fondamento di tali eccezioni da taluni autori veniva individuato nella unitarietà della causa del contratto, che non consentirebbe di dare esecuzione solo parziale alle prestazioni²⁷⁴.

Altra parte della dottrina, invece, ravvisava la *ratio* delle eccezioni in parola in una sorta di principio di equità.

Veniva, infatti, osservato che, se per un verso il curatore poteva

²⁷³ PROVINCIALI, *Trattato di diritto fallimentare*, Milano, 1974, III, p. 1198; FERRARA, op. cit., p. 336; SATTA, *Diritto Fallimentare*, Padova, 1974, p. 212; ANDRIOLI, op. cit., 429; SCANZANO, *Rapporti giuridici preesistenti e fallimento*, in *Dir. Fall* 1989, I, 169; LUMINOSO, *Sulle interferenze tra risoluzione per inadempimento e sospensione, subingresso o scioglimento del contratto ex art. 72 L.F.*, in *Giur. comm.* 1988, 11, p. 69.

²⁷⁴ DE SEMO, *Diritto Fallimentare*, Padova, 1974, p. 367; FERRARA-BORGIOI, *Il Fallimento*, Milano, 1995, p. 385.

pretendere l'integrale esecuzione del contratto, per l'altro per un'evidente tutela dell'esigenza dell'equilibrio sinallagmatico del rapporto, non poteva pregiudicarsi l'interesse del contraente *in bonis*²⁷⁵.

Orbene, la prima eccezione alla regola generale della concorsualità dei crediti maturati prima del fallimento era – ed è ancora – posta dall'art. 74 L.F. per i contratti di somministrazione e di vendita a consegne ripartite rimasti ineseguiti, in tutto o in parte, da entrambi i contraenti; per questi ultimi era previsto che il curatore, allorquando dichiarò di volerli proseguire, sarebbe stato tenuto a pagare “integralmente”, dunque in prededuzione, il prezzo non solo delle consegne da effettuarsi in costanza di fallimento, ma anche di quelle già avvenute in epoca precedente.

Ciò, naturalmente, nel caso in cui il curatore, con manifestazione espressa o tacita²⁷⁶, fosse subentrato nel contratto perchè, se il curatore avesse preferito sciogliersi, il somministrante e il venditore avrebbero avuto un credito concorsuale corrispondente alle sole prestazioni eseguite prima della dichiarazione di fallimento e non anche per le rate di prezzo scadute prima del fallimento per prestazioni non ancora effettuate, che non potevano più essere eseguite poichè il contratto era stato travolto dallo scioglimento.

Questo avrebbe spiegato anche perchè nei contratti di somministrazione di energia elettrica ove fosse previsto il cd. impegno di potenza (il dovere, cioè, del somministrante di tenere a disposizione dell'utente una determinata quantità di energia), non sarebbe configurabile alcun credito del somministrante in dipendenza di quell'impegno²⁷⁷.

²⁷⁵ FERRARA, op. cit., p. 342; LUMINOSO, op. cit., II, p. 76; AZZOLINA, op. cit., II, p. 1241

²⁷⁶ Cassazione 27 maggio 1989 n. 2572, in *Fallimento* 1989, p. 1013 che mette anche in evidenza il diverso significato che assume, ai fini del subentro, l'inerzia del curatore rispetto a quella del commissario alla procedura di amministrazione straordinaria; Cassazione 14 luglio 1989 n. 3319 in *Fallimento* 1989. P. 1183; Cassazione 3 maggio 1991 n. 4842, in *Fallimento* 1991, p. 1059; Cassazione 6 maggio 1991 n. 5002 e Cass. 7 maggio 1991 n. 5030, in *Fallimento* 1991, p. 1134.; in dottrina COTTINO, *Commentario della legge Fallimentare* a cura di SCIALOJA-BRANCA, Bologna, 1970, sub art. 156-1565 c.c., p. 102; PROVINCIALI, op. cit., II, p. 1237; AZZOLINA, op. cit., II, p. 1247.

²⁷⁷ Cassazione 5 febbraio 1988 n. 1259, in *Fallimento*, 1989, p. 455; Cassazione 21 marzo 1985 n. 2096 in *Fallimento* 1985, 1034; Tribunale Milano 21 giugno 1983, in *Fallimento*, 1983, p. 665. In tema di somministrazione di fornitura elettrica la Suprema Corte ha, tuttavia, chiarito che non è

Ad ogni buon conto, la norma di cui all'art. 74 L.F. non presentava particolari problemi interpretativi se riferita al fallimento, alla liquidazione coatta amministrativa - ove sono richiamate, dall'art. 201 L.F., le norme degli artt. 72 e segg. - ed all'amministrazione straordinaria, modellata sulla normativa della procedura di liquidazione coatta.

Viceversa, è stata ripetutamente sottoposta all'attenzione dei Giudici il problema della prededucibilità dei crediti per le prestazioni erogate dal somministrante sia antecedentemente all'ammissione del somministrato all'amministrazione controllata o al concordato preventivo, sia nel corso di tali procedure e, poi, nel successivo fallimento, qualora il curatore non fosse subentrato nel contratto.

Parte della giurisprudenza e della dottrina in tema era giunta alla conclusione che le prestazioni eseguite prima dell'amministrazione controllata o del concordato preventivo non dovessero considerarsi come prededucibili in pendenza di predette procedure ed andassero, poi, ammessi al passivo in chirografo nel successivo fallimento²⁷⁸.

Veniva osservato che, le disposizioni concernenti gli effetti del fallimento sui rapporti giuridici pendenti non erano richiamate nell'amministrazione controllata, nè nel concordato preventivo, nè, in particolare, l' art. 74 L.F. poteva essere applicato in via analogica, sia per li carattere del tutto eccezionale, nel sistema speciale del diritto concorsuale, di qualsiasi deroga alla regola della *par condicio*, sia, per il caso specifico dell'amministrazione controllata, per le specifiche finalità di recupero della

possibile sciogliersi dal contratto di somministrazione al solo fine di non pagare in prededuazione le prestazioni già eseguite e rimaste impagate e stipulare, poi, un contratto nuovo della stessa natura, alle stesse condizioni e con il medesimo soggetto, ammettendo, tuttavia, la stipulazione di un nuovo contratto a condizioni differenti, così che la prededuazione interessi solo le erogazioni relative alla nuova utenza (Cassazione 09 agosto 1991, n. 8684 in *Fallimento* 1992, p. 35; Cassazione 06 maggio 1991, n. 5002 in *Fallimento* 1991, p. 1134)

²⁷⁸ Tribunale Vicenza 13 ottobre 1986 e Tribunale Milano 6 ottobre 1986 in *Fallimento* 1987, p. 641; Appello Palermo 19 settembre 1985, *ivi*, 1986, p. 518; Tribunale Milano 10 giugno 1985, *ivi*, 1986, p. 555; Tribunale Milano 17 dicembre 1984, *ivi*, 1985, p.545. Tribunale Belluno, 24 ottobre 1987 in *Foro it.* 1990, I, p .625; Cassazione, 05 agosto 1996, n. 7140 in *Giust. civ. Mass.* 1996, p. 1104, limitatamente all'ipotesi di concordato con cessione di beni;

solvibilità dell'impresa perseguita da tale procedura, ove, non essendo data al debitore la facoltà di scelta, conferita, invece al curatore fallimentare, tra il subingresso nel rapporto e il suo scioglimento, i contratti in tutto o in parte non eseguiti da entrambi i contraenti dovevano ricevere esecuzione, sempre che l'adempimento non fosse consistito in un mero pagamento²⁷⁹.

Rispetto a tali conclusioni poteva obiettarsi che che la prosecuzione dell'attività di impresa avrebbe dovuto giustificare una indiscriminata prosecuzione di tutti i rapporti pendenti.

Tuttavia, accettando tale presupposto, non poteva non apparire contraddittoria la posizione dell'imprenditore che, da un lato, non poteva scegliere i contratti cui dare esecuzione (dovendo adempiere anche i contratti gravosi che eventualmente avessero determinato la situazione di difficoltà) con inevitabile accentuazione del passivo e, dall'altro, doveva in ogni caso adempiere integralmente anche le obbligazioni pregresse.

L'adempimento di tali obbligazioni in caso di fallimento e, in particolare, delle prestazioni del somministrante effettuate in precedenza (art. 74) era collegato proprio alla facoltà di scelta attribuita alla curatela, che, ove avesse ritenuto il contratto pendente non utile ai fini della procedura o eccessivamente oneroso, si sarebbe sciolta ed il creditore *in bonis* avrebbe potuto vantare solo un credito concorsuale per le prestazioni già eseguite.

Conseguentemente, allorquando una simile facoltà non fosse stata concessa, come nel caso dell'imprenditore in amministrazione controllata o in concordato, il principio di natura eccezionale del pagamento dei debiti pregressi non poteva trovare applicazione.

²⁷⁹ In tal senso Cassazione Sez. Un., 22 maggio 1996, n. 4715 in *Giust. civ. Mass.* 1996, p. 758; Cassazione 16 maggio 1983 n. 3369 in *Fallimento* 1983, p. 1372; Cassazione 9 novembre 1982 n. 5883, *ivi*, 1983, p. 594; Cassazione 8 giugno 1981 n. 3682 in *Fallimento* 1981, p. 897; Cassazione 15 luglio 1980 n. 4538, *ivi*, 1981, p. 80; Cassazione 3 luglio 1980 n. 4217 in *Giust. civ.* 1980, I, p. 2444; Cassazione 14 febbraio 1979 n. 973 in *Dir. fall.* 1979, II, p. 121; Cassazione 5 giugno 1976 n. 2037 in *Giur. comm.* 1977, II, p. 782. Contra: Cassazione 12 luglio 1994, n. 6556 in *Giust. civ. Mass.* 1994, p. 952; Cassazione 03 febbraio 1992, n. 1132 in *Fallimento* 1992, p.393; Cassazione 21 dicembre 1990 n. 12157 in *Fallimento* 1991, p. 680; *Giust. civ.* 1991, I, 895; Cassazione 5 novembre 1990 n. 10620 in *Fallimento* 1991, 361; *Giust. civ.* 1991, p. 895.

Invero quel filone della giurisprudenza di legittimità che era pervenuto a conclusioni differenti, faceva leva sull'applicazione analogica dell'art. 74, comma 2° anche alle prestazioni eseguite prima dell'amministrazione controllata e del concordato preventivo, sul trattamento deteriore che il contraente *in bonis* riceverebbe, in caso contrario, rispetto a quello riservatogli nel fallimento e sul principio dell'unitarietà del rapporto di somministrazione.

Orbene, la non applicabilità in via analogica del principio a mente del quale il curatore subentrante nel contratto di somministrazione deve pagare integralmente il prezzo anche delle consegne già avvenute è stata definitivamente esclusa dalla pronuncia resa dalle Sezioni Unite n. 4715 del 22 maggio 1996.

In merito, invece, al principio dell'unitarietà causale del contratto di somministrazione è stato osservato che predetto principio avrebbe sminuito l'autonomia delle singole prestazioni che caratterizzano, invece il contratto di somministrazione, riducendo le stesse ad una modalità di esecuzione, quando, viceversa, era pacifico in giurisprudenza che il contratto di somministrazione fosse caratterizzato dal fatto che il somministrante è tenuto a fornire varie cose nel tempo, mediante continuità di atti, che non sono atti solutori di un'unica prestazione, ma costituiscono essi stessi tante prestazioni giuridicamente autonome, anche se tra loro collegate in funzione dell'unico interesse che tendono a soddisfare.

Conseguentemente: “...la pluralità delle prestazioni, richiesta dalla funzione stessa e dalla finalità del contratto, pur non frantumando l'intrinseca unità del contratto stesso, incide proprio sul suo oggetto, che, in luogo di essere costituito da una sola prestazione, è caratterizzato, rispetto ad altre figure affini, da più prestazioni, le quali sono connesse ma autonome, nel senso che non si fondono in un'unica prestazione, ma hanno distinta rilevanza agli effetti dalla legge previsti”²⁸⁰.

²⁸⁰ BOZZA-SCHIAVON, *L'accertamento dei crediti nel fallimento e le cause di prelazione*, Milano, 1992, p. 533

In linea dunque con l'inversione di rotta segnata dalla citata pronuncia delle Sezioni Unite n. 4715 del 22 maggio 1996, anche la dottrina prevalente²⁸¹ concordava nel senso di ritenere che il credito nascente dalle prestazioni effettuate prima dell'ammissione dell'imprenditore alla procedura di amministrazione controllata o di concordato preventivo, rimanesse congelato nel corso della procedura ed andasse, poi, trattato nel conseguente fallimento come tutti i crediti sorti prima dell'amministrazione controllata e dell'omologazione del concordato preventivo, mentre quelli relativi alle prestazioni eseguite nel corso della procedura di amministrazione controllata o del concordato preventivo in cui la gestione dell'impresa abbia costituito modalità essenziale del concordato stesso, avrebbero goduto della prededuzione.

Altra eccezione alla regola generale della concorsualità dei crediti maturati prima del fallimento era – ed è a tutt'oggi – comunemente ravvisata nel contratto di assicurazione contro i danni (art. 82, comma 2°, L.F.); anche in tal caso il curatore poteva sciogliersi dal contratto, con la conseguenza che il credito dell'assicuratore per i premi insoluti (così come quello del somministrante per le forniture pregresse) avrebbe seguito le regole del concorso.

Tuttavia, se il contratto fosse proseguito, il curatore, subtrandovi, sarebbe rimasto vincolato a pagare in prededuzione i crediti prefallimentari²⁸²

Anche per tale contratto si era posta la questione del riconoscimento

²⁸¹ SACCHI, *Sul pagamento, nell'amministrazione controllata, di debiti anteriori all'apertura della procedura* in *Giur. comm.* 1984, II, p. 143; AZZOLINA, *op. cit.*, II, p. 1241; BOZZA-SCHIAVON *op. cit.*, p. 536;

²⁸² ANDRIOLI *op. cit.*, p. 425, FERRARA, *op. cit.*, p. 349 e PROVINCIALI, *op. cit.*, II, p. 1305, hanno tentato un'interpretazione restrittiva della norma, affermando che il debito della massa per i premi non pagati si riferirebbe al solo premio relativo al periodo assicurativo successivo alla dichiarazione di fallimento, anche se scaduto anteriormente, viceversa gli altri premi, relativi cioè al rischio anteriore, sarebbero rimasti, invece, concorsuali; in un'ottica sempre restrittiva, TEDESCHI ha sostenuto che la prededucibilità dei premi scaduti prima del fallimento trovasse applicazione solo quando l'aggravamento del rischio che avesse portato allo scioglimento del rapporto fosse stato conseguenza diretta del fallimento (TEDESCHI, *Commentario della legge Fallimentare* a cura di SCIALOJA-BRANCA, Bologna, 1974, p. 414)

della prededucibilità o meno al credito dell'assicuratore avente ad oggetto i ratei dei premi da pagarsi anticipatamente, scaduti prima dell'inizio della procedura di amministrazione controllata o di concordato preventivo dell'assicurato.

Tuttavia, la soluzione condivisa dalla giurisprudenza in questo caso era in senso affermativo dal momento che *“l’unitarietà causale del contratto di assicurazione è indiscutibile, in quanto l’essenza sinallagmatica, genetica e funzionale, del rapporto di assicurazione, in relazione al carattere aleatorio, riguarda l’intero svolgimento del contratto stesso, senza che sia ipotizzabile una sinallagmaticità parziale, ossia riferita ad un determinato rateo di premio e ad una determinata quantità di rischio”*²⁸³.

Oltre alle citate norme degli artt. 74 comma 2° ed 82 comma 2° L.F., la legge fallimentare ante riforma del 2006 non prevedeva altre ipotesi di crediti, originariamente concorsuali, che si trasformino, poi, in prededucibili per il subentro del curatore nel rapporto contrattuale in corso alla data del fallimento²⁸⁴.

Da tali norme, alcuni autori avevano desunto l’esistenza di un principio - che per effetto della riforma dell’art. 74 L.F. di cui al D.Lgs. 169/2007 assumerà valore di regola generale – valevole per tutti i contratti di durata, il subentro nei quali avrebbe, quindi, comportato l’assunzione come debiti di massa anche delle obbligazioni relative alle prestazioni eseguite prima del

²⁸³ Cassazione 15 luglio 1980, n. 4538 in *Fallimento* 1981, p. 80

²⁸⁴ Altri esempi si rinvegono, viceversa, in leggi speciali ove crediti aventi natura concorsuale vengono equiparati ex *jure* a quelli previsti dall’art. 111 n. 1. Tali sono, ad esempio: i crediti per indennità di anzianità dovuti ai dipendenti di imprese sottoposte alla procedura dell’amministrazione straordinaria il cui rapporto di lavoro sia cessato dopo l’emanazione del provvedimento che dispone la continuazione dell’esercizio dell’impresa (art. 4 D.L. 21 luglio 1981 n. 414, convertito nella legge 2 ottobre 1981 n. 544); la stessa regola è stata estesa alle indennità dovute ai dipendenti, il cui rapporto di lavoro sia cessato a decorrere dai due anni precedenti l’emanazione del provvedimento che dispone la continuazione dell’esercizio dell’impresa (D.L. 9 aprile 1984 n. 62, convertito nella legge 8 giugno 1984 n. 212), beneficio, poi, ulteriormente esteso anche ai dipendenti delle imprese che, pur non avendo ottenuto la continuazione dell’esercizio, facciano parte dello stesso gruppo cui appartiene l’impresa in amministrazione straordinaria per la quale sia stata disposta tale continuazione (DL. N. 23 del 1985, convertito nella legge n. 143 del 1985); i debiti delle imprese armatoriali in amministrazione straordinaria derivanti da rapporti di lavoro subordinato nonchè nei confronti di soggetti stranieri *“le cui azioni cautelari o esecutive ostacolano la continuazione dell’esercizio dell’impresa”* (D.L. 28 aprile 1982 n. 185 convertito nella legge 25 giugno 1982 n. 381).

fallimento²⁸⁵.

Tuttavia, permanevano dubbi in ordine alla natura da riconoscere ai crediti maturati prima della procedura fallimentare con riferimento alcune tipologie particolari di contratti di durata, come, ad esempio i contratti di lavoro.

Il contratto di lavoro non era disciplinato espressamente nella legge fallimentare e, mentre era pacifico che il fallimento del datore di lavoro non determinasse l'automatico scioglimento del contratto per l'espressa previsione contenuta nel secondo comma dell'art. 2119 c.c., permaneva, tuttavia, una profonda divergenza tra la giurisprudenza - per la quale gli effetti di detto contratto rimanevano sospesi fino a quando il curatore non avesse operato la scelta tra lo scioglimento del rapporto o la sua prosecuzione²⁸⁶ - e la prevalente dottrina che riteneva che il rapporto di lavoro proseguisse, fino a quando il curatore non avesse provveduto al licenziamento²⁸⁷.

Alla luce del condivisibile orientamento giurisprudenziale, qualora il contratto non venisse proseguito, i salari maturati prima del fallimento del datore di lavoro e tutte le indennità spettanti al lavoratore (compresa la c.d. indennità di anzianità, vale a dire l'attuale trattamento di fine rapporto) sarebbero di natura concorsuale ed andrebbero ammessi al passivo con

²⁸⁵ JORIO, in *Trattato di diritto commerciale*, diretto da COTTINO, Padova, 2008, p. 507; VASELLI, *I debiti della massa nel processo di fallimento*, Milano, 1951, p. 48; ANDRIOLI op. cit., p. 429; LUMINOSO, op. cit., II, p. 76. Altri autori, pur senza affermare il principio in via generale, ritengono lo stesso applicabile ad ulteriori casi quali la vendita con riserva di proprietà (QUATRARO-D'AMORA, *Il curatore fallimentare*, Milano 1990, p. 117), il *leasing* finanziario (NORA, *Leasing e procedure concorsuali*, in *Dir. fall.* 1989, I, p. 335), ai i rapporti di lavoro (ALLEVA, *Fallimento e tutela di diritti dei lavoratori*, in *Riv. trim. proc. civ.* 1975, p. 210; SANGIORGI, *Collocazione dei lavoratori dipendenti da aziende in amministrazione straordinaria*, in *Fallimento* 1981, p. 457); Contra VITALE, op. cit., p. 150; FERRARA, op. cit., p. 350; RUISI-JORIO-MAFFEI-ALBERTI-TEDESCHI, op. cit., I, p. 595; BONSIGNORI, *La liquidazione dell'attivo*, in *La legge fallimentare*, a cura di BRICOLA-GALGANO-SANTINI, Bologna, 1976, p. 234.

²⁸⁶ Cassazione 20 gennaio 1984 n. 512 in *Fallimento* 1984, p. 1146; Cassazione 8 febbraio 1980 n. 799 in *Giur. it.* 1980, I, p. 1180; Cassazione 21 giugno 1979 n. 3493 in *Foro it.* 1979, I, p. 2338; Cassazione S.U. 27 ottobre 1966 n. 2637 in *Giust. civ.* 1967, I, p. 524; Cassazione S.U. 18 ottobre 1966 n. 2501 in *Giur. it.* 1967, I, 1, p. 498.

²⁸⁷ BONSIGNORI, *Il Fallimento*, in *Trattato di diritto commerciale e diritto pubblico economico*, IX, Padova 1986, p. 425; JORIO, *Fallimento e statuto dei lavoratori*, in *Giur. comm.* 1975, II, p. 673; PAJARDI, op. cit., p. 438; SANTORO-PASSARELLI, *Nozioni di diritto del lavoro*, Napoli 1978, p. 227; CONFORTI, *Gli effetti del fallimento sui contratti di lavoro*, Milano 1961, p. 110; ANDRIOLI, op. cit., p. 426; DE SEMO, op. cit., p. 383.

privilegio di cui agli artt. 2751 bis n. 1 e 2777 c.c.

Viceversa, in caso di prosecuzione del rapporto lavorativo, l'indennità di anzianità avrebbe dovuto trovare soddisfazione in prededuzione al pari delle eventuali retribuzioni maturate per prestazioni eseguite dopo il fallimento.

Sussisteva, tuttavia, contrasto in dottrina ed in giurisprudenza in ordine alla frazionabilità dell'indennità in esame e, quindi, della sua prededucibilità integrale ovvero limitata alla quota riferibile alle prestazioni postfallimentari.

Secondo l'orientamento affermatosi nella giurisprudenza della Suprema Corte con riferimento alla vecchia indennità di anzianità, la parte di questa maturata prima della dichiarazione di fallimento andava considerata, in applicazione del principio regolatore del concorso, colpita dalla cristallizzazione delle posizioni creditorie con titolo anteriore, di guisa che il pagamento in prededuzione poteva riguardare soltanto la parte corrispondente al servizio prestato dopo l'apertura della procedura concorsuale²⁸⁸, mentre, per la quota afferente alla prestazione resa prima del fallimento, il credito restava assorbito dal privilegio generale.

Tale interpretazione, contestata in dottrina²⁸⁹, era fondata sulla considerazione che il principio della non frazionabilità dell'indennità di anzianità non spiega i suoi effetti nei confronti dell'amministrazione fallimentare, essendo questa regolata da una disciplina particolare connessa alle peculiari finalità dell'istituto, in quanto, diversamente, si sarebbe creata una disparità di trattamento ingiustificata tra i lavoratori che avessero

²⁸⁸ Cassazione 29 luglio 1985 n. 4378 in *Fallimento* 1986, p. 393, che richiama il principio in origine affermato da Cassazione 27 ottobre 1966 n. 2637 in *Dir. fall.* 1967, II, p. 254; Cassazione 2 agosto 1977 n. 3421 in *Giust. civ. mass.* 1977, p. 1361; Cassazione 5 giugno 1976 n. 2037 in *Dir. fall.* 1976, II, p. 698; Cassazione 9 maggio 1969 n. 1588, *ivi*, 1970, II, p. 127; Cassazione S.U. 18 ottobre 1966 n. 2501 in *Giust. civ.* 1967, I, p. 524; Cassazione 9 giugno 1988 n. 3894 in *Fallimento* 1988, p. 1074, che, nell'affrontare un diverso problema, dà atto in motivazione, del "*consolidato indirizzo di questa Corte che, a partire da Sez. un. n. 2501 del 1966, ritiene debito di massa solo la quota di indennità di anzianità corrispondente al periodo maturato dopo che dispone...*". In dottrina ALVINO, *La continuazione dell'esercizio dell'impresa ed i suoi effetti sull'indennità di anzianità*, in *Giust. civ.* 1967, I, p. 525; PAJARDI, *op. cit.*, p. 438; FERRARA, *op. cit.*, p. 322.

²⁸⁹ RIVA SANSEVERINO, *L'indennità di anzianità nella legge n. 604 e nei contratti collettivi*, in *Dir. Econ.* 1968, p. 265; ANDRIOLI, *op. cit.*, p. 426; ALLEVA, *Fallimento e diritto del lavoratori*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1976, p. 234; NICCOLI, *Fallimento, prosecuzione del rapporto con la curatela e indennità di anzianità*, in *Riv. giur. lay.* 1967, II, p. 57.

continuato a prestare la loro opera alle dipendenze dell'amministrazione fallimentare per un qualsiasi periodo di tempo, anche brevissimo, e quelli licenziati, eventualmente, il giorno prima del fallimento.

Attualmente, questa interpretazione è suffragata dalla regolamentazione del Trattamento Fine Rapporto di lavoro, attuata con la legge 29 maggio 1982 n. 297, che, nell'ambito fallimentare ha optato per la frazionabilità del T.F.R. maturato prima della dichiarazione di fallimento del datore di lavoro, quando, con l'art. 2, ha previsto l'istituzione del Fondo di garanzia "*con lo scopo di sostituirsi al datore di lavoro in caso di insolvenza del medesimo del trattamento di fine rapporto*".

Tale istituto trova, infatti, applicazione non solo nel caso della cessazione del rapporto di lavoro, ma anche qualora il rapporto sia continuato con la curatela e solo per la quota di T.F.R. maturata prima della dichiarazione di fallimento.

Tale assunto trova riscontro sia nel riferimento alla sostituzione "*al datore di lavoro*" e non agli organi concorsuali (comma 1°), sia nella necessità che il credito del lavoratore risulti dallo stato passivo definitivo per essere anticipato dal Fondo (comma 2°) e sia, principalmente, nella previsione della surroga al lavoratore "*nel privilegio spettante sul patrimonio dei datori di lavoro ai sensi degli artt. 2751 bis e 2777 del codice civile per le somme da esso pagate*" (comma 7°).

Elementi, questi ultimi che fanno desumere che il lavoratore può beneficiare dell'intervento del Fondo solo per la quota di T.F.R. maturata prima del fallimento e, dunque, che il legislatore ha ritenuto frazionabile il relativo trattamento in caso di fallimento²⁹⁰.

²⁹⁰ Ulteriore conferma della concorsualità del credito del lavoratore per quota di T.F.R. maturata anteriormente alla dichiarazione di fallimento si trova nella disposizione dell'art. 4 comma 10 del D.L. 31 luglio 1981 n. 414, convertito nella legge ottobre 1981 n. 544, che, nel testo originario, stabiliva che le indennità di anzianità dovute ai dipendenti delle imprese sottoposte alla procedura di amministrazione straordinaria, il cui rapporto di lavoro sia cessato dopo l'emanazione del provvedimento che dispone la continuazione dell'esercizio dell'impresa da parte del commissario, sono considerate, per il loro intero importo, come debiti maturati per la continuazione dell'esercizio dell'impresa agli effetti dell'art. 111 legge fall.. Questa norma, che afferma l'infrazionabilità del

Altra ipotesi particolare in cui, a seguito della risoluzione del contratto veniva riconosciuta natura prededucibile al credito sorto per attività eseguite prima della dichiarazione di fallimento riguarda il caso del preliminare di vendita relativo ad un immobile oggetto di miglioramenti o addizioni eseguite dal promissario acquirente ed acquisito al fallimento del promittente venditore a seguito dello scioglimento o a seguito di mancata trascrizione del contratto definitivo.

La maggioranza della dottrina e giurisprudenza, in tale ipotesi, riteneva che l'indennizzo dovuto al promittente acquirente per le migliorie e le addizioni definitivamente acquisite dalla curatela, a differenza del credito riconosciuto per la restituzione del prezzo pagato (che è concorsuale, come prevede l'art. 72 L.F.), avesse natura prededucibile.

Ciò sulla base delle seguenti diverse argomentazioni: l'indennizzo in parola sorgerebbe solo al momento in cui deve procedersi alla restituzione, dunque dopo la dichiarazione di fallimento e, pertanto, si tratterebbe di un debito maturato direttamente in capo alla massa fallimentare²⁹¹; la circostanza che l'immobile migliorato sia stato acquisito all'attivo dopo la dichiarazione di fallimento comporterebbe la previa detrazione delle passività, tra le quali, appunto, l'indennizzo dovuto per le migliorie, a norma dell'art. 42 comma 2^o²⁹²; la natura di debito della massa dell'indennizzo per migliorie costituirebbe la conseguenza del diritto di proprietà sulla cosa che perdura fino

T.F.R., è stata comunemente ritenuta di natura eccezionale ed è stata definita dalla Suprema Corte (Cassazione 9 giugno 1988 n. 3894 in *Fallimento* 1988, p. 1074) "*come la prima rilevante tessera di un regime speciale dell'indennità di anzianità spettante ai dipendenti di imprese poste in amministrazione straordinaria; regime speciale che mal si concilierebbe con l'estensione, ai lavoratori che sono beneficiari, della garanzia del Fondo*". Pertanto, l'applicazione del Fondo di garanzia sarebbe incompatibile con l'amministrazione straordinaria perchè fondata sulla infrazionabilità del T.F.R., sicchè ove il Fondo è applicabile, come ai dipendenti di imprese fallite, vige principio opposto della frazionabilità del T.F.R.

²⁹¹ Cassazione 6 marzo 1958 n. 751 in *Dir. fall.* 1958, II, p. 22; Appello Firenze 7 settembre 1956, in *Dir. fall.* 1957, II, p. 787; Tribunale Firenze 13 giugno 1955 in *Dir. fall.* 1956, II, p. 414; BIANCA, *La vendita e la permuta*, in *Trattato di diritto civile* diretto da VASSALLI, VII, Torino 1972, p. 888.

²⁹² RAGUSA MAGGIORE, op. cit., p. 491, (con riferimento allo scioglimento); RAGUSA MAGGIORE, *Effetti del fallimento sul preliminare di vendita non trascritto*, in *Dir. fall.* 1959, II, p. 236; VERNARECCI DI FOSSOMBRONE, *Inopponibilità al fallimento della vendita immobiliare non trascritta*, in *Dir. fall.* 1956, II, 414; SATTA, op. cit., p. 125.

alla restituzione²⁹³; le migliorie apportate dal promittente acquirente avendo determinato un arricchimento patrimoniale della massa devono essere indennizzate a spese della massa fallimentare e dunque in prededuzione²⁹⁴; l'indennizzo per migliorie doveva soddisfarsi in prededuzione per “*motivi d'equità*”²⁹⁵.

Medesime argomentazioni portavano a riconoscere natura prededucibile anche al credito del terzo, costretto a restituire alla curatela il bene oggetto di un atto revocato (e titolare di un credito concorsuale per equivalente *ex art. 71*) per spese, miglioramenti ed addizioni *ex art. 1150 c.c.* sul bene oggetto dell'atto revocato²⁹⁶.

Un' ulteriore ipotesi di prededucibilità per crediti maturati prima della dichiarazione di fallimento con riferimento a contratti, poi, risolti dal curatore, è stata introdotta dall'art. 7, comma 2° e 3°, della legge 21 febbraio 1991 n. 52 relativa alla disciplina della cessione dei crediti d'impresa ove il curatore del fallimento del cedente receda dalle cessioni da questi stipulate, limitatamente ai crediti futuri non ancora sorti alla data della dichiarazione di fallimento.

In predetta ipotesi il curatore, operando un vero e proprio recesso unilaterale dal contratto, è tenuto a restituire integralmente ed in prededuzione al cessionario il corrispettivo da questi pagato al cedente per le cessioni²⁹⁷.

²⁹³ CANDIAN, nota in *Temi*, 1958, II, p. 370; MONTEL, *Nuove riflessioni in tema di possesso e detenzione*, in *Dir. fall.* 1959, II, p. 623.

²⁹⁴ GUGLIELMUCCI 1979, op. citi, p. 98; BOZZA-SCHIAVON, op. cit., p. 553.

²⁹⁵ Tribunale Catania 30 luglio 1982 in *Dir. Fall.* 1983, II, p. 582.

²⁹⁶ PROVINCIALI, op. cit. II, p. 1005; RUISI-JORIO-MAFFEI-ALBERTI-TEDESCHI, op. cit., II, p. 102-103; Tribunale Napoli 6 luglio 1970 in *Dir. fall.* 1970, II, p. 936. *Contra*, PAJARDI, op. cit., 400-401; Tribunale Napoli 2 marzo 1965 in *Foro pad.* 1966, I, p. 108.

²⁹⁷ ALESSI, *Cessione dei crediti di impresa (factoring,) e fallimento*, in *Fallimento* 1991, p. 545.

2.1.4 Le spese ed i debiti contratti per l'amministrazione del fallimento – Le obbligazioni extracontrattuali contratte dal curatore

Ulteriori fattispecie di debiti di massa generati da attività poste in essere dal curatore venivano individuate dalla dottrina con riferimento all'attività, *lato sensu*, antiggiuridica del curatore e con riguardo alla loro genesi, riferibile a qualsiasi fatto od atto idoneo a produrre obbligazioni²⁹⁸.

Per attività antiggiuridica la dottrina faceva riferimento a quei fatti posti in essere dal curatore nell'esercizio delle sue funzioni gestorie che, ancorchè autorizzati dal giudice delegato, abbiano arrecato un nocumento patrimoniale a terzi e siano, pertanto, possibili fonti di debiti risarcitori prededucibili²⁹⁹; salva, comunque, l'azione di responsabilità contro il curatore che fosse venuto meno ai suoi doveri d'ufficio, prevista a favore della massa dei creditori e salva sempre l'azione di danni personalmente proponibile contro quel curatore dal terzo che si ritenga danneggiato dal suo operato³⁰⁰.

Un esempio di responsabilità dell'amministrazione fallimentare, suscettibile di determinare l'insorgenza di un debito risarcitorio prededucibile era stato individuato dalla Suprema Corte³⁰¹ nel deterioramento o danneggiamento della cosa locata, in caso di fallimento del conduttore cui sia subentrato il curatore.

Se il danneggiamento fosse avvenuto nel corso della locazione, ma prima del fallimento, il locatore avrebbe acquisito un diritto al risarcimento da far valere in moneta fallimentare; se, invece, il danneggiamento fosse stato successivo, il diritto risarcitorio doveva ritenersi sicuramente prededucibile, essendo riconducibile all'uso fattone dalla curatela³⁰².

E' stato pure osservato che, sempre con riferimento al fallimento del

²⁹⁸ BOZZA-SCHIAVON, op. cit., p. 563

²⁹⁹ GUALANDI-ROSTAGNO, *Gli effetti del fallimento rispetto ai creditori – Il concorso dei creditori in Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, Trattato diretto da PANZANI, Torino, 2000, I, p.585

³⁰⁰ Così Cassazione 24 maggio 1991 n. 5882 in *Fallimento* 1991, p. 828.

³⁰¹ Cassazione civile 11 novembre 1998, n. 11379 in *Fallimento* 1999, p. 635.

³⁰² GUGLIELMUCCI, op. cit., p. 377.

conduttore, sussistendo per il curatore l'obbligo di consegnare immediatamente l'immobile al locatore, una volta resa la dichiarazione di recesso, in caso di mancata o ritardata restituzione, esso curatore doveva ritenersi tenuto a pagare al locatore i danni conseguenti, che, evidentemente, sarebbero gravati sulla massa, derivando da un fatto antigiusuridico del curatore, ascrivibile alla sua negligente amministrazione³⁰³.

Ancora, la Suprema Corte ha pure evidenziato che nel caso in cui il curatore si fosse venuto a trovare nel possesso di un bene che si sarebbe già dovuto restituire per effetto dell'intervenuta risoluzione del relativo contratto ben prima della dichiarazione di fallimento, sebbene il curatore non risponda dei danni per la mancata riconsegna in epoca prefallimentare, lo stesso avrebbe in ogni caso dovuto provvedere all'immediata restituzione del bene, laddove una omissione o ritardo di quest'ultimo farebbe sorgere a carico della massa un debito risarcitorio prededucibile³⁰⁴.

Parimenti, sempre la Suprema Corte in tema di attività antigiusuridiche poste in essere dal curatore ha affermato la prededucibilità del credito risarcitorio vantato dall'aggiudicatario - in sede di procedura esecutiva in danno del soggetto poi dichiarato fallito, proseguita dal curatore ai sensi dell'art. 107 L.F. - di terreni boschivi, per il taglio della legna ad opera di terzi, avvenuto dopo l'aggiudicazione ed in forza di contratti stipulati, senza autorizzazione, dallo stesso curatore, in violazione dei suoi doveri di custodia³⁰⁵.

La dottrina, poi, ha riconosciuto natura prededucibile a tutti quei crediti che trovano la propria fonte in qualsiasi atto o fatto idoneo a produrle in conformità dell'ordinamento giuridico³⁰⁶, quali la gestione di affari *ex art.*

³⁰³ GUGLIELMUCCI, op. cit., p. 377; Tribunale Modena 20 giugno 2001, in *Fallimento*, 2001, p. 1063

³⁰⁴ Cassazione 29 settembre 1977 n. 4166 in *Dir. fall.* 1978, II, p. 37.

³⁰⁵ Cassazione 4 aprile 1991 n. 3505 in *Fallimento* 1991, p. 807.

³⁰⁶ BONSIGNORI op. cit., p. 235;

2028 c.c.³⁰⁷, l'arricchimento senza causa³⁰⁸ il pagamento dell'indebito³⁰⁹.

Caso tipico e frequente di pagamento dell'indebito era quello del debitore ceduto che avesse pagato al fallimento del creditore cedente e non al cessionario.

In tale ipotesi evidentemente il debitore, tenuto a soddisfare in ogni caso il cessionario, avrebbe poi potuto ripetere la somma indebitamente versata al fallimento cedente, che, ovviamente, avrebbe dovuto restituirla integralmente ed in prededuzione³¹⁰.

Parimenti prededucibile è stato ritenuto dalla giurisprudenza di merito anche il credito maturato da un terzo per la restituzione di somme versate a titolo di cauzione al fallimento per la stipulazione di un contratto di affitto poi non concluso³¹¹.

Ancora, è stata riconosciuta natura prededucibile al credito vantato dal creditore garantito da pegno o privilegio speciale allorché il curatore sia stato autorizzato a riscattare il bene oggetto di pegno o privilegio³¹².

Infine, è stato considerato prededucibile il credito fondato sull'obbligazione di restituzione che sorge in capo al curatore a seguito della riforma della favorevole sentenza revocatoria di primo o secondo grado³¹³, mentre è stata esclusa la prededucibilità del credito restitutorio sorto a seguito del positivo esperimento di un'azione revocatoria da parte del curatore, poiché sebbene sia sorto per effetto di un'attività posta in essere dal curatore dopo la dichiarazione di fallimento, ha, in ogni caso, origine anteriore al fallimento stesso³¹⁴.

³⁰⁷ RAGUSA MAGGIORE, voce Fallimento (Liquidazione e Ripartizione dell'attivo) in Enciclopedia giuridica Treccani, 2001, Roma, p.17.

³⁰⁸ DE SEMO, op. cit., p. 236

³⁰⁹ BONSIGNORI op. cit., p. 235.

³¹⁰ BOZZA-SCHIAVON, op. cit., p. 563.

³¹¹ Tribunale Napoli, 06 maggio 1999 in *Giur. napoletana* 2000, p. 143.

³¹² BOZZA-SCHIAVON, op. cit., p. 564.

³¹³ FABIANI, *L'esecutorietà della sentenza*, in *Fallimento* 2002, p. 207

³¹⁴ Cassazione 14 marzo 2000, in *Fallimento* 2001, 3, p. 257; Cassazione 14 ottobre 1998, n. 10140, in *Fallimento* 1999, 6, p. 620.

2.1.5 Le spese ed i debiti contratti per l'amministrazione del fallimento – I giudizi in cui è parte il curatore

I debiti per spese ed onorari contratti dal curatore nei giudizi in cui egli è parte sono da sempre stati considerati debiti di massa in applicazione tanto del criterio cronologico, quanto di quelli soggettivo e strumentale.

Venivano, quindi, ritenuti prededucibili, in particolare, i crediti per spese sostenute dal curatore per la prosecuzione delle espropriazioni immobiliari in corso in cui lo stesso fosse intervenuto *ex art.* 107 L.F.³¹⁵, i crediti per spese e compensi dei legali incaricati dalla procedura *ex art.* 25 L.F.³¹⁶, le spese delle liti avviate dalla curatela, o intraprese direttamente nei confronti della stessa, alla cui corresponsione sia stato condannato il fallimento soccombente, comprese le spese di registrazione della sentenza che fossero anticipate dalla controparte³¹⁷, le spese delle liti in cui il curatore sia subentrato al fallito ed alla cui corresponsione sia stato condannato il fallimento soccombente³¹⁸, le spese di soccombenza già liquidate nel grado di giudizio precedente in danno del fallito e confermate all'esito dell'impugnazione promossa dalla curatela³¹⁹.

Viceversa, una vivace disputa dottrinarica e giurisprudenziale si è sviluppata, nel tempo, in ordine alla natura da riconoscere ai crediti per spese ed onorari sostenuti dai creditori, ovvero, dai terzi, o, ancora, dal fallito, nei giudizi che vedevano coinvolto, a vario titolo, anche il curatore.

In particolare, rispetto al giudizio di opposizione alla dichiarazione di

³¹⁵ BONSIGNORI, *La liquidazione dell'attivo*, in *La legge fallimentare*, a cura di BRICOLA-GALGANO-SANTINI, Bologna, 1976, p. 234; FERRARA, *Il fallimento*, Milano, 1974, p. 529

³¹⁶ Cassazione 29 gennaio 2003, n. 1309, in *Fallimento*, 20003, 12, p. 1285; in dottrina BOZZA-SCHIAVON, *L'accertamento dei crediti nel fallimento e le cause di prelazione*, Milano, 1992, p. 487, che evidenzia anche che nell'ipotesi in cui l'avvocato nominato dalla curatela abbia già prestato assistenza al fallito nel medesimo giudizio in cui la curatela sia subentrata, occorrerà distinguere le spese ed i compensi maturati per la fase precedente, che avranno natura concorsuale, dalle spese e compensi maturati successivamente al conferimento dell'incarico da parte del curatore, da riconoscere in prededuzione.

³¹⁷ Cassazione S.U., 21 agosto 1990, in *Giust. Civ.* 1991, I, p. 2767.

³¹⁸ BONSIGNORI, *op. cit.*, p. 233

³¹⁹ Cassazione, 14 aprile 1969, n. 1190, in *Giur. It.*, 1969, p. 486

fallimento numerosi interrogativi suscitava la sorte delle spese sostenute dal creditore istante in caso di rigetto dell'opposizione proposta dal fallito, nonché quelle sopportate dal fallito opponente, mentre pacifica era la convinzione che le spese sostenute dal curatore per resistere all'opposizione, compresi gli oneri di avvocato, costituissero debiti prededucibili in quanto spese generali della procedura (rientranti tra quelle anticipabili a carico dell'Erario in caso di insufficienza di attivo) contratte al fine di tenere ferma la dichiarazione di fallimento nell'interesse di tutti i creditori³²⁰.

Parimenti pacifico era il principio che le spese sostenute dal fallito per la propria difesa nel giudizio in parola rimanessero a suo carico, non potendo gravare sulla massa sia perché sostenute dopo la dichiarazione di fallimento e nell'esclusivo interesse del fallito³²¹ sia perché non sarebbero spese di procedura, ma contro la procedura³²².

D'altronde, più volte era stata ritenuta manifestamente infondata l'eccezione d'incostituzionalità degli artt. 18, 42, 44, 46, 47 e 52 L.F., in relazione agli artt. 3, 4, 24, 35 e 36 Cost., nella parte in cui vietano il soddisfacimento in sede fallimentare del credito per le spese e gli onorari di difesa del fallito³²³

Il punto più controverso, dunque, riguardava la sorte delle spese sostenute dal creditore istante in caso di rigetto dell'opposizione proposta dal fallito.

La dottrina e la giurisprudenza si erano interrogate in ordine a se tali spese dovessero trovare ammissione al passivo in privilegio *ex art. 2755 e 2770 c.c.*³²⁴, oppure se dovessero essere rimborsate quali debiti di massa *ex*

³²⁰ ALESSI, *I debiti di massa nelle procedure concorsuali*, Milano, 1987, p. 104

³²¹ Cassazione, 14 febbraio 1971, n. 573 in *Giust. Civ.* 1975, I, 1186; Cassazione 19 giugno 1972, n. 1932 in *Dir. Fall.* 1973, II, 22; Appello Roma 14 novembre 1989, in *Giust. Civ.* 1990, I, 1115; PANZANI, *Fallimento e difesa del fallito: alcune questioni in tema di spese giudiziali* in *Giust. Civ.* 1990, I, 1117.

³²² RUISI-JORIO-MAFFEI-ALBERTI-TEDESCHI, *Il fallimento*, Torino, 1978, III, p. 285

³²³ DEL VECCHIO, *Le spese e gli interessi nel fallimento*, Milano, 1969, p. 53.

³²⁴ Cassazione 23 ottobre 1959 n. 3040, in *Dir. Fall.* 1959, II, p. 829; Cassazione 22 marzo 1959, n. 1201, in *Dir. Fall.* 1959, II, p. 342; Appello Roma 3 febbraio 1958, in *Dir. Fall.* 1958, II, p. 62; Appello Venezia, 2 agosto 1957, in *Dir. Fall.* 1959, II, p. 779; Tribunale Catania 13 giugno 1983, in *Dir. Fall.* 1983, II, p. 1009; Tribunale Napoli, 17 settembre 1970, in *Banca Borsa e Titoli di credito* 1971, II, p. 312; Tribunale Napoli, 20 maggio 1970, in *Dir. Fall.* 1970, II, p. 722; in dottrina DEL

art. 111 L.F.³²⁵, oppure, ancora, se dovessero gravare sul fallito, con esclusione di ogni rimborso o pagamento a carico della massa dei creditori³²⁶.

Coloro i quali sostenevano che le spese in esame andassero ammesse allo stato passivo in via privilegiata ex artt. 2755, 2770 e 2777 c.c., fondavano il proprio convincimento sul presupposto che, per un verso, il principio della cristallizzazione della massa passiva (artt. 42 e 44 L.F.) non poteva trovare applicazione fin tanto che fosse rimasta *sub judice* la decisione in ordine alla definitiva dichiarazione di fallimento e, per altro verso, sul presupposto che il creditore agirebbe nell'interesse di tutta la massa ottenendo la conferma della sentenza di fallimento.

Così ragionando, tuttavia, si finiva per riconoscere natura concorsuale a crediti che tale natura non avrebbero in quanto essi rinverrebbero il proprio titolo giuridico nella sentenza di rigetto dell'opposizione e non già in quella dichiarativa di fallimento - che continuava a produrre i propri effetti anche durante la fase dell'opposizione - dunque in un evento la cui radice casuale era senz'altro successiva alla intervenuta e perdurante cristallizzazione della massa passiva e collegata ad un'iniziativa assunta dal debitore dopo l'apertura del fallimento³²⁷.

VECCHIO, op. cit. p. 55; AZZOLINA, *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, Torino, 1961, II, p. 683.

³²⁵ FERRARA, *Il fallimento*, Milano, 1974, p. 520; PAJARDI, *Manuale di diritto fallimentare*, Milano, 1983, p. 546; BIANCHI D'ESPINOSA, *Le spese del creditore istante nel giudizio di opposizione a dichiarazione di fallimento*, in *Giust. Civ.* 1959, I, p. 787; SANDULLI, *Predeuzione delle spese del creditore istante nel giudizio di opposizione alla dichiarazione di fallimento*, in *Giust. Civ.* 1966, I, p. 1796; LA SERRA, *Responsabilità patrimoniale e fallimento*, in *Dir. Fall.* 1967, I, p. 233; ; VASELLI, *I debiti della massa nel processo di fallimento*, Milano, 1951, p. 67; SILVESTRI, *I privilegi nelle procedure concorsuali*, in *Fallimento*, 1985, p. 154; RUSSO, *Predeuzione delle spese sostenute dal creditore istante nel giudizio di opposizione alla sentenza dichiarativa di fallimento*, in *Fallimento* 1990, p. 847; in giurisprudenza Cassazione 07 febbraio 1961 n. 249, in *Dir. Fall.* 1961, II, p. 44; Cassazione 23 febbraio 1966 n.567, in *Dir. Fall.* 1966, II, p. 346; Cassazione 13 luglio 1968 n. 2502, in *Dir. Fall.* 1968, II, p. 665; Cassazione 22 dicembre 1972 n. 3659, in *Dir. Fall.* 1973, II, 289; Appello Catania, 19 aprile 1990, in *Fallimento* 1991, p. 60; Tribunale Perugia, 12 febbraio 1990, in *Fallimento* 1990, p. 847; Tribunale Milano 08 aprile 1974, in *Dir. Fall.* 1974, II, p. 1167.

³²⁶ ALESSI, op. cit., p. 103; DI LAURO, *Natura e disciplina delle spese del creditore resistente nei giudizi di fallimento*, in *Dir. Fall.* 1960, II, p. 68; PROVINCIALI, *Trattato di diritto fallimentare*, Milano, 1974, III, p. 586; PROVINCIALI, *Partecipazione e concorso dei creditori posteriori?* in *Dir. Fall.* 1959, II, p. 342; PROVINCIALI, *Sorte delle spese del creditore istante nel giudizio di opposizione al fallimento*, in *Dir. Fall.* 1959, II, p. 829; ANDRIOLI, voce "Fallimento" in *Enciclopedia del Diritto*, Milano, 1967, XVI, p. 359; Tribunale Napoli, 20 marzo 1953, in *Dir. Fall.* 1953, II, p. 458.

³²⁷ PROVINCIALI, op. cit., III, p. 586

Escludendo, quindi la natura concorsuale delle spese in parola, altri autori e la giurisprudenza di legittimità che aveva mutato il precedente illustrato orientamento, sostenevano che le spese erogate dal creditore istante fossero da considerarsi debiti di massa.

Veniva osservato, infatti, che predette spese dovevano ritenersi necessarie per l'amministrazione del fallimento e, quindi, da rimborsarsi con prededuzione *ex art. 111 L.F.*, avendo la medesima qualità e funzione di quelle sostenute nello stesso giudizio dal curatore.

In particolare la Cassazione aveva messo in rilievo che il creditore istante sarebbe portatore di interessi collettivi, oltre che di quello personale, nonché litisconsorte necessario, essendo la sua partecipazione al giudizio indispensabile per coadiuvare ed integrare l'attività difensiva del curatore³²⁸.

La critica mossa a tale tesi partiva dall'osservazione che nel giudizio di opposizione potevano coesistere due procedimenti distinti: uno tendente esclusivamente alla revoca del fallimento e l'altro relativo al risarcimento del danno che il fallito poteva domandare al creditore istante *ex art. 21, comma 3° L.F.*.

Orbene, posto che nel procedimento di revoca unico legittimato passivo risultava essere il curatore, avendo quest'ultimo la rappresentanza esclusiva dei creditori, mentre la legittimazione passiva del creditore riguardava solo la domanda per danni, l'art. 18, comma 3°, L.F. andava interpretato alla luce dell'art. 21, comma 3°, L.F., nel senso che la partecipazione necessaria del creditore istante dovesse ritenersi tale solo nell'ipotesi in cui il fallito abbia chiesto oltre la revoca del fallimento, anche i danni.

Anche in tale ultimo caso, poi, il creditore istante non sarebbe, in ogni caso, litisconsorte necessario del curatore per opporsi alla revoca, ma tutelerebbe esclusivamente il suo interesse personale opponendosi alla condanna per i danni.

³²⁸ Cassazione, 22 dicembre 1972, n. 3659, in *Dir. fall.*, 1973, II, p. 289; Cassazione 15 luglio 1968, n. 2502, in *Dir. fall.* 1968, II, p. 665; Cassazione, 23 febbraio 1966, n. 567 in *Dir. fall.*, 1966₁ II, p. 346.

Inoltre, la presenza in giudizio del creditore istante ben sarebbe potuta derivare da un intervento volontario, pacificamente ammissibile e qualificato come adesivo dipendente a favore del curatore³²⁹, assumendo, in tal modo, predetto creditore istante la veste di interventore unitamente a quella di legittimato passivo per i danni.

Tuttavia, anche in tale ipotesi, la tutela dell'interesse della massa dei creditori a tenere ferma la procedura concorsuale doveva ritenersi affidata dalla legge in via esclusiva all'attività del curatore, dovendosi, viceversa, escludere che il creditore istante potesse essere portatore di un interesse collettivo e non già esclusivamente personale.

Esclusa dunque la sussistenza di un'ipotesi di litisconsorzio necessario ed escluso, altresì, che il creditore istante nel giudizio di opposizione alla dichiarazione di fallimento potesse ritenersi portatore di un interesse collettivo, ed escluso, parimenti, che le spese sostenute dal creditore in detto giudizio avessero natura concorsuale, il logico corollario che ne discendeva era che il relativo credito dovesse ritenersi posto a carico del fallito³³⁰, trattandosi di spese postconcorsuali³³¹

Tale tesi sarà, poi, definitivamente cristallizzata con la pronuncia n. 1886 resa dalla Cassazione il 20 gennaio 2006, che, per un verso ha chiarito che *“In tema di opposizione allo stato passivo, non sono ammesse in prededuzione le spese sostenute dal creditore istante nel giudizio di opposizione alla dichiarazione di fallimento, senza che assuma rilievo la sua qualità di litisconsorte necessario, non potendosi desumere da essa la inerenza delle spese sostenute all'amministrazione del fallimento o alla sua conservazione”* e, per l'altro, che *“Le spese del giudizio di opposizione alla sentenza dichiarativa di fallimento non hanno natura concorsuale, in quanto sorgono in un momento successivo all'apertura della procedura, e non costituiscono, in nessun caso, credito di massa ex art. 111 n. 1 legge*

³²⁹ Cassazione 21 ottobre 1961, n. 281, in *Giust. civ.*, 1961, 1, 1737.

³³⁰ ALESSI, *I debiti di massa nelle procedure concorsuali*, Milano, 1987, p. 104

³³¹ Tribunale Milano, 12 maggio 1997, in *Fallimento* 1997, p. 1036.

*fallimentare - R.D. n. 267/1942, in quanto la legittimazione passiva del curatore e quella del creditore trovano titolo in situazioni giuridiche diverse.*³³².

Anche rispetto al giudizio di opposizione allo stato passivo la dottrina e la giurisprudenza si sono interrogate sulla sorte delle spese sostenute dal creditore opponente in caso di accoglimento dell'opposizione.

In particolare era stata pacificamente riconosciuta la prededucibilità di tali spese, in quanto debiti postfallimentari della massa³³³; tuttavia, era stato osservato in dottrina, che predetta natura prededucibile, quand'anche rientranti tra quelle di giustizia poste a carico del fallimento soccombente per effetto di una specifica sentenza di condanna, dovesse essere esclusa allorché la mancata o parziale ammissione al passivo fosse dipesa in tutto o in parte da volontà o negligenza del creditore³³⁴.

Invero, sul punto, la giurisprudenza di legittimità ha avuto modo di chiarire che il *discrimen* operabile in ordine alle cause che avessero erroneamente determinato la mancata o non integrale ammissione al passivo – negligenza o volontà del creditore, ovvero, causa di forza maggiore, ovvero, ancora, non corretta valutazione del curatore – non avrebbe mai potuto condurre all'esclusione della prededucibilità del credito per condanna alle spese del giudizio del fallimento soccombente, bensì solo ad una differente determinazione in ordine alla soccombenza stessa³³⁵.

³³² Cassazione 20 gennaio 2006, n. 1186 in *Fallimento*, 2006, 5, p. 519.

³³³ BONFATTI, *I giudizi di impugnazione dello stato passivo*, in *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, Trattato diretto da PANZANI, Torino, 2000, III, p. 333; DEL VECCHIO, op. cit., p. 105; Appello Catania 19 aprile 1990, in *Fallimento* 1991, p. 60; Tribunale Perugia, 12 febbraio 1990, in *Fallimento*, 1990, p. 847; Tribunale Milano 09 novembre 1981, in *Fallimento* 1982, p. 291.

³³⁴ SILVESTRI, *I privilegi nelle procedure concorsuali*, in *Fallimento*, 1985, p. 155; PROVINCIALI, *Trattato di diritto fallimentare*, Milano, 1974, III, p. 1482.

³³⁵ Cassazione 15 marzo 1971 n. 719, in *Giur. It.* 1971, I, p. 994; Tribunale Genova 19 novembre 1984, in *Fallimento* 1985, p. 792; Tribunale Modena 28 settembre 1983, in *Fallimento* 1984, p. 322; Tribunale Roma 27 dicembre 1982, in *Fallimento* 1983, p. 972; Tribunale Genova, 13 aprile 1978 in *Giur. Comm.* 1980, II, p. 488; Tribunale Torino 20 ottobre 1977, *Giur. Comm.* 1978, II, p. 751; Tribunale Roma 18 febbraio 1977, in *Temi Romana* 1977, p. 487; Tribunale Roma 09 marzo 1976, in *Giur. Comm.* 1976, II, p. 649; Tribunale Udine 09 luglio 1971, in *Dir. Fall.* 1971, II, p. 626; Tribunale Milano 25 febbraio 1971, in *Dir. Fall.* 1971, p. 566; in dottrina PAJARDI, *Manuale di diritto fallimentare*, Milano, 1983, p. 503; BIANCHI D'ESPINOSA, *La condanna nelle spese nel giudizio di*

2.2 Le ulteriori fattispecie individuabili in seguito alla riforma dell'art. 111 L.F. introdotta dal D.Lgs 5/2006

Con la riforma introdotta dal Decreto Legislativo 09 gennaio 2006, n. 5 e con l'intervento operato anche dal Decreto Legislativo 12 settembre 2007, n. 169, l'art. 111 L.F. assume la seguente ed attuale formulazione: “*Le somme ricavate dalla liquidazione dell'attivo sono erogate nel seguente ordine:*

1) per il pagamento dei crediti prededucibili;

2) per il pagamento dei crediti ammessi con prelazione sulle cose vendute secondo l'ordine assegnato dalla legge;

3) per il pagamento dei creditori chirografari, in proporzione dell'ammontare del credito per cui ciascuno di essi fu ammesso, compresi i creditori indicati al n. 2, qualora non sia stata ancora realizzata la garanzia, ovvero per la parte per cui rimasero non soddisfatti da questa.

Sono considerati crediti prededucibili quelli così qualificati da una specifica disposizione di legge, e quelli sorti in occasione o in funzione delle procedure concorsuali di cui alla presente legge; tali debiti sono soddisfatti con preferenza ai sensi del primo comma n. 1)”.

La prima “nuova” categoria di crediti prededucibili, dunque, ricomprende quei crediti che la legge espressamente, ovvero rinviando all'art. 111 L.F., qualifica come tali.

Nella legge fallimentare fattispecie costituenti crediti prededucibili *ope legis* sono: l'equo indennizzo per lo scioglimento del contratto di affitto di azienda (art. 79 L.F.), l'equo indennizzo per il recesso dal contratto di locazione (art. 80 L.F.), il credito di valore del bene perso dopo l'apposizione di sigilli (art. 103 L.F.), i crediti di terzi eventualmente sorti per effetto degli atti legalmente compiuti dal debitore in concordato preventivo (art. 161,

opposizione allo stato passivo, in *Giust. Civ.* 1959, I, p. 378; DEL VECCHIO, *op. cit.*, p. 102; DI LAURO, *Fallimento, processo e diritto sostanziale*, Napoli, 1971, II, p. 1119.

comma 7°) ed i crediti per finanziamenti di cui agli artt. 182 quater e quinquies L.F..

A ben vedere, l'espressa previsione da parte del Legislatore Fallimentare della prededucibilità *ope legis* dei crediti indicati costituisce il frutto degli sforzi interpretativi posti in essere dalla dottrina e dalla giurisprudenza nella vigenza dell'art. 111 L.F. ante riforma.

Difatti, in tema di equo indennizzo per recesso del curatore dal contratto di locazione di immobili, operatori e studiosi del diritto, in assenza dell'attuale espressa previsione della natura prededucibile di predetto credito, erano giunti alla medesima conclusione, sul presupposto che l'indennizzo non potesse non essere considerato un debito contratto per l'amministrazione del fallimento (o per la continuazione dell'esercizio dell'impresa)³³⁶

Parimenti, in tema di natura del credito maturato per il valore del bene andato perso dopo l'apposizione dei sigilli, annoso è stato il dibattito che ha diviso dottrina e giurisprudenza.

Era stato osservato che, tale credito per mancata restituzione di un bene nel possesso del fallito ma di proprietà di un soggetto terzo, acquisiva natura prededucibile solo nel caso in cui il curatore non avesse recuperato il bene oggetto dell'obbligo restitutorio pur avendone avuto la possibilità³³⁷, ovvero, nel caso in cui il bene fosse andato perduto nel periodo intercorrente tra la dichiarazione di fallimento e l'apposizione dei sigilli³³⁸, ovvero, ancora nell'ipotesi in cui il bene fosse andato perduto dopo l'apposizione dei sigilli.

³³⁶ Cassazione 11 novembre 1994, n. 9423 in *Giur. It.* 1995, I, p. 1215; SATTA, *Diritto Fallimentare*, Padova, 1974, p. 226; ANDRIOLI, voce "Fallimento" in *Enciclopedia del Diritto*, Milano, 1967, XVI, p. 421; FERRARA, *Il fallimento*, Milano, 1974, p. 349; RAGUSA MAGGIORE, *Diritto fallimentare*, Napoli 1974, I, p. 510; PAJARDI, *Manuale di diritto fallimentare*, Milano, 1983, p. 432; DE SEMO, *Diritto fallimentare*, Padova 1968, p. 382; GUGLIELMUCCI, *Effetti del fallimento sui rapporti giuridici preesistenti*, in *La legge fallimentare*, a cura di BRICOLA-GALGANI-SANTINI, Bologna-Roma 1979, p. 383; Contra, nel senso di ritenere il credito non prededucibile ma concorsuale privilegiato: In tal senso, PROVINCIALI, *Trattato di diritto fallimentare*, Milano, 1974, III, p. 1289; VASELLI, *I debiti della massa nel processo di fallimento*, Milano, 1951, p. 45; RUISI-JORIO-MAFFEI-ALBERTI-TEDESCHI, *Il fallimento*, Torino, 1978, III, p. 722; BOZZA, *La natura del credito del locatore al giusto compenso di cui all'art. 80 L.F.*, in *Fallimento* 1987, p. 10.

³³⁷ SATTA, op. cit., p. 225; FERRARA, op. cit., p. 321; RAGUSA MAGGIORE, op. cit., I, p. 525; Cassazione 16 luglio 1963 n. 1951 in *Foro it. rep.* 1963, voce "Fallimento" n. 438.

³³⁸ GUGLIELMUCCI, op. cit., p. 352.

In tali casi, dunque, l'avente diritto ben avrebbe potuto chiedere l'integrale pagamento del valore del bene nei confronti della massa in quanto il relativo credito era rapportabile all'obbligo di custodia assunto dalla massa e, per essa, dal curatore.

Conseguentemente la perdita del possesso era riconducibile ad un comportamento attivo od omissivo del curatore medesimo, non nascendo la responsabilità della massa dall'obbligazione di restituzione, cui era tenuto il fallito e nella quale il curatore non era, poi, subentrato per effetto della intervenuta perdita³³⁹.

La massa, dunque, avrebbe risposto del rischio del perimento della cosa per atto del curatore, cui competeva la custodia dei beni acquisiti all'attivo fallimentare, solo perchè tale responsabilità era prevista espressamente dal secondo comma dell'art. 79 L.F., vigente ante riforma 2006; tuttavia, veniva anche osservato che la massa non sarebbe stata tenuta a rispondere anche per eventuali ulteriori conseguenze dannose di qualsiasi comportamento illecito degli organi fallimentari.

Il secondo comma dell'art. 79 L.F., vigente ante riforma 2006, limitava, infatti, la responsabilità della massa espressamente al valore della cosa, coprendo, dunque, il solo danno emergente e non facendo riferimento alcuno al lucro cessante, di tal che è stato osservato che *“al terzo viene riconosciuto piuttosto un diritto all'indennità, come è normale per le ipotesi di danno derivante da comportamenti leciti, che non un diritto all'integrale risarcimento del danno subito”*³⁴⁰.

In sostanza, quindi, veniva concluso che il diritto del terzo ad ottenere in prededuzione il pagamento del controvalore della cosa sarebbe sorto ogni qualvolta la perdita del possesso fosse stata riconducibile, con nesso di causalità, ad un comportamento attivo od omissivo del curatore, cui

³³⁹ BOZZA-SCHIAVON, *L'accertamento dei crediti nel fallimento e le cause di prelazione*, Milano, 1992, p. 557.

³⁴⁰ FORTUNATO, *Domanda tempestiva di restituzione e diritto del terzo in caso di vendita fallimentare del bene*, in *Giur. comm.* 1979, II, p. 915; In giurisprudenza Cassazione 11 giugno 1974 n. 1732 in *Giust. civ.* 1974, I, p. 1392.

competeva la custodia dei beni; viceversa, se la perdita fosse stata ascrivibile ad un illecito del curatore, il terzo avrebbe potuto ottenere dalla massa solo il controvalore della cosa, potendo chiedere il risarcimento dei danni ulteriori al curatore personalmente³⁴¹.

Dottrina e giurisprudenza hanno avuto anche modo di osservare che l'ampiezza della reintegrazione del rivendicante a seguito della perdita del bene dipendeva anche dal momento in cui la domanda del terzo veniva presentata e dall'esito della stessa.

Difatti, allorquando la domanda di rivendica fosse stata presentata dopo che legittimante il curatore avesse provveduto alla liquidazione del bene era dubbio se al rivendicante spettasse, in ogni caso, in prededuzione, la corresponsione del valore del bene oggetto di vendita, ovvero, se dovesse accontentarsi della corresponsione del prezzo di vendita ricavato, magari anche già falciato da riparti parziali

La previgente formulazione dell'ultimo comma dell'art. 103 L.F., a tenore della quale "*le domande di rivendicazione, restituzione e separazione sul prezzo non pregiudicano le ripartizioni anteriori, e possono essere fatte valere sulle somme ancora da distribuire*" aveva indotto la dottrina a propendere per la seconda soluzione³⁴².

Era stato, infatti, puntualmente osservato³⁴³ che, nell'ipotesi in parola, più che di domanda di rivendicazione in senso proprio, ci si trovasse dinanzi ad una insinuazione tardiva di un credito, essendosi ormai verificato il fenomeno della surrogazione reale, sancito dall'art. 2920 c.c.³⁴⁴

Conseguentemente il terzo avrebbe dovuto accontentarsi di ricevere il prezzo della vendita, ovvero, le somme ancora da distribuire, ma, tale prezzo doveva, in ogni caso, essere corrisposto in prededuzione, poiché anche se l'accertamento del diritto del terzo era intervenuto in via tardiva, sarebbe stato

³⁴¹ FORTUNATO, op. cit., p. 930; GUGLIELMUCCI, op. cit., p. 355.

³⁴² BOZZA-SCHIAVON, *L'accertamento dei crediti nel fallimento e le cause di prelazione*, Milano, 1992, p. 559.

³⁴³ FORTUNATO, op. cit., p. 930.

³⁴⁴ Tribunale Milano 22 gennaio 1976, in *Riv. Dir. Ind.* 1977, p. 91.

pur sempre un accertamento opponibile alla massa, che ha provveduto, tramite l'amministrazione fallimentare, alla vendita di un bene di terzi, ottenendo un ricavato non di sua competenza.

La differenza, quindi, tra il rivendicante che avesse proposto la domanda prima della vendita e quello che l'avesse presentata successivamente, non sarebbe stata nella natura concorsuale o prededucibile del credito, ma nell'entità del credito (intero valore della cosa nel primo caso, il prezzo ricavato nel secondo) e nell'applicazione solo al secondo della salvezza delle ripartizioni avvenute in precedenza, giusto disposto del quinto comma dell'art. 103 L.F..

L'attuale formulazione dell'art. 103 L.F. non prevede più espressamente la salvezza delle ripartizioni avvenute in precedenza, tuttavia, nell'individuare l'oggetto della pretesa che potrà essere avanzata dal creditore che non possa più ottenere la restituzione del bene, il Legislatore ha fatto riferimento espresso non già al “*valore*” del bene stesso, ma, piuttosto, al “*controvalore*”, il che non dovrebbe lasciare dubbi in ordine alla perdurante validità delle osservazioni rese sul punto dalla dottrina ante riforma del 2006.

L'esame delle ulteriori fattispecie di crediti prededucibili *ope legis* previste nella Legge Fallimentare, vale a dire i crediti di cui agli artt. 161, comma 7°, 182 *quater* e *quinquies* costituirà oggetto del capitolo relativo alla individuazione dei crediti prededucibili nel concordato preventivo.

Venendo, viceversa, all'esame della seconda categoria di crediti prededucibili indicata nell'art. 111 L.F., i crediti sorti in occasione o in funzione delle procedure concorsuali, non può non osservarsi che, per quel che attiene la procedura fallimentare, essa ricomprende senz'altro tutte le fattispecie già individuate ante riforma del 2006.

Nella categoria in parola, infatti, non v'è dubbio che possano farsi rientrare, quali crediti sorti in funzione della procedura fallimentare, le spese sostenute dal curatore per l'amministrazione del fallimento, quali, ad esempio,

le spese per la registrazione della sentenza di fallimento³⁴⁵; le spese di apposizione dei sigilli³⁴⁶; le spese per la prosecuzione delle esecuzioni immobiliari *ex art.* 107 L.F.³⁴⁷, le spese necessarie per il recupero di crediti³⁴⁸, le spese di individuazione, acquisizione, gestione e custodia dei beni del compendio fallimentare³⁴⁹, il riscatto del bene da versare al creditore pignoratizio *ex art.* 53, comma 3^o³⁵⁰, il compenso del curatore e dei suoi ausiliari³⁵¹, il compenso dei professionisti incaricati dalla procedura³⁵², le spese vive sostenute dal curatore per comunicazioni, pubblicità, ricerche ipotecarie e catastali³⁵³, le spese dei reclami *ex art.* 26 e 37 L.F. che siano stati accolti³⁵⁴, le spese del giudizio di rendiconto approvato³⁵⁵; le spese della parte vittoriosa nei giudizi di opposizione, risoluzione o annullamento del concordato fallimentare³⁵⁶, le spese fiscali il cui presupposto si verifichi in corso di fallimento³⁵⁷.

Rientrano, altresì, nella categoria dei crediti prededucibili sorti in funzione della procedura fallimentare anche i crediti contratti per l'amministrazione del fallimento dal curatore per le attività negoziali da questo compiute, ovvero per quelle giudiziali, ovvero, ancora, per quelle extracontrattuali.

Trattasi, dunque, delle medesime fattispecie già analizzate nei precedenti paragrafi, ai quali, espressamente si rinvia.

Recentemente la giurisprudenza ha aggiunto al novero dei crediti sorti

³⁴⁵ VASELLI, *I debiti della massa nel processo di fallimento*, Milano, 1951, p. 38

³⁴⁶ BONSIGNORI, *Commentario della legge Fallimentare* a cura di SCIALOJA-BRANCA, Bologna-Roma, 1976, p. 231.

³⁴⁷ Cassazione 08 maggio 2009 in *Mass. Giur. It.*, 2009.

³⁴⁸ CAVALAGLIO, *I crediti prededucibili*, in *Dir. Fall.* 2010, p. 456.

³⁴⁹ Cassazione 12 maggio 2010 n. 11550, in *Fallimento* 2010, 11, p. 1271.

³⁵⁰ CAVALAGLIO, *I crediti prededucibili*, in *Dir. Fall.* 2010, p. 452.

³⁵¹ BONSIGNORI, *op. cit.*, p.232.

³⁵² CAIAFA, *La legge fallimentare riformata e corretta*, Padova, 2008, p. 614.

³⁵³ BONSIGNORI, *op. cit.*, p.233

³⁵⁴ PAJARDI-PALUCHOWSKI, *Manuale di diritto fallimentare*, Milano, 2008, p. 640.

³⁵⁵ BONSIGNORI, *op. cit.*, p.233

³⁵⁶ PROVINCIALI, *Trattato di diritto fallimentare*, Milano, 1974, III, p. 1663

³⁵⁷ BOZZA-SCHIAVON, *L'accertamento dei crediti nel fallimento e le cause di prelazione*, Milano, 1992, p. 489

in funzione della procedura anche il credito maturato dal professionista che abbia assistito il debitore nella verifica della situazione d'impresa ed abbia così consentito di verificare l'irreversibilità dello stato di crisi ed abbia conseguentemente redatto istanza di fallimento in proprio³⁵⁸, il compenso del subappaltatore, il cui pagamento permetta all'appaltatore fallito di presentare all'ente pubblico appaltante le quietanze necessarie a ricevere il prezzo dell'appalto, essendo il pagamento del corrispettivo in favore del subappaltatore condizione di procedibilità per la riscossione del credito dell'appaltatore ai sensi dell'art. 118, comma 3°, del D. Lgs. N. 113/2007³⁵⁹.

Occorre, infine, evidenziare che l'attenzione degli interpreti si è concentrata in modo particolare sulla portata della locuzione contenuta al secondo comma del riformato art. 111 L.F., nella parte in cui esso riferisce la prededuzione temporalmente e funzionalmente non al solo fallimento ma alle procedure concorsuali.

I profili più complessi della disciplina sostanziale dei crediti prededucibili si legano, infatti, ai problemi sollevati dalla consecuzione fra procedure, del che costituisce una dimostrazione l'attenzione del legislatore, che è ulteriormente intervenuto nel 2010, introducendo l'art. 182 quater l. fall., poi, di nuovo, nel 2012, introducendo l'art. 182 quinquies, recante anch'esso alcuni aspetti della disciplina della prededuzione in caso di consecuzione fra accordi di ristrutturazione dei debiti, concordato preventivo e fallimento, poi, di nuovo nel 2014, con l'art. 11, comma 3^{quater} della legge 9/14, contenente l'interpretazione autentica dell'art. 111, comma 2 L.F. in tema di concordato prenotativo, abrogata solo pochi mesi dopo.

Si rinvia, pertanto, sul punto ai capitoli relativi alla prededuzione nel concordato ed altre procedure concorsuali.

³⁵⁸ Tribunale di Pistoia 24 ottobre 2011 in www.ilcaso.it

³⁵⁹ Cassazione 05 marzo 2012 n. 3402, in *Fallimento*, 2013, 1, p. 123; Tribunale Bolzano 25 febbraio 2014 in www.ilcaso.it.

2.3 La sorte dei debiti di massa nell'ipotesi di cessazione del fallimento

Come noto, il fallimento può cessare per revoca o per chiusura, salva l'ipotesi eccezionale di conversione in amministrazione straordinaria.

Sono note le differenze tra la revoca e la chiusura, poiché nella prima ipotesi la nullità della sentenza di fallimento travolge *ex tunc* tutti gli effetti da essa prodotti, facendo salvi solo gli effetti degli atti legalmente compiuti, mentre la chiusura presuppone la validità della sentenza di fallimento e costituisce la morte naturale della procedura.

In entrambi i casi la cessazione della procedura concorsuale provoca la cessazione della prededuzione perché viene a mancare il rapporto di connessione tra i debiti di massa e la procedura in cui sono nati e per cui sono stati creati.

Pertanto, i debiti di massa dopo la cessazione della procedura non sono più prededucibili, ma conservano le eventuali cause di prelazione che li assistono.

Il problema più interessante che pone la revoca del fallimento, ove non vi sia condanna del creditore istante *ex art. 21, comma 3 L.F.*, è quello del soggetto obbligato a pagare i debiti di massa.

Alcuni autori³⁶⁰ sostengono che i debiti di massa fanno carico sull'Erario, mentre altri³⁶¹ ritengono che essi devono essere pagati dall'ex fallito.

Sembra preferibile la seconda soluzione sia perché i debiti di massa sono stati sostenuti per l'amministrazione del patrimonio del fallito, di cui egli viene a beneficiare, sia per la salvezza degli effetti degli atti legalmente compiuti, sancita dall'art. 21 L.F., sia perché 146 del D.P.R. 115/2002 è norma

³⁶⁰ FERRARA, *Il fallimento*, Milano, 1974, p. 236

³⁶¹ SATTA, *Diritto Fallimentare*, Padova, 1974, p. 92; TEDESCHI, *Il giudizio di opposizione alla sentenza dichiarativa di fallimento*, Padova, 1962, p. 208; DEL VECCHIO, *Le spese e gli interessi nel fallimento*, Milano, 1969, p. 70.

di carattere speciale e contiene i casi tassativi in cui l'Erario anticipa o sopporta le spese contratte per assicurare lo svolgimento della procedura fallimentare e non già per sopportare le conseguenze della revoca.

Numerosi, viceversa, sono i problemi che suscita la chiusura del fallimento.

Essa provoca un effetto estremamente pregiudizievole per i debiti di massa, che è la perdita della prededuzione, a causa della cessazione del vincolo di collegamento con la procedura concorsuale di tali debiti.

In conseguenza, deve ritenersi che il creditore della massa possa proporre reclamo avverso il decreto di chiusura *ex art. 119 L.F.*, spettando la legittimazione attiva a qualunque creditore.

I motivi dell'opposizione possono consistere, ad esempio, nell'inerzia del curatore a promuovere azioni di recupero, azioni revocatorie o acquisizioni di beni sopravvenuti, il cui esito favorevole consentirebbe di soddisfare i debiti di massa³⁶².

Le forme di chiusura del fallimento sono, in sostanza, cinque: mancanza di domande di ammissione al passivo; pagamento integrale di tutti i creditori; riparto finale dell'attivo; mancanza o insufficienza di attivo; concordato fallimentare.

Il problema dei debiti di massa, evidentemente, si pone solo nei casi in cui il fallimento si chiude senza il pagamento o l'integrale soddisfacimento dei creditori della massa.

Nell'ipotesi di mancata proposizione di domande di ammissione al passivo i debiti di massa devono essere pagati con le somme acquisite all'attivo.

Ove ciò non avvenga, il fallimento va chiuso per insufficienza di attivo (art. 118, n. 4 L.F.) e non per inesistenza di passivo (art. 118, n. 1 L.F.) poichè i debiti di massa concorrono a formare il passivo e sono debiti del fallito anche

³⁶² PAJARDI, *Manuale di diritto fallimentare*, Milano, 1983, p. 575; VITALE, *I debiti della massa nel fallimento*, Milano, 1975, p. 85.

se non devono essere ammessi al passivo³⁶³.

E se venisse disposta la riapertura del fallimento *ex artt.* 121 -123 L.F.?

Che sorte spetta in tal caso ai debiti di massa rimasti insoddisfatti dal precedente fallimento?

In dottrina è vivamente controversa la natura di tale istituto, sostenendo alcuni³⁶⁴ che si tratti della continuazione del vecchio fallimento e ritenendo, viceversa, altri³⁶⁵ che la riapertura costituisca un nuovo fallimento.

A sostegno della prima soluzione sono state poste le seguenti argomentazioni: non è richiesto l'accertamento di una nuova insolvenza insorta dopo la chiusura del fallimento; il ritorno degli organi del fallimento chiuso; la discrezionalità del tribunale a disporre la riapertura; l'utilizzazione della verifica dei crediti già eseguita; l'inefficacia degli atti a titolo gratuito, compiuti dopo la chiusura e prima della riapertura, senza la limitazione temporale dell'art. 64 L.F.; la salvezza dei riparti operati nel fallimento chiuso.

Tuttavia, la partecipazione al concorso anche dei nuovi creditori, cioè di quelli posteriori alla sentenza di fallimento, appare difficilmente conciliabile con la tesi di un fallimento che continui, poiché si forma una massa passiva nuova, diversa dalla precedente.

Inoltre, la decorrenza dei termini per le azioni revocatorie per gli atti successivi alla chiusura dalla sentenza di riapertura milita a favore della tesi del nuovo fallimento.

Aderire all'una o all'altra tesi non è facile, poiché gli argomenti addotti per entrambe sono solidi.

Sembra, tuttavia, preferibile la tesi del nuovo fallimento per l'ulteriore rilievo, che riguarda il trattamento che i debiti di massa sorti nel fallimento chiuso ricevono in quello riaperto.

Difatti, uno dei presupposti perché venga dichiarata la riapertura del

³⁶³ VITALE, *op. cit.* p. 98

³⁶⁴ PAJARDI, *op. cit.*, p. 581; VITALE, *op. cit.*, p. 89; DEL VECCHIO, *op. cit.*, p. 174; AZZOLINA, *Il fallimento*, Torino, 1961, II, p. 1059; PROVINCIALI, *Trattato di diritto fallimentare*, Milano, 1974, III, p. 1962; SATTA, *op. cit.*, p. 310.

³⁶⁵ VERDE, *La riapertura del fallimento*, Padova, 1976, p. 5; FERRARA, *op. cit.*, p. 654.

fallimento è che il fallito offra garanzia “*di pagare almeno il dieci per cento ai creditori vecchi e nuovi*” (art. 121, comma 1 L.F.).

La norma non fa salve le cause di prelazione, né menziona le spese di procedura ed il compenso del curatore del fallimento chiuso che possano essere rimasti insoddisfatti, ma il dieci per cento viene riferito soltanto alla categoria dei creditori, vecchi o nuovi, a prescindere assolutamente dalla qualità del loro credito.

Orbene, se il legislatore avesse concepito la riapertura come la continuazione del fallimento chiuso, si sarebbe certamente premurato delle vecchie spese di procedura e del compenso del curatore, imponendo al fallito di pagare per intero tali debiti di massa, dovendosi ritenere che in caso di continuazione del fallimento chiuso, la prededuzione per i vecchi debiti di massa, rimasta sopita dopo la chiusura, riprenderebbe efficacia.

L'omessa salvezza, invece, delle cause legittime di prelazione, che pure è menzionata nell'art. 122 L.F. ai fini del nuovo concorso, e la mancata previsione dell'obbligo del fallito di pagare integralmente i vecchi debiti di massa rimasti insoddisfatti, con la conseguente parificazione di tutti i creditori ai fini della percentuale del dieci per cento, porta a ritenere che il legislatore considera i vecchi debiti di massa definitivamente privati della prededuzione e la riapertura come un nuovo fallimento, che, per motivi di economia processuale, dipende dal vecchio per i presupposti ed utilizza al massimo l'attività svolta nel fallimento chiuso.

CAP. 3. I CREDITI PREDEDUCIBILI NELLE ALTRE PROCEDURE CONCORDSUALI DISCIPLINATE DALLA LEGGE FALLIMENTARE

3.1 I crediti prededucibili nel concordato preventivo e negli accordi di ristrutturazione dei debiti

Il trattamento dei crediti maturati nel corso del concordato preventivo è stato storicamente oggetto di dibattito in dottrina e giurisprudenza ed ancora oggi costituisce argomento di vivace discussione.

Invero, gli studiosi e gli operatori del diritto, prima della riforma della legge fallimentare del 2006, più che indagare sulla esistenza di debiti massa già durante il concordato preventivo, discutevano in ordine alla possibilità di riconoscere il carattere prededucibile dei crediti sorti in costanza di concordato preventivo nel successivo fallimento.

In sostanza, dunque, l'esistenza dei debiti di massa nel concordato preventivo veniva condizionata alla sorte di essi nel successivo fallimento, con indagine retrospettiva che portava dottrina e giurisprudenza ad affermare l'esistenza o meno di tali debiti nel concordato preventivo quale conseguenza diretta dell'esistenza o meno di essi nel fallimento successivo.

Invero, prima della riforma del 2006, i crediti sorti nel concordato preventivo venivano ritenuti prededucibili in pochi casi.

La ragione ostativa veniva ravvisata nella finalità esclusivamente liquidatoria che era riconosciuta al concordato preventivo.

Difatti, partendo dal dato letterale contenuto all'art. 111 L.F., i soli crediti che venivano considerati eventualmente prededucibili anche nel concordato preventivo erano quelli contratti per *“la continuazione*

dell'esercizio dell'impresa", dato che l'unica altra voce di credito prededucibile era indicata dal predetto art. 111 L.F. nelle spese contratte per l'amministrazione del fallimento.

Tuttavia, stante, appunto, la finalità meramente liquidatoria del concordato preventivo, si riteneva che difficilmente potessero maturare crediti del tipo appena individuato, dovendosi escludere che nel corso di tale procedura venisse conservata l'organizzazione aziendale e continuata l'impresa.

Non solo, sulla base dell'estraneità della continuazione dell'impresa al concordato *ante* riforma, la giurisprudenza escludeva la prededucibilità anche in quei pochi casi ove vi fossero effettivamente state spese di gestione³⁶⁶, a nulla rilevando l'eventuale autorizzazione dal Giudice delegato a norma dell'art. 167 L.F.³⁶⁷.

Tuttavia, già sul finire degli anni 80 in dottrina veniva osservato che la continuazione e la conservazione dell'impresa durante il concordato preventivo costituisse oltre che un diritto dell'imprenditore concordatario, anche un dovere di quest'ultimo nei confronti dei propri creditori, dal momento che solo attraverso la continuazione dell'impresa sarebbe stato possibile conservare il valore di avviamento della stessa e garantire, quindi, ai creditori la percentuale di soddisfazione prospettata al momento della presentazione della proposta concordataria³⁶⁸.

Conseguentemente, se la continuazione dell'esercizio dell'impresa era necessaria per il raggiungimento della finalità soddisfattoria propria del concordato preventivo ed utile ai creditori, non sussisteva alcun ostacolo teorico a configurare i debiti contratti per lo svolgimento di tale attività come

³⁶⁶ Cassazione Civile, 5 maggio 1988, n. 3325, in *Fallimento*, 1988, 967; Cassazione Civile 27 ottobre 1995, n. 11216, in *Mass. Ufficiale*, 1995; Cassazione Civile, 14 luglio 1997, n. 6352, in *Mass. Ufficiale* 1997.

³⁶⁷ Cassazione Civile, 9 settembre 2002, n. 13056, in *Fallimento*, 2003, 1145.

³⁶⁸ FERRARA, *Il fallimento*, Milano, 1974, p. 147; RAGUSA MAGGIORE, *Diritto fallimentare*, Napoli, 1974, II, p. 993; LO CASCIO, *Il concordato preventivo*, 1976, p. 102; PAJARDI, *Manuale di diritto fallimentare*, Milano, 1983, p. 705; PACCHI PESUCCI, *Continuazione dell'impresa nel concordato preventivo e prededuzione*, in *Giur. comm.*, 1986, p. 87; ALESSI, *I debiti di massa nelle procedure concorsuali*, Milano, 1987, p. 186

debiti di massa.

Verso la fine degli anni 90 tale tesi dottrinarina veniva sposata anche dalla giurisprudenza.

La Cassazione, quindi, dapprima, ammetteva la prededucibilità delle spese sorte per la gestione dell'impresa in concordato, quando la continuazione dell'attività fosse stata un elemento essenziale della proposta "volta ad una più proficua liquidazione patrimoniale a favore dei creditori concorrenti"³⁶⁹.

La concessione del beneficio, tuttavia, rimaneva comunque subordinata all'omologazione del concordato preventivo.

Successivamente la Suprema Corte ha, poi, iniziato a valorizzare, in chiave sostanzialistica, la funzionalità della spesa al migliore interesse del ceto creditorio ed è stata, così, ammessa la prededucibilità dei "debiti della massa, contratti cioè per le spese e dunque a causa dello svolgimento e della gestione della procedura, nell'interesse dei creditori"³⁷⁰.

Una significativa svolta è comunque avvenuta solo con l'intervento sul secondo comma dell'art. 111 L.F., operato dal D.Lgs. n. 5/2006, ai sensi del quale sono ora prededucibili i crediti "*così qualificati da una specifica disposizione di legge e quelli sorti in occasione o in funzione delle procedure concorsuali di cui alla presente legge*".

Tipicamente, nel caso del concordato preventivo, potevano rientrare in quest'ordine le spese sostenute dal debitore per l'accesso alla procedura, ossia, principalmente, il compenso per l'attestatore e per gli altri professionisti eventualmente incaricati di predisporre la domanda ed il piano.

Le prime pronunce al riguardo apparivano divise: in alcune prevaleva

³⁶⁹ Cassazione Civile, 5 agosto 1996, n. 7140, in *Fallimento*, 1997, 269, con nota di FABIANI, *Somministrazione e prededuzione: chiusura con spiragli nel concordato preventivo*. In senso analogo Cassazione Civile, 12 marzo 1999, n. 2192, in *Fallimento*, 2000, 370, con nota di RAGO, *Natura prededucibile delle spese di gestione dell'impresa*.

³⁷⁰ Cassazione Civile, 25 luglio 2007, n. 16426, in *Fallimento*, 2008, 97; Cassazione Civile, 24 luglio 2007, n. 16387, in *Fallimento*, 2008, 431, con nota di CATALLOZZI, *Crediti sorti durante il concordato preventivo e loro tutela nel successivo fallimento: è ancora sostenibile la teoria della consecuzione?*.

un approccio restrittivo, generalmente motivato con il fatto che le prestazioni dei professionisti rese prima dell'accesso alla procedura sfuggissero al controllo giudiziale previsto dall'art. 167 L.F.: evidente era il timore di concedere un trattamento preferenziale a crediti relativi a prestazioni inutili o addirittura dannose per la massa creditoria³⁷¹.

Altre pronunce valorizzavano, viceversa, la novità legislativa e l'incentivo verso le soluzioni alternative al fallimento; di conseguenza era riconosciuta la prededucibilità del credito sia dell'attestatore, sia degli altri professionisti nominati dal debitore³⁷².

Nella maggiore parte dei casi, tuttavia, le prestazioni dei professionisti venivano ritenute funzionali solo quando il Tribunale avesse ammesso il debitore alla procedura con il decreto *ex art.* 163 L. F.³⁷³.

Ciò, in quanto, il requisito del carattere funzionale del credito alla procedura veniva ancorato dalla giurisprudenza all'intervenuta ammissione del debitore alla procedura concordataria.

Solo una recente decisione della Corte di Cassazione è sembrata sostituire a tale criterio obiettivo un canone di tipo finalistico: si è cioè affermato che, per dare luogo a un credito prededucibile, la prestazione professionale deve porsi in una relazione di “*adeguatezza funzionale*” alle necessità risanatorie dell'impresa e deve garantire un'utilità concreta per la massa creditoria³⁷⁴.

Secondo tale pronuncia, la prestazione deve soddisfare un duplice requisito: da un lato, deve essere finalizzata al risanamento dell'impresa; dall'altro, l'opera deve essere risultata, secondo un giudizio *ex post*, utile in

³⁷¹ Tribunale Udine, 15 ottobre 2008, in *Fallimento*, 2009, 1414; Tribunale Pordenone, 8 ottobre 2009, in www.ilcaso.it; Tribunale Firenze, 26 marzo 2008, in *Foro toscano - Toscana giur.*, 2008, 2, 168; Tribunale Bari, 17 maggio 2010, in *Fallimento*, 2012, 29.

³⁷² Tribunale Treviso, 16 giugno 2008, in *Fallimento*, 2008, 1209; Tribunale Milano, 20 agosto 2009, in *Fallimento*, 2009, 1413; Tribunale Modena, 11 gennaio 2010, in www.ilcaso.it; Tribunale Prato, 24 giugno 2011, in www.ilcaso.it.

³⁷³ Tribunale Milano, 20 agosto 2009, in *Fallimento*, 2009, 1413; Tribunale Modena, 11 gennaio 2010, in www.ilcaso.it; Tribunale Udine, 6 marzo 2010, in *Fallimento*, 2010, 998; Tribunale Reggio Emilia, 14 giugno 2012, in www.ilcaso.it.

³⁷⁴

concreto per i creditori, ossia deve avere consentito la realizzazione dei loro crediti.

In realtà, la successiva giurisprudenza di legittimità si è uniformata alla giurisprudenza di merito ed ha chiarito che le prestazioni professionali rese per l'accesso alla procedura di concordato sono funzionali laddove sia intervenuta l'ammissione del debitore.

Secondo la Corte, "l'accesso alla procedura di concordato preventivo costituisce di per sé un vantaggio per i creditori" alla luce degli effetti della consecuzione, ossia "la cristallizzazione della massa e la retrodatazione del periodo sospetto ai fini dell'esperimento della revocatoria fallimentare"³⁷⁵.

Tale orientamento appare coerente con la *ratio* dell'istituto della prededuzione: l'attribuzione di un regime preferenziale ad alcuni creditori, laddove non connesso ad un costo proprio della procedura, deriva dall'esigenza di incentivare la conclusione di determinati rapporti giuridici fondamentali per una soluzione della crisi diversa dal fallimento.

Mediante l'attribuzione al potenziale creditore di una prospettiva di integrale ed antergato soddisfacimento, si elide il forte disincentivo dato dal fatto che la parte debitrice si trova necessariamente a rivelare il proprio stato di difficoltà³⁷⁶.

È chiaro, pertanto, che la prededuzione può servire il suo scopo solo in quanto il creditore abbia la certezza che le proprie spettanze godranno di tale trattamento privilegiato.

In aderenza a predetto scopo, la giurisprudenza di merito ha ritenuto meritevoli di collocazione prededuttiva i crediti dei professionisti che avevano assistito il debitore nell'accesso ad una procedura di concordato poi venuta

³⁷⁵ Cassazione Civile, 14 marzo 2014, n. 6031, in www.ilcaso.it.

³⁷⁶ VELLA, *L'interpretazione autentica dell'art. 111, co. 2, L.F. e i nuovi orizzonti della prededuzione preconcordataria*, in *Crisi d'impresa e fallimento*, 18 marzo 2014; D'AMORA, *Riflessioni in vista di un dibattito sulla prededuzione e nuovi spunti*, 12 giugno 2011, in www.osservatorio-oci.org; SALVATO, *La prededuzione del credito del professionista*, in *Fallimento*, 2014, p. 80.

meno per fatto del debitore stesso³⁷⁷.

L'esigenza di tutela dell'affidamento dei creditori che contrattano con la procedura, elemento necessario affinché la prededuzione possa servire il proprio scopo, è stata così tutelata anche laddove la procedura alternativa non aveva spiegato alcuna utilità in concreto, per essersi anzitempo arrestata.

Si è, quindi, gradualmente giunti a riconoscere, in modo sempre più ampio, la prededuzione, nel successivo fallimento, di debiti contratti dall'imprenditore in crisi sia in una fase precedente all'avvio di procedure concorsuali alternative al fallimento, sia nel corso delle stesse procedure.

Ciò, anche per l'effetto delle riforme legislative che si sono succedute a far data dal 2010 attraverso le quali il Legislatore ha introdotto alcune nuove disposizioni in materia di prededucibilità dei crediti, destinate ad operare allorquando la crisi sia affrontata dal debitore con gli strumenti del concordato preventivo e degli accordi di ristrutturazione dei debiti.

Si tratta, in particolare, delle fattispecie di crediti prededucibili previste e disciplinate dagli artt. 161, comma 7, 182-quater, 182-quinques, commi 1, 2 e 3, L.F.

Tuttavia, considerato il tenore letterale delle norme in questione, prima di analizzare tali specifiche fattispecie, posto che, come accennato, dottrina e giurisprudenza si sono interrogata per lo più in ordine al successivo riconoscimento nel fallimento della prededucibilità di crediti sorti nel corso di precedenti procedure concorsuali, occorre, invero, verificare se sia configurabile una prededuzione "interna" al concordato preventivo ed agli accordi di ristrutturazione dei debiti, la quale, cioè, operi - imponendo (o consentendo) il pagamento integrale di determinati crediti - a prescindere dalla circostanza che ad essi faccia seguito la dichiarazione di fallimento del debitore.

Tale configurabilità, espressamente prevista dalla rubrica dell'art.

³⁷⁷ Tribunale Terni, 17 gennaio 2014, in www.ilfallimentarista, con nota di LEUZZI, *Preconcordato "abortito" e prededuzione dei crediti*, 20 febbraio 2014.

182quater L.F. (“*disposizioni in tema di prededucibilità dei crediti nel concordato preventivo, negli accordi di ristrutturazione dei debiti*”), è ammessa dalle opinioni, prevalenti in dottrina, che riconoscono l’operatività della prededucazione, prima che nel successivo ed eventuale fallimento, anche ed anzitutto all’interno del concordato preventivo e nell’ambito dell’accordo di ristrutturazione dei debiti³⁷⁸.

Analoga opinione è risultata, da una recente indagine basata sulle risposte fornite da numerosi magistrati di merito e di legittimità ad un questionario appositamente predisposto dall’Osservatorio sulle crisi di impresa - OCI³⁷⁹, condivisa dalla larghissima maggioranza degli interrogati, i quali hanno altresì ritenuto prevalentemente possibile la prededucazione “interna” di crediti sorti sia prima, sia dopo la pubblicazione della domanda nel registro delle imprese, momento che segna il discrimine tra crediti cui si estendono gli effetti del concordato e crediti che ne rimangono estranei, a norma degli artt. 168 e 184 L.F..

Si tratta, tuttavia, di un’opinione non incontrastata, essendo stati manifestati forti e significativi dubbi circa la predicabilità della prededucazione già all’interno della stessa procedura (diversa dal fallimento) in funzione o in occasione della quale essa viene riconosciuta o prevista ed essendo stato talvolta ravvisato nel richiamo all’art. 111 L.F., il quale non è ricompreso tra le norme in generale applicabili anche al concordato preventivo *ex art.* 169 L.F., solo un effetto prenotativo e cautelativo rispetto all’esito infausto di un concordato o di un accordo di ristrutturazione che trasmodi in fallimento. In particolare, si è sottolineata³⁸⁰ l’improprietà del riferimento alla

³⁷⁸ DIDONE, *Concordato preventivo, diniego di prededucazione e rimedi*, in *Fallimento*, 2012, p. 823 e ss.; FABIANI, *Prededucazione "speciale" ex art. 182 quater l.fall, e regime di impugnazione*, in *Foro it.*, 2011, I, p. 2529 e ss.; RACUGNO, *Concordato preventivo e accordi di ristrutturazione dei debiti. Le novità introdotte dal d.l. 31 maggio 2010, n. 78 e dalla l. 30 luglio 2010, n. 122*, in *Dir. fall.*, 2011, I, p. 7; STANGHELLINI, *Finanziamenti-ponte e finanziamenti alla ristrutturazione*, in *Fallimento*, 2010, p. 1346 e ss.

³⁷⁹ I cui risultati sono esposti e commentati in FERRO-BASTIA-NONNO, *Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione*, Milano, 2013.

³⁸⁰ NARDECCHIA, *Sub artt. 182 quater e 182 quinquies*, in *Codice commentato del fallimento*, a cura di LO CASCIO Milano, 2013, p. 2202; AMBROSINI, *I finanziamenti bancari alle imprese in crisi dopo la*

prededucibilità nell'ambito dell'accordo di ristrutturazione dei debiti, nella misura in cui in esso non opera la regola della *par condicio*, ma quella della adesione o meno all'accordo, che discrimina i creditori aderenti (da soddisfare con le modalità e nei tempi concordati) e quelli non aderenti (da pagare integralmente, sia pure con la possibilità di moratoria oggi prevista dall'art. 182 bis, comma 1, L.F.).

Sotto altro profilo, è stata evidenziata la necessità pratica, onde evitare che la restituzione dei finanziamenti erogati per fronteggiare la scarsità di risorse metta in pericolo il pagamento dei creditori estranei, che la restituzione venga convenzionalmente postergata rispetto a tale pagamento, beneficiando quindi il finanziatore della prededuzione solo nel successivo eventuale fallimento³⁸¹.

Analoghe considerazioni hanno indotto taluno a negare l'operatività della prededuzione nel concordato preventivo, anche in presenza di disposizioni normative contenenti il richiamo all'art. 111 L.F.³⁸².

Anche chi ammette una prededuzione interna al concordato preventivo e all'accordo di ristrutturazione ha talvolta sottolineato come *“in queste procedure la prededuzione assume però un significato particolare e comunque diverso da quello che il termine ha nel fallimento, nel senso che essa indica la attitudine dei crediti prededucibili ad essere soddisfatti prima e fuori dai riparti stabiliti dal Commissario giudiziale o dal liquidatore: e la attitudine dei crediti prededucibili ad essere tutelati con azioni giudiziarie ordinarie di cognizione e di esecuzione e cautelari. Anche nell'ambito delle procedure minori, però, è obbligatorio applicare il principio di parità di trattamento e la*

riforma del 2012, in *Dir. fall.*, 2012, I, p. 469; D'AMORA, *La nuova prededuzione*, in www.osservatorio-oci.org, 2010, p. 11-12; VALENSISE, *Sub art. 182 quater, La legge fallimentare dopo la riforma*, a cura di NIGRO-SANDULLI-SANTORO, Torino, 2010, p. 2337.

³⁸¹ INZITARI, *Nuova disciplina degli accordi di ristrutturazione ex art. 182 bis L.F.*, in www.ilcaso.it; con riferimento al concordato preventivo, VELLA, *L'accrescimento dei controlli giudiziali di merito e degli strumenti protettivi nel nuovo concordato preventivo (dopo la legge n. 134/12)*, in www.osservatorio-oci.org.

³⁸² NIGRO-VATTERMOLI, *Diritto della crisi delle imprese. Le procedure concorsuali, Appendice*, Bologna, 2013, p. 5; ARMELI, *I finanziamenti dei soci in esecuzione di concordato preventivo tra prededucibilità e postergazione*, in *Fallimento*, 2011, p. 889.

*graduazione tra i debiti di massa. È prevedibile però che la mancanza di un procedimento di verifica, e la mancanza di una vera e propria fase di ripartizione dell'attivo, contribuiranno a complicare, di non poco, la applicazione della prededuzione al concordato preventivo e, ancor di più, negli accordi di ristrutturazione*³⁸³.

La prededuzione nel concordato preventivo e nell'accordo di ristrutturazione dei debiti opera, quindi, certamente nella esecuzione degli stessi, nel senso di imporre il pagamento integrale e alle scadenze concordate dei crediti espressamente qualificati prededucibili.

In questi termini, si comprende come essa possa concernere sia crediti sorti prima, che crediti sorti dopo la pubblicazione della domanda nel registro delle imprese.

Tuttavia, così intesa, essa si rivela concetto di scarsa utilità giuridica, giacché nella maggior parte dei casi, i medesimi effetti che se ne fanno derivare sarebbero comunque da affermare in base alla disciplina generale del concordato preventivo e degli accordi di ristrutturazione dei debiti.

Invero non può non evidenziarsi, anzitutto, che in relazione ai crediti successivi il regime appena delineato deriva, a prescindere dalla qualificazione come prededucibili, dalla loro sottrazione agli effetti anche interinali del concordato a norma degli artt. 168 e 184 L.F. e dalla loro necessaria estraneità all'accordo di ristrutturazione³⁸⁴ e, quindi, in definitiva, dalla loro extraconcorsualità, la quale, a differenza che nel fallimento, non comporta, in mancanza di prededucibilità, l'impossibilità di soddisfazione sul patrimonio separato per effetto dello spossessamento ex art. 42 L.F., che nelle procedure in esame manca, salvi gli effetti di segregazione patrimoniale che possono derivare dal ricorso alla *cessio bonorum* o ad altri istituti quali il trust o la destinazione ex art. 2645 ter c.c.³⁸⁵.

³⁸³ BASSI, *La illusione della prededuzione*, in *Giur Comm*, 2011, III, p. 344.

³⁸⁴ NARDECCHIA, op. cit., p. 2206.

³⁸⁵ La cui compatibilità, tra l'altro, con il concordato preventivo è comunque discussa; in tal senso PEZZANO, *L'atto di destinazione ex art. 2645 ter c.c. "preventivo" del debitore, di "supporto" del terzo*

Con riferimento ai crediti successivi, quindi, la prededuzione nel senso appena detto esplica concreta rilevanza essenzialmente nel fallimento successivo, nel quale essi concorreranno anche con i crediti “concordatari” o “partecipanti” all’accordo di ristrutturazione ancora insoddisfatti.

Nell’ottica interna al concordato e all’accordo, invece, il pagamento integrale e alla scadenza dei crediti successivi non costituisce effetto della natura prededucibile di tali crediti e si verifica anche in relazione a quelli tali non qualificati da alcuna disposizione, potendosi quindi al più parlare, in termini meramente descrittivi, di prededuzione di fatto.

Tuttavia è forse possibile individuare, anche tra i crediti successivi, alcuni profili di differenziazione di quelli qualificati come prededucibili rispetto agli altri già nel corso della procedura di concordato preventivo o di accordo di ristrutturazione dei debiti.

Nel concordato preventivo, i crediti successivi prededucibili, avendo comunque diritto ad essere pagati con preferenza rispetto ad ogni altro credito, potrebbero in quanto tali ritenersi sottratti agli effetti di segregazione patrimoniale eventualmente derivanti dalle forme esecutive proposte dal debitore ed approvate dai creditori concorrenti, effetti che invece sono destinati a prodursi anche nei confronti dei creditori genericamente successivi.

Nell’accordo di ristrutturazione, i crediti estranei prededucibili potrebbero ritenersi sottratti alla moratoria legale (centoventi giorni dalla omologazione o dalla scadenza, se successiva) oggi prevista dall’art. 182 bis L.F. per l’integrale pagamento dei crediti genericamente estranei.

In secondo luogo, può rilevarsi, in relazione ai crediti anteriori qualificati come prededucibili, che la previsione espressa di prededucibilità assume, probabilmente, in particolare nel concordato preventivo, ancora prima della fase esecutiva, il significato di rendere necessario che la proposta o il

ed il concordato... preventivo, in www.osservatorio-oci.org, 2013; Cassazione Civile, 15 luglio 2011, n. 15699, in *Fallimento*, 2011, 129; Tribunale Pescara, 3 marzo 2011, in www.osservatorio-oci.org; Tribunale Vicenza, 31 marzo 2011, in www.osservatorio-oci.org; Tribunale Verona, 13 marzo 2012, in *Fallimento*, 2012, 972; Tribunale Lecco, 26 aprile 2012, in www.ilcaso.it; Tribunale Reggio Emilia, 2 maggio 2012, in www.ilcaso.it;

piano concordatari ne prevedano il pagamento integrale e tempestivo, senza che ciò possa comunque comportare violazione del divieto di alterazione dell'ordine legale delle prelazioni³⁸⁶ e del divieto di pagamenti di crediti anteriori in corso di procedura³⁸⁷, divieti che tornano invece in gioco (determinando eventualmente la necessità di una modificazione della proposta) solo nel caso in cui la prededuzione non venga riconosciuta con il decreto di apertura.

In tali casi, quindi, alla natura prededucibile del credito conseguirebbe l'effetto di rendere la proposta e la pianificazione del suo integrale pagamento ammissibili anche in deroga al divieto di alterazione dell'ordine delle cause legittime di prelazione.

A ben vedere, la prededucibilità è suscettibile di assumere significato analogo a quello appena evidenziato anche con riferimento ad alcuni crediti che, sebbene successivi alla pubblicazione della domanda, si collocano, per titolo o causa, nel periodo intermedio compreso tra tale pubblicazione e la formulazione della proposta o, comunque, la apertura della procedura concordataria: si tratta dei crediti derivanti da finanziamenti autorizzati *ex art. 182quinquies*, commi 1-3, L.F. o da altri atti urgenti di straordinaria amministrazione autorizzati *ex art. 161*, comma 7, L.F. o da atti di ordinaria amministrazione compiuti nel periodo suddetto, tutti espressamente dichiarati dalle norme ricordate “*prededucibili ai sensi dell'art. 111*”.

Anche per tali crediti, quindi, dovrebbe porsi la necessità di previsione di pagamento integrale e tempestivo nella proposta (o quanto meno nel piano), con contestuale svincolo dal rispetto dell'ordine legale delle prelazioni.

Va, anzi, segnalata, in questa prospettiva, una proposta interpretativa che conferisce ai crediti in discorso carattere prededucibile limitato alla procedura di concordato e non automaticamente esteso al successivo, eventuale, fallimento, se non previa positiva valutazione, da parte degli organi

³⁸⁶ NARDECCHIA, op. cit., p. 2211.

³⁸⁷ D'AMORA, *Prededuzione e par condicio: riflessione sulle diseguaglianze funzionali*, in *Crisi d'impresa ed economia criminale*, a cura di MINUTOLI, Milano, 2011, p. 359-379;

fallimentari in sede di verifica del passivo, della funzionalità del credito: ciò sulla scorta, da un lato, della diversa formulazione letterale del richiamo all'art. 111 L.F. contenuto nelle norme appena ricordate (solo “*ai sensi*”, anziché “*ai sensi e per gli effetti*” come invece nell'art. 182*quater*); dall'altro lato, della ritenuta assenza di un preventivo controllo di merito in ordine alla funzionalità degli atti in tal modo autorizzati o compiuti, rimessi al debitore o alla dichiarazione di un professionista, sulla quale il Tribunale eserciterebbe un sindacato di carattere poco più che formale³⁸⁸.

In tal senso potrebbe valorizzarsi anche la espressa estensione (disposta dalla L. n. 134/12) della esenzione da revocatoria, nel successivo fallimento, degli atti legalmente posti in essere nel corso della procedura concordataria (art. 67, comma 3, lett. e, L.F.) e cioè, oltre che degli atti di ordinaria amministrazione, degli atti autorizzati ai sensi degli artt. 182*quinquies*, commi 1-3, e 161, comma 7: se, infatti, i crediti derivanti da simili atti fossero senz'altro prededucibili nel fallimento conseguente al concordato (o all'accordo di ristrutturazione), non vi sarebbe stata ragione di prevederne espressamente la esenzione da revocatoria, giacché, mentre la non revocabilità non implica anche la prededucibilità, quest'ultima invece comporta sempre necessariamente la non revocabilità dell'atto che costituisce fonte del credito prededucibile.

Posto che, per certi effetti, può ritenersi configurabile l'esistenza di una prededucazione “interna” alla procedure di concordato preventivo e di accordo di ristrutturazione dei debiti secondo quanto previsto dalla legge, vi è, poi, da chiedersi se sia, altresì configurabile, nell'ambito soprattutto del concordato preventivo, una prededucazione volontaria, derivante, cioè, non da una previsione normativa, ma dal trattamento prioritario proposto dal debitore per determinati crediti anteriori.

Mentre non dovrebbe dubitarsi in linea di principio che il debitore possa proporre a creditori ritenuti strategici un trattamento interamente e

³⁸⁸ D'AMORA, *La prededucazione nell'anno di grazia 2013*, in www.osservatorio-oci.org, p. 14 e ss.

immediatamente soddisfattivo, stante la libertà che l'art. 160 L.F. gli riconosce nella determinazione del contenuto della proposta, gli aspetti problematici concernono, da un lato, il limite derivante dal divieto di alterazione dell'ordine legale delle prelazioni e, dall'altro lato, la conservazione della prededuzione nel successivo, eventuale, fallimento.

Sotto il primo profilo, la prededuzione volontaria dovrebbe essere possibile solo a condizione che i crediti interessati vengano isolati in una apposita classe integralmente e/o immediatamente soddisfatta e che sia rispettato il divieto di alterazione dell'ordine delle cause legittime di prelazione.

La concreta rilevanza di tale ultima condizione potrebbe essere parzialmente elusa attribuendo al suddetto divieto un significato non assoluto, quale limite concernente l'utilizzo di qualsiasi risorsa possa essere destinata alla attuazione del piano concordatario³⁸⁹, bensì quello di regola operante in relazione all'utilizzazione delle sole risorse che provengono dal patrimonio del debitore³⁹⁰.

Tuttavia, tale possibilità appare notevolmente ridimensionata dal recente arresto giurisprudenziale³⁹¹ secondo cui, ai fini dell'ammissibilità della proposta di concordato preventivo, gli apporti esterni provenienti da terzi si sottraggono al divieto di alterazione della graduazione dei crediti solo allorché risultino neutrali rispetto allo stato patrimoniale del debitore, non comportando né un incremento dell'attivo - sul quale i crediti prelatizi dovrebbero in ogni caso essere collocati secondo il loro grado -, né un aggravio del passivo, con il riconoscimento di ragioni di credito a favore del terzo, indipendentemente dalla circostanza che tale credito sia stato o no postergato.

Anche la giurisprudenza di merito ha ritenuto *“inammissibile, per violazione delle norme di legge in tema di concorso dei creditori e di suddivisione di questi ultimi in classi, la domanda di concordato preventivo*

³⁸⁹ In tal senso Tribunale Treviso, 11 febbraio 2009, in *Fallimento*, 2009, 1439.

³⁹⁰ In tal senso D'AMORA, *La nuova prededuzione*, op. cit., p. 12.

³⁹¹ Cassazione Civile, 8 giugno 2012, n. 9373, in *Fallimento*, 2012, 1409.

con la quale si proponga, accanto al pagamento parziale e differito di crediti prelatizi e chirografari, il pagamento integrale ed immediato di crediti sorti prima del deposito della domanda stessa, qualificati come prededucibili in quanto sorti in esecuzione e in funzione del piano industriale successivamente alla data iniziale di attuazione dello stesso (anteriore però alla data di presentazione della domanda di concordato) e/o ritenuti strumentali al mantenimento della continuità aziendale e inerenti a rapporti destinati a proseguire nell'eventuale fase di esecuzione del concordato”³⁹² e, più in generale, ha rilevato che “la prededucibilità attiene esclusivamente a crediti ontologicamente tali, in quanto sorti nei confronti della massa dei creditori ovvero a crediti che (ancorché sorti nei confronti del debitore) siano espressamente qualificati tali da una norma di legge ed essa, poiché costituisce eccezione al principio della par condicio creditorum, non può trovare fonte nell'autonomia privata, né nell'applicazione analogica delle norme che la prevedano”³⁹³.

Oggi, tuttavia, prospettive diverse potrebbero essere aperte, nel concordato con continuità aziendale (e negli accordi di ristrutturazione), dalla possibilità, offerta dall'art. 182*quinquies*, commi 4-5, L.F., di pagamento in corso di procedura di crediti anteriori per prestazioni di beni o servizi, su autorizzazione del Tribunale previa attestazione professionale circa l'essenzialità e la funzionalità delle prestazioni alla migliore soddisfazione dei creditori, attestazione tuttavia non necessaria se si utilizzano risorse finanziarie apportate da terzi senza obbligo di restituzione o con postergazione del credito da restituzione.

Parrebbe, cioè, che - quanto meno nel concordato con continuità aziendale e nell'accordo di ristrutturazione dei debiti - sia consentito al debitore di soddisfare preferenzialmente ed anticipatamente (già in corso di procedura) qualsiasi credito anteriore se esso è funzionale agli interessi

³⁹² Tribunale Varese, 11 aprile 2011, in www.osservatorio-oci.org.

³⁹³ Tribunale Bari, 4 marzo 2013, in www.osservatorio-oci.org

dell'intera massa creditoria o se vi è a tal fine apporto non oneroso di finanza esterna.

La norma, per altro verso, pone il problema se, nelle ipotesi non contemplate (e quindi, essenzialmente, nei concordati liquidatori o in assenza dei presupposti sopra riassunti), pagamenti di crediti anteriori possano essere eseguiti prima dell'omologazione.

Essa, infatti, può essere letta quale conferma dell'altrimenti operante divieto di pagamento in corso di procedura di crediti anteriori, divieto nel quale è stata altresì ravvisata una ulteriore ragione di inconfigurabilità della c.d. prededuzione volontaria, che si risolverebbe in una elusione del divieto stesso al di fuori dei casi eccezionali in cui è consentito derogarvi.

Ma potrebbe, d'altra parte, sostenersi che, in mancanza delle condizioni di cui all'art. 182*quinquies*, il pagamento dei crediti anteriori non è invalido, ma solo inefficace nel successivo fallimento, sicché in assenza di quest'ultimo, mantiene stabilità nel concordato preventivo, consentendo quindi di attuare, nell'ambito di tale procedura, una soddisfazione preferenziale di alcuni crediti su base esclusivamente volontaria.

Sotto il secondo profilo problematico sopra evidenziato, anche chi ammette la prededuzione volontaria o consensuale ne esclude, poi, la automatica trasferibilità nel successivo eventuale fallimento, trattandosi solo di uno dei possibili contenuti della proposta concordataria, come tale inidoneo a creare vincoli simmetrici nel fallimento successivo³⁹⁴.

Anche la giurisprudenza di legittimità ha, del resto, chiarito che *“al di fuori dell'ipotesi in cui il credito si riferisca ad obbligazione contratta direttamente dagli organi della procedura per gli scopi della procedura stessa, il collegamento “occasionale” ovvero “funzionale” posto dall'art. 111 L.F. deve intendersi riferito al nesso, non tanto cronologico né solo teleologico, tra l'insorgere del credito e gli scopi della procedura, strumentale in quanto tale a garantire la sola stabilità del rapporto tra terzo e l'organo*

³⁹⁴ D'AMORA, *La prededuzione nell'anno di grazia 2013*, op. cit. p. 14 e ss.

fallimentare, ma altresì nel senso che il pagamento di quel credito, ancorché avente natura concorsuale, rientra negli interessi della massa, e dunque risponde allo scopo della procedura in quanto inerisce alla gestione fallimentare"³⁹⁵.

Quindi, per aversi prededuzione nel successivo fallimento è richiesto in ogni caso un giudizio di funzionalità da parte degli organi della procedura in funzione della quale il credito sorge, che può collocarsi nella fase genetica del credito, con creazione di un vincolo simmetrico per il Giudice delegato dell'eventuale successivo fallimento³⁹⁶, ma che, in mancanza di valutazione *ex ante*, può avvenire a posteriori da parte dello stesso Giudice delegato, mediante la verifica in concreto della rispondenza agli interessi della massa dell'atto fonte del credito.

Si tratta di una soluzione equilibrata, che soddisfa sia l'esigenza di assicurare certezza circa la circolazione tra procedure della prededucibilità già verificata, sia quella di tutelare i creditori concorrenti che subiscono gli effetti della prededucibilità.

In questa prospettiva, l'eliminazione dall'art. 182^{quater} L.F. del credito del professionista attestatore dovrebbe agevolare³⁹⁷ il superamento del dibattito sorto sulla collocazione sistematica di tale norma rispetto all'art. 111 L.F.³⁹⁸: se tale, cioè, da escludere la prededuzione nel fallimento di qualsiasi credito diverso da quelli espressamente contemplati dalla prima norma, sorto nella fase antecedente la procedura³⁹⁹ ovvero se limitata alla creazione di crediti prededucibili così qualificati da specifica disposizione di legge ai sensi dell'art. 111, comma 1, L.F. con conseguente spazio per il riconoscimento della prededuzione in favore di ulteriori crediti anteriori, ma in senso lato

³⁹⁵ Cassazione Civile, 5 marzo 2012, n. 3402, in *Fallimento*, 2013, 1, 123

³⁹⁶ NARDECCHIA, op. cit., p. 2217.

³⁹⁷ Come infatti ha ritenuto Cassazione Civile, 8 aprile 2013, n. 8533, in www.ilcaso.it

³⁹⁸ VELLA, *Le nuove prededuzioni nel concordato con riserva e in continuità. I crediti dei professionisti*, in *Fallimento*, 2013, 9, p. 1141

³⁹⁹ In questo senso Tribunale Milano 26 maggio 2011, in *Fallimento*, 2011, 1337; Tribunale Terni 13 giugno 2011, in *Fallimento*, 2011, 1007; Tribunale Bari 4 marzo 2013, cit.

funzionali alla procedura⁴⁰⁰.

Volendo schematizzare le considerazioni sin qui svolte, dunque, sembrerebbero potersi enucleare almeno sei differenti ipotesi di “prededuzione” nel concordato preventivo e negli accordi di ristrutturazione dei debiti, vale a dire:

- crediti anteriori in relazione ai quali è richiamato da una norma di legge, anche negli effetti, l’art. 111 L.F., per i quali vi è necessità di previsione, nella proposta o nell’accordo, di pagamento integrale e alla scadenza, che possono essere previsti anche in deroga, nel concordato preventivo, al divieto di alterazione dell’ordine legale delle prelazioni e che vedono il trasferimento automatico della prededuzione nel successivo eventuale fallimento (o nel successivo concordato preventivo, in caso di accordi di ristrutturazione);

- crediti anteriori non qualificati prededucibili da norme di legge, per i quali vi è possibilità di previsione, nella proposta o nell’accordo, di pagamento integrale e alla scadenza, a condizione che non sia alterato l’ordine delle cause legittime di prelazione e senza automatico trasferimento della prededuzione nel successivo eventuale fallimento (salvo accertamento della funzionalità in sede di verifica);

- crediti legalmente (*ex* artt. 161, comma 7, e 182*quinquies*, commi 1-3, L.F.) sorti nel periodo compreso tra la iscrizione della domanda e l’apertura della procedura di concordato preventivo, per i quali vi è necessità di previsione, nella proposta e/o nel piano, di pagamento integrale e alla scadenza, che possono essere previsti anche in deroga al divieto di alterazione dell’ordine legale delle prelazioni, ma senza trasferimento automatico della prededuzione nel successivo eventuale

⁴⁰⁰ PATTI, *La prededuzione dei crediti funzionali al concordato preventivo tra art. 111 ed art. 182 quater L.F.*, in *Fallimento*, 2011, p. 1340; Sui delicati problemi di compatibilità costituzionale posti dalla limitazione soggettiva contenuta nella pregressa disciplina, si rinvia a FERRO-FILOCAMO, *Sub art. 182 quater*, in *La legge fallimentare. Commentario teorico pratico*, a cura di FERRO, Padova, 2011, p. 2182; su quelli connessi alla disciplina attuale a NARDECCHIA, *op. cit.*, p. 2221.

fallimento (salvo riconoscimento in sede di verifica);

- crediti legalmente (*ex art. 182quinquies*, commi 1-3, L.F.) sorti nel periodo compreso tra la iscrizione della domanda di omologazione di accordo di ristrutturazione e l'omologazione, per i quali vi è necessità di pagamento integrale e alla scadenza, con sottrazione alla moratoria legale prevista per il pagamento dei crediti estranei, ma sempre senza trasferimento automatico della prededuzione nel successivo eventuale fallimento (salvo riconoscimento in sede di verifica);

- crediti successivi diversi (o crediti estranei all'accordo di ristrutturazione dei debiti) qualificati prededucibili da norme di legge, per i quali vi è necessità di pagamento integrale e alla scadenza, con sottrazione agli eventuali effetti di segregazione patrimoniale derivanti dal concordato e alla moratoria legale prevista per il pagamento dei crediti estranei all'accordo di ristrutturazione e che vedono il trasferimento automatico della prededuzione nel successivo eventuale fallimento (o nel successivo concordato preventivo, in caso di accordo di ristrutturazione);

- crediti successivi diversi (o crediti estranei all'accordo di ristrutturazione) non qualificati prededucibili da norme di legge per i quali vi è necessità di pagamento integrale e alla scadenza, senza prededuzione automatica nel successivo eventuale fallimento (o nel successivo concordato preventivo, in caso di accordo di ristrutturazione).

3.1.1 Le nuove fattispecie di crediti prededucibili introdotte dal Legislatore

Con riferimento alle disposizioni in tema di crediti prededucibili di recente introdotte dal Legislatore, può da subito osservarsi come la fattispecie prevista dall'art. 161, comma 7, L.F. sia più ampia rispetto a quelle previste agli artt. 182*quater* e 182*quinquies*, commi 1, 2 e 3, L.F.

La prima delle norme menzionate dispone che sono prededucibili tutti i crediti che siano sorti eventualmente in capo a terzi per effetto di atti di ordinaria o straordinaria amministrazione legalmente compiuti dal debitore dopo il deposito della domanda di concordato preventivo e sino al decreto di ammissione.

La seconda e la terza riguardano, invece, solo i crediti riconducibili ad operazioni di finanziamento.

Più specificamente, nell'ipotesi di cui all'art. 182*quater* ci si trova al cospetto di una prededucazione, ai sensi e per gli effetti dell'art. 111 L.F., attribuita a: crediti derivanti da finanziamenti concessi da qualunque finanziatore in esecuzione di un concordato preventivo o di un accordo di ristrutturazione dei debiti omologato (c.d. finanziamenti "in esecuzione": art. 182*quater*, comma 1, L.F.); crediti derivanti da finanziamenti erogati da qualunque finanziatore in funzione della presentazione delle domande, rispettivamente, di concordato e di omologazione dell'accordo di ristrutturazione dei debiti (c.d. finanziamenti "in funzione": art. 182*quater*, comma 2, L.F.).

Nell'ipotesi di cui all'art. 182*quinquies*, L.F. la legge si riferisce ai crediti derivanti da finanziamenti autorizzati dal Tribunale funzionali al migliore soddisfacimento dei creditori (c.d. finanziamenti "in occasione": art. 182-*quinquies*, commi 1, 2, 3, L.F.).

Stante la diversità di formulazioni utilizzate nelle disposizioni che li riguardano – "finanziamenti in qualunque forma effettuati", per i

finanziamenti “in esecuzione” (art. 182*quater*, comma 1, L.F.); “finanziamenti erogati” per i finanziamenti “in funzione” (art. 182*quater*, comma 2, L.F.); “finanziamenti” senza alcuna accezione, per i finanziamenti “in occasione” (art. 182*quinques*, comma 1, L.F.) – si deve ritenere che l’oggetto della previsione sia più ampio nel primo caso (finanziamenti “in esecuzione”), riguardando crediti derivanti da aperture di credito e contratti bancari in genere, concessione di garanzie, factoring, leasing etc., oltre ai crediti discendenti dalle consuete operazioni di finanziamento societario quali l’emissione di obbligazioni, strumenti finanziari e titoli di debito⁴⁰¹, dovendosi considerare non solo il dato formale dell’operazione, ma soprattutto la sua sostanza economica, in conformità ai risultati esegetici conseguiti in relazione ad altre norme dell’ordinamento ove – come nel caso dei finanziamenti dei soci ex art. 2467 c.c. – compare la medesima espressione⁴⁰².

Nella seconda ipotesi (finanziamenti “in funzione”), invece, appare plausibile ritenere che l’oggetto concerna i crediti inerenti ai finanziamenti erogati nelle sole forme tecniche che possano dirsi funzionali alla presentazione delle domande di ammissione alla procedura di concordato o di omologazione degli accordi di ristrutturazione⁴⁰³.

Nella terza (finanziamenti “in occasione”), invece, data la carenza di qualunque riferimento, occorrerà effettuare una valutazione volta per volta circa la rispondenza dei finanziamenti di cui si chiede l’autorizzazione rispetto allo scopo attribuitogli dalla legge di consentire il migliore soddisfacimento dei creditori.

⁴⁰¹ NIEDDU ARRICA, *Le operazioni di finanziamento funzionali alle soluzioni concordate della crisi d’impresa alla luce dell’art. 182-quater L.F.*, in *Riv. dir. soc.*, 2011, p. 451.

⁴⁰² TERRANOVA, *Art. 2467, Società di capitali. Commentario*, a cura di NICCOLINI- STAGNO D’ALCONTRES, vol. III, Napoli, 2004, p. 1479 e ss.; MAUGERI, *Finanziamenti “anomali” dei soci e tutela del patrimonio nelle società di capitali*, Milano, 2005, p. 151 ss.; BALP, *I finanziamenti dei soci “sostitutivi” del capitale di rischio: ricostruzione della fattispecie e questioni interpretative*, in *Riv. soc.*, 2007, p. 396; BALP, *Questioni in tema di postergazione ex art. 2467 e 2497-quinques c.c.*, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 2012, I, p. 255; CAMPOBASSO, *Finanziamento del socio*, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 2008, I, p. 446; in giurisprudenza, v. Tribunale Padova, 16 maggio 2011, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 2012, I, p. 22.

⁴⁰³ STANGHELLINI, *Finanziamenti-ponte e finanziamenti alla ristrutturazione*, in *Fallimento*, 2010, p. 1350.

3.1.1.1 I finanziamenti “in funzione” ex art. 182^{quater} comma, 2 L.F..

L’art. 182^{quater} L.F. al comma 2 prevede che i crediti derivanti da finanziamenti erogati in funzione della presentazione della domanda di ammissione alla procedura di concordato preventivo e della domanda di omologazione dell’accordo di ristrutturazione dei debiti sono parificati ai crediti prededucibili di cui al comma 1 del medesimo articolo – che richiama a sua volta l’art. 111 L.F. – qualora i finanziamenti siano previsti dal piano concordatario di cui all’art. 160 L.F. o dall’accordo di ristrutturazione e purché la prededuzione sia espressamente disposta nel provvedimento con cui il Tribunale accoglie la domanda di ammissione al concordato preventivo, ovvero l’accordo sia omologato.

Schematizzando, tali crediti sono, quindi, dichiarati “*parificati ai prededucibili*” al ricorrere di due presupposti, consistenti: nella previsione di tali finanziamenti nel piano previsto all’art. 160 L.F., o nell’accordo e nella espressa disposizione da parte del Tribunale nel provvedimento con cui la domanda di ammissione viene accolta ovvero nell’omologazione dell’accordo.

Come rilevato da più parti, la formulazione della norma, non appare delle più felici.

Il Legislatore ha, infatti, sancito che i crediti in questione siano parificati ai prededucibili, invece di stabilirne tout court la prededuzione⁴⁰⁴.

Invero, si è correttamente osservato che la prededucibilità non consiste in una qualità intrinseca ad un credito, ma unicamente in una condizione estrinseca posta dalla legge in ordine alla possibilità di soddisfacimento di un credito rispetto ad altri crediti⁴⁰⁵.

Al fine di offrire una spiegazione circa l’utilizzo di tale locuzione, occorre, innanzitutto, chiarire quali siano le tipologie di finanziamenti a cui la

⁴⁰⁴ BASSI, op. cit., p. 344

⁴⁰⁵ NIGRO, *Manovra economica e legge fallimentare*, in *Dir. banc. merc. fin.*, 2010, II, p. 125.

norma si riferisce, delineando, quindi, con esattezza la fattispecie.

A tale scopo, risulta decisivo il rapporto di mezzo a fine presente nella disposizione tra i finanziamenti in questione e la presentazione delle domande di accesso al concordato e di omologazione dell'accordo di ristrutturazione.

Deve perciò escludersi che il criterio di "funzionalità" cui si riferisce la norma possa intendersi inerente alla riuscita del piano, ovvero alla estinzione di passività pregresse⁴⁰⁶.

Alla luce di tale considerazione, non pare dubbio che ad essere ricompresi nella fattispecie sono i finanziamenti atti ad assicurare la liquidità immediatamente funzionale alla presentazione della domanda: in primo luogo, le somme previste dalla legge per il deposito di cui all'art. 163, comma 2, n. 4, L.F., norma che, come è noto, impone al proponente di depositare entro il termine stabilito dal Tribunale nel decreto di ammissione alla procedura una somma pari al 50% delle spese che si presumono necessarie per l'intera procedura ovvero la minore somma disposta dal Tribunale, comunque non inferiore al 20% di tali spese⁴⁰⁷.

Sembra, tuttavia, convincente l'opinione, piuttosto diffusa, di chi ritiene possibile estendere l'interpretazione della norma al fine di ricomprendere nella fattispecie anche i c.d. finanziamenti-ponte, ovvero, quei finanziamenti concessi all'imprenditore che stia tentando di perfezionare l'iter di uno dei due strumenti⁴⁰⁸.

Ciò in modo da assicurare alla disposizione un'utilità effettiva anche per quel che riguarda la presentazione della domanda di omologazione di un accordo di ristrutturazione dei debiti (la cui disciplina, come si ricorderà, non impone alcun deposito di somme di danaro).

Il Legislatore sembra, dunque, avere dettato una disciplina atta a

⁴⁰⁶ AMBROSINI, *I finanziamenti bancari alle imprese in crisi dopo la riforma del 2012*, in *Dir. fall.*, 2012, I, p. 474.

⁴⁰⁷ RACUGNO, *Concordato preventivo e accordi di ristrutturazione dei debiti. Le novità introdotte dal d.l. 31 maggio 2010, n. 78 e dalla l. 30 luglio 2010, n. 122*, in *Dir. fall.*, 2011, I, p. 3

⁴⁰⁸ STANGHELLINI, *Finanziamenti-ponte e finanziamenti alla ristrutturazione*, in *Fallimento*, 2010, p. 1348; RACUGNO, *op. cit.*, p. 3.

proteggere i nuovi finanziamenti in una fase alquanto delicata, caratterizzata spesso da complesse ed elaborate negoziazioni con i creditori che potrebbero sfociare, in seguito, in un accordo, o comunque nella preparazione di una proposta da sottoporre agli stessi creditori, in sede concordataria o stragiudiziale⁴⁰⁹.

Una fase che può, per tali motivi, richiedere tempi elevati, anche in considerazione dell'opera degli esperti e dei professionisti del settore che coadiuvano l'imprenditore nel tentativo di traghettare l'impresa al di fuori della crisi.

In tali circostanze, in assenza di un sostegno finanziario, è la stessa continuità aziendale a rischiare di essere compromessa, a causa del venir meno della liquidità necessaria al pagamento dei dipendenti, dei fornitori strategici, e di tutte le spese necessarie atte a garantire la capacità dell'impresa a rimanere in funzionamento⁴¹⁰.

Per quel che riguarda i confini temporali dei finanziamenti-ponte, suscettibili di divenire prededucibili per effetto del provvedimento del Tribunale o dell'omologazione dell'accordo, non vi è unanimità di vedute.

I principali dubbi riguardano i finanziamenti inerenti al concordato preventivo: non si pone, viceversa, la questione per i finanziamenti connessi agli accordi di ristrutturazione, in quanto per questi ultimi deve ritenersi pacifico che la norma si riferisca a quelli concessi ed erogati prima della domanda di omologazione⁴¹¹.

Va tuttavia rilevato che il contrasto di opinioni era sorto principalmente sotto il vigore della precedente formulazione, che faceva letteralmente riferimento ai finanziamenti “effettuati”, senza ulteriore specificazione: ciò aveva dato origine al dubbio se l'oggetto della norma concernesse solo i

⁴⁰⁹ BONSIGNORE, *Il finanziamento all'impresa in crisi nella fase preparatoria della ristrutturazione del debito*, in *Fallimento*, 2009, p. 37; LA CROCE, *Finanziamenti ponte e garanzie per debiti prescritti*, in *Fallimento*, 2009, p. 47.

⁴¹⁰ RACUGNO, op. cit., p. 3; MORELLINI, *L'art. 182-quater L.F.: novità e criticità*, in *Fallimento*, 2011, p. 901; AMBROSINI, op. cit., p. 473.

⁴¹¹ STANGHELLINI, op. cit., p. 1349.

finanziamenti concessi ed erogati al debitore prima della domanda di concordato ed in vista della loro presentazione⁴¹²; ovvero se l'oggetto riguardasse anche i finanziamenti, i quali, pur se eventualmente concessi antecedentemente, fossero stati erogati nel periodo di tempo intercorrente dal momento della presentazione della domanda di concordato sino all'omologa⁴¹³.

La prima ipotesi appariva ed appare preferibile, a *fortiori* dopo il recente ritocco legislativo ad opera della L. n. 134/2012 di conversione del D.L. n. 83/2012.

A tale conclusione si giunge agevolmente considerando, infatti, quanto disposto dal comma 5 dell'art. 182*quater* L.F., laddove si continua a prevedere, tra l'altro che i finanziamenti in questione non concorrono al calcolo delle maggioranze necessarie per l'approvazione del concordato⁴¹⁴.

È del tutto evidente, infatti, che l'esclusione dal voto stabilita dalla legge non avrebbe alcun senso se riferita ai crediti sorti dopo la presentazione della domanda, il che conferma il convincimento secondo cui la prededuzione può riguardare unicamente crediti sorti prima di quel momento.

A ciò si aggiunga l'intervenuto mutamento, ad opera della predetta legge di conversione, del dato letterale, il quale, testualmente riferendosi ai finanziamenti (non più “*effettuati*” ma) “*erogati*”, sembra fugare, dunque, ogni dubbio in proposito.

Su tali basi, può comprendersi, allora, che la qualificazione “*parificati*” ai crediti prededucibili, piuttosto che meramente prededucibili, attribuita ai crediti indicati al comma 2 dell'art. 182*quater*, L.F., sottintende, probabilmente il recepimento dell'idea secondo cui di prededucibilità in senso proprio possa correttamente parlarsi solo in relazione a crediti sorti nel corso di una procedura svolta sotto il controllo del Giudice, che espressamente li

⁴¹² STANGHELLINI, op. cit., p. 1349; TERSILLA, *La prededucibilità è un reale incentivo al finanziamento delle imprese in concordato preventivo?*, in *Giur. Comm.*, 2011, I, p. 350.

⁴¹³ RACUGNO, op. cit., p. 3.

⁴¹⁴ STANGHELLINI, op. cit., p. 1350; TERSILLA, op. cit., p. 350.

autorizza⁴¹⁵.

Con riguardo ai requisiti previsti dalla disciplina, si osservi come questa volta, a differenza di quanto previsto in relazione ai finanziamenti in esecuzione del concordato o degli accordi (art. 182^{quater}, comma 1, L.F.), si richieda espressamente che i finanziamenti funzionali alla presentazione delle rispettive domande siano previsti nel piano concordatario, ovvero nell'accordo di ristrutturazione.

Ciò, tuttavia, non è sufficiente per attivare il regime protettivo, essendo anche necessario che il provvedimento del Tribunale, che abbia accolto la domanda, disponga espressamente la prededuzione, ovvero che l'accordo sia omologato.

Ne consegue che i finanziamenti in questione devono essere analiticamente descritti nel piano o nell'accordo, in modo che non solo l'esperto, ma anche il Tribunale possa vagliarne la rispettiva funzionalità rispetto alla presentazione delle domande⁴¹⁶.

In merito al concordato preventivo, non sembra, poi, che vi siano ostacoli all'applicazione della norma anche all'ipotesi del c.d. pre-concordato o concordato con riserva, previsto e disciplinato all'art. 161, comma 6, L.F., ben potendo il ricorso introduttivo contenere l'istanza di concessione della prededuzione in riferimento ai finanziamenti che saranno oggetto di analitica descrizione nel piano che ci si riserva di presentare successivamente.

In ogni caso, occorrerà che il Tribunale verifichi la conformità al piano del finanziamento di cui si chiede il riconoscimento della prededuzione, ossia la sua “*funzionalità*”, senza che abbia peso l'eventuale revoca del provvedimento di ammissione, ovvero la mancata approvazione o omologazione successiva⁴¹⁷.

A tale stregua, il Tribunale non pare godere di assoluta discrezionalità,

⁴¹⁵ STANGHELLINI, *Le crisi di impresa tra diritto ed economia*, Bologna, 2007, p. 286; DIDONE, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti (art. 182-bis L.F.)*, in *Dir. fall.*, 2011, I, p. 13.

⁴¹⁶ AMBROSINI, op. cit., p. 475

⁴¹⁷ FABIANI, *L'ulteriore up-grade degli accordi di ristrutturazione e l'incentivo ai finanziamenti nelle soluzioni concordate*, in *Fallimento*, 2010, p. 905; STANGHELLINI, *Finanziamenti-ponte*, cit., p. 1358.

ma dovrà pervenire alle sue conclusioni in base ad un accertamento sullo stato degli atti e, dunque, tramite l'utilizzo di una discrezionalità tecnica: in particolare, il Tribunale sarà tenuto ad appurare che il finanziamento abbia effettivamente apportato un contributo causale rispetto alla predisposizione del piano⁴¹⁸.

Nell'ipotesi di finanziamenti funzionali alla domanda di omologazione dell'accordo di ristrutturazione, invece, la legge richiede unicamente che l'accordo sia omologato⁴¹⁹.

Sul punto non sembra da accogliersi, perché contrastante con il dato letterale oltre a non essere in linea con il carattere non concorsuale dell'istituto disciplinato all'art. 182-bis L.F.⁴²⁰, la diversa opinione, secondo la quale anche in tal caso sarebbe comunque necessario da parte del Tribunale in sede di giudizio di omologazione una espressa disposizione in ordine al riconoscimento della prededuzione⁴²¹.

Al riguardo, si evidenzia come l'accordo di ristrutturazione costituisca il risultato di manifestazioni di volontà inscindibili, relativamente alle quali il Tribunale può esprimersi solo con l'accoglimento o il diniego dell'omologa⁴²²; ragion per cui, nel caso in cui l'accordo preveda finanziamenti ritenuti dall'autorità giudiziaria non funzionali alla sua conclusione, l'esito non potrà che essere il rigetto della domanda.

Per quanto esposto, inoltre, pare debba escludersi che i finanziatori possano usufruire della prededuzione concedendo i finanziamenti-ponte in questione *sub condicione*, ossia subordinando la loro concreta erogazione al

⁴¹⁸ STANGHELLINI, *Finanziamenti-ponte*, cit., p. 1358.

⁴¹⁹ AMBROSINI, op. cit., p. 645.

⁴²⁰ Come affermato dalla prevalente dottrina: sul dibattito relativo alla natura dell'istituto, si rinvia a AMBROSINI, *Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Trattato di diritto commerciale*, diretto da Cottino, vol. XI, t. I, Padova, 2008, p. 160 e ss.; la natura concorsuale degli accordi, intesi quale sub-concordato, è affermata, in particolare, da VALENSISE, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti ex art. 182-bis L.F.: spunti per una prosecuzione del dibattito sull'inquadramento*, in *Studi in onore di Umberto Belviso*, Bari, 2011, II, 2011, p. 1487 e ss.

⁴²¹ VALENSISE, *Art. 182-bis*, in *La legge fallimentare dopo la riforma*, a cura di NIGRO-SANDULLI-SANTORO, Torino, 2010, t. III, p. 2340; NIEDDU ARRICA, *Le operazioni di finanziamento funzionali alle soluzioni concordate della crisi d'impresa alla luce dell'art. 182-quater L.F.*, in *Riv. dir. soc.*, 2011, p. 444.

⁴²² STANGHELLINI, *Finanziamenti-ponte*, cit., p. 1356; MORELLINI, op. cit., p. 902.

superamento del vaglio da parte del Tribunale, nel caso del concordato preventivo, o all'avvenuta omologazione dell'accordo di ristrutturazione.

In tali casi, infatti, potrebbe ritenersi che la richiesta di prededuzione sia inammissibile, posto che quest'ultima deve avere ad oggetto finanziamenti non solo concessi, ma anche già erogati.

Il che, conferma ancora una volta che non sembra meramente terminologico il mutamento della formulazione legislativa apportato dalla legge di conversione, da finanziamenti solo “concessi” a finanziamenti “erogati”, con ciò introducendosi un netto elemento discrezionale tra il comma 1 e 2 dell'art. 182^{quater} L.F.

3.1.1.2 I finanziamenti “in occasione” autorizzati dal Tribunale ex art. 182^{quinquies}, commi 1, 2, 3, L.F.

Un'ulteriore ipotesi di prededucibilità dei crediti ex art. 111 L.F. è quella prevista dall'art. 182^{quinquies}, comma 1, L.F., con cui si consente al debitore, in occasione della presentazione della domanda di ammissione al concordato preventivo (con o senza riserva) o di una domanda di omologazione di un accordo di ristrutturazione di debiti, o di una proposta di tale accordo, di essere autorizzato, assunte se del caso sommarie informazioni, a contrarre finanziamenti prededucibili, ai sensi dell'art. 111 L.F. (c.d. finanziamenti “in occasione”).

La norma in questione stabilisce altresì, come condizione di ammissibilità della richiesta, che un professionista designato dal debitore, in possesso dei requisiti di professionalità e di onorabilità previsti all'art. 67, comma 3, lett. d), L.F., verificato il complessivo fabbisogno finanziario dell'impresa sino all'omologazione, attesti che tali finanziamenti siano funzionali alla migliore soddisfazione dei creditori.

Le ragioni della previsione legislativa sono intuitive.

Si è trattato, infatti, di colmare in questo senso una lacuna tra la fase propedeutica alla presentazione delle domande e quella successiva all'omologazione stessa del concordato e degli accordi: la prima già oggetto della previsione di cui all'art. 182*quater*, comma 2, L.F.; la seconda disciplinata dal comma 1 del medesimo art. 182*quater* L.F.⁴²³.

È evidente che il Legislatore ha ritenuto che la protezione offerta ai finanziatori dalla complessiva disciplina prevista dal menzionato art. 182-*quater* L.F. da ultimo citato non fosse pienamente esaustiva delle esigenze di finanziamento delle imprese, potendo queste ultime sorgere o persistere al momento stesso dell'accesso ad una delle due procedure. Il che conduce anche a dissipare alcuni dubbi esegetici riguardo ai confini temporali con riferimento, da un lato, ai finanziamenti in funzione, come si è testé visto, dall'altro ai finanziamenti in esecuzione del concordato o degli accordi, come si specificherà meglio nel prosieguo.

Non si deve, tuttavia, cadere nell'errore di considerare l'art. 182*quinquies* L.F. come un duplicato di quella precedente, in relazione alla fase temporale non coperta dall'art. 182*quater* L.F.: la norma, infatti, sembra assolvere ad una funzione ulteriore a quella di colmare la predetta lacuna⁴²⁴.

Innanzitutto, va osservato che, a differenza di quanto previsto all'art. 182*quater*, L.F., la richiesta di finanziamenti soggetti al regime della prededuzione può essere, in tal caso (comma 1), autorizzata anche in sede di presentazione di un concordato con riserva (c.d. pre-concordato: art. 161, comma 6, L.F.) o di una proposta di accordo di ristrutturazione (c.d. istanza di moratoria: art. 182*bis*, comma 6, L.F.).

Il che consente al debitore, ove la relativa richiesta sia autorizzata, di cumulare, nella delicata fase delle trattative precedenti la formalizzazione dell'accordo, il vantaggio derivante dalla rinnovata capacità attrattiva nei confronti del mercato del credito, offerta dal regime della prededuzione, con

⁴²³ BALESTRA, *I finanziamenti all'impresa in crisi nel c.d. Decreto sviluppo*, in *Fallimento*, 2012, p. 1403

⁴²⁴ BALESTRA, op. cit., p. 1403.

quello costituito dalla protezione del proprio patrimonio nei confronti delle azioni esecutive individuali.

L'autorizzazione può, inoltre, essere rilasciata anche per finanziamenti individuati solo per tipologia ed entità e non ancora oggetto di trattative (comma 2), la legge intendendo in tal modo, venire incontro a quel debitore che non dispone di tutti gli elementi indispensabili per individuare in concreto i finanziamenti, e che, pertanto, è svincolato dalla necessità di allegare alla richiesta un testo contrattuale definito⁴²⁵.

Infine, la norma attribuisce al Tribunale il potere di autorizzare il debitore a concedere pegno o ipoteca a garanzia dei medesimi finanziamenti (comma 3), così da fornire ai finanziatori una tutela aggiuntiva, rispetto alla sola prededuzione⁴²⁶.

In tutti i casi, la condizione di ammissibilità è costituita dalla specifica attestazione del professionista.

Più precisamente, l'autorizzazione in tanto sarà concessa dal Tribunale, in quanto l'esperto attesti, sotto la propria ed esclusiva responsabilità, che tali finanziamenti siano funzionali al perseguimento dell'obiettivo della migliore soddisfazione dei creditori⁴²⁷.

Non è chiaro, tuttavia, quale sia l'elemento di comparazione necessario per la valutazione di tale requisito⁴²⁸.

È plausibile, al riguardo, ritenere che il criterio del miglior soddisfacimento sia riferito al *quantum* che i creditori potrebbero ricevere nell'ipotesi in cui i finanziamenti non fossero autorizzati o concessi, calcolato, dunque, in relazione ai valori attuali del patrimonio⁴²⁹.

In tal senso, il professionista dovrà attestare che l'erogazione dei predetti finanziamenti dischiuda una prospettiva di soddisfacimento degli

⁴²⁵ BALESTRA, op. cit., p. 1404.

⁴²⁶ BALESTRA, op. cit., p. 1403.

⁴²⁷ AMBROSINI, *I finanziamenti bancari alle imprese in crisi dopo la riforma del 2012*, in *Dir. fall.*, 2012, I, p. 477.

⁴²⁸ QUATTROCCHIO-RANALLI, *Concordato in continuità e ruolo dell'attestatore: poteri divinatori o applicazione di principi di best practice*, in www.ilfallimentarista.it, p. 9.

⁴²⁹ QUATTROCCHIO-RANALLI, op. cit., p. 14.

attuali creditori superiore a quella che sarebbe possibile prospettare in assenza della concessione di finanziamenti⁴³⁰.

La migliore soddisfazione dei creditori diviene così non solo il fine, ma anche il limite di ammissibilità delle operazioni di finanziamento, giustificandosi l'aggravio della situazione finanziaria connessa all'assunzione di nuovi debiti prededucibili, ove sia fondatamente prevedibile che, in sua mancanza, la soddisfazione dei creditori risulti inferiore.

Un secondo ordine di problemi concerne, però, le modalità con cui interpretare il criterio della "*migliore soddisfazione dei creditori*": se in termini meramente aritmetico-quantitativi, ovvero anche qualitativi.

Ove si propenda nel primo senso, saranno evidentemente escluse sia le operazioni di finanziamento che peggiorino le condizioni dei creditori, sia quelle che possono essere considerate a somma zero, ossia neutre, per la massa dei creditori⁴³¹.

Nel caso in cui si accolga la seconda ipotesi, potrebbero in teoria ammettersi anche operazioni che, ancorché non conseguano risultati migliori a livello di percentuale di soddisfacimento, lascino prefigurare, mediante la conservazione dell'impresa in attività, la continuazione dei rapporti contrattuali ed il mantenimento anche in futuro dei rapporti di lavoro subordinato.

Questa seconda ipotesi interpretativa non sembra, tuttavia, meritevole di accoglimento, specie ove si consideri che in tale fase i creditori non hanno alcuna possibilità di esprimere la loro preferenza: ragion per cui è preferibile ritenere che l'esperto ed il Tribunale debbano lasciarsi guidare unicamente da criteri quantitativi.

Anche ad opinare in tal senso, i problemi non sono del tutto risolti, in quanto si tratta di comprendere come si atteggi il requisito della migliore soddisfazione dei creditori in caso di proposta di concordato con classi,

⁴³⁰ PATTI, *Il miglior soddisfacimento dei creditori: una clausola generale per il concordato preventivo?*, in *Fallimento*, 2013, p. 1099.

⁴³¹ AMBROSINI, *I finanziamenti bancari*, op. cit., p. 478

attraverso cui si prevedano percentuali di soddisfacimento diverse.

Al riguardo, sembra preferibile ritenere, in ossequio ad elementari ragioni di equità, che la migliore soddisfazione non possa essere determinata mediante un criterio di massimizzazione della convenienza complessiva della totalità delle classi coinvolte, tale da ritenere ammissibile il finanziamento che avvantaggi la posizione di una classe più di quanto diminuisca quella di un'altra e viceversa, bensì in riferimento alla soddisfazione di ciascuna delle classi coinvolte, ovvero della sola maggioranza delle classi, restando però immutati i valori assegnati alla minoranza.

La valutazione richiesta dalla legge all'esperto appare, in ogni caso, particolarmente delicata: si tratterà di raffrontare le attuali condizioni di soddisfacimento dei creditori con quelle che si possono ipotizzare a livello prospettico e, dunque, essa è da condurre in termini essenzialmente probabilistici, tenendo conto di tutte le innumerevoli variabili che potrebbero presentarsi in futuro⁴³².

L'unico fattore che la legge impone di considerare ai fini della predetta attestazione è costituito dal fabbisogno finanziario dell'impresa che si prevede sussistente – ancora secondo una valutazione probabilistica – sino alla data di omologazione, mentre il *dies a quo* dovrebbe ragionevolmente farsi coincidere con la data dell'attestazione⁴³³.

È ragionevole tuttavia ritenere che l'esperto dovrà attentamente vagliare sia le finalità immediate del finanziamento, che gli obiettivi di medio-lungo periodo che ci si propone di conseguire attraverso il piano; piano che, peraltro, in caso di pre-concordato o di istanza di moratoria, non è stato ancora depositato dal debitore.

Se tale è l'oggetto dell'attestazione del professionista, resta da appurare quale sia il contenuto della valutazione del Tribunale, posta alla base del rilascio o del diniego dell'autorizzazione.

⁴³² AMBROSINI, *I finanziamenti bancari*, op. cit., p. 478.

⁴³³ AMBROSINI, *I finanziamenti bancari*, op. cit., p. 479.

Al riguardo, è da ritenere che l'autorità giudiziaria sia tenuta a verificare, prima di ogni cosa, se sia stato effettuato da parte del professionista il calcolo richiesto dalla legge circa il fabbisogno finanziario dell'impresa e la correttezza della metodologia seguita e dei suoi risultati; dovrà, poi, procedere a controllare che la relazione sia connotata dai requisiti indispensabili di rigore metodologico, coerenza e completezza che è lecito attendersi da un esperto in possesso degli standard di diligenza e professionalità richiesti dalla legge per lo svolgimento di tale incarico (c.d. controllo di secondo grado)⁴³⁴.

Più dubbio è se il Tribunale possa spingersi oltre, sino a verificare direttamente la funzionalità del finanziamento rispetto alla migliore soddisfazione dei creditori, eventualmente tramite l'ausilio di consulenze tecniche d'ufficio, o se, invece, tale compito sia riservato esclusivamente all'attestatore.

In senso favorevole alla prima soluzione, e dunque all'estensione dei poteri del Tribunale circa la funzionalità dei finanziamenti, ci si potrebbe orientare ove si osservi, nuovamente, che la richiesta di finanziamenti non è soggetta ad alcuna approvazione da parte dei creditori, diversamente da quanto disposto nel caso della proposta di concordato, la cui approvazione è preceduta ed è susseguita dalla valutazione di fattibilità giuridica del piano alla sua base da parte del Tribunale, nel senso indicato di recente dalle S.U. della Corte di Cassazione⁴³⁵.

In verità, ciò che suscita ancora maggiori interrogativi è in che modo, tanto il professionista, quanto il Tribunale, ciascuno nei propri ambiti di competenza, possano assolvere alle rispettive funzioni in assenza di un piano, vale a dire nel caso, del pre-concordato o dell'istanza di moratoria: ciò specie se si tiene conto del grado di complessità delle valutazioni, che sussiste anche laddove il piano sia stato debitamente predisposto.

Sembra, perciò, logico ritenere che la richiesta del finanziamento debba

⁴³⁴ AMBROSINI, *I finanziamenti bancari*, op. cit., p. 479.

⁴³⁵ Cassazione, Sez. Un., 23 gennaio 2013, n. 1521, in *Fallimento*, 2013, p. 149, con commento di FABIANI, *La questione "fattibilità" del concordato preventivo e la lettura delle Sezioni Unite*.

anticipare, almeno nelle sue linee essenziali, il contenuto del piano: tanto da permettere all'esperto attestatore di condurre una valutazione previsionale quanto più possibile puntuale, e da consentire al Tribunale di esercitare i conseguenti poteri di controllo e di verifica⁴³⁶.

In questo senso, appare opportuna l'attribuzione all'autorità giudiziaria del potere di "*assumere sommarie informazioni*".

È lecito, infatti, presumere che di tale facoltà il Tribunale farà uso soprattutto allorché non sia stato predisposto alcun piano, e la descrizione dello stesso contenuta nella richiesta o nella relazione dell'esperto sia da ritenersi insufficiente, sì da rendere necessaria un'integrazione di documenti, ovvero l'audizione del debitore o, più probabilmente, del professionista attestatore⁴³⁷.

3.1.1.3 I crediti derivanti da atti legalmente compiuti dall'imprenditore nelle more tra il deposito del ricorso di concordato preventivo ed il decreto di ammissione alla procedura *ex art. 161, comma 7, L.F.*

L'art. 161, comma 7, L.F. prevede che dopo il deposito del ricorso e fino al decreto di ammissione alla procedura di concordato preventivo il debitore può compiere gli atti urgenti di straordinaria amministrazione previa autorizzazione del Tribunale, il quale può assumere sommarie informazioni, acquisito il parere del Commissario giudiziale, se nominato; così come, nello stesso periodo temporale ed a decorrere dallo stesso termine, il debitore può compiere gli atti di ordinaria amministrazione.

La norma ha però cura di precisare che i crediti di terzi eventualmente sorti per effetto degli atti legalmente compiuti dal debitore sono prededucibili,

⁴³⁶ In tal senso Tribunale Terni, 21 gennaio 2013, in www.ilcaso.it; QUATTROCCHIO-RANALLI, op. cit., p. 14.

⁴³⁷ BALESTRA, op. cit., p. 1406.

ai sensi dell'art. 111, L.F.

Si tratta, del riconoscimento della prededuzione a crediti che trovano la loro origine in operazioni di varia natura, comprensive, in astratto, anche delle operazioni di finanziamento.

Sotto tale profilo potrebbe ritenersi, ad una prima lettura, che quella prevista a tale comma costituisca per l'imprenditore una via alternativa per ottenere l'autorizzazione a contrarre finanziamenti, rispetto a quella prevista all'art. 182*quinques* L.F.

Fugando il campo da ogni possibile equivoco, non sembra che tale interpretazione possa essere suffragata, ostando la sussistenza della disciplina specifica.

In particolare, la presenza nell'art. 182*quinquies* L.F. di una specifica condizione di ammissibilità, costituita dall'attestazione dell'esperto con riguardo alla migliore soddisfazione dei creditori, deve coerentemente condurre a ritenere che gli atti di straordinaria amministrazione autorizzati dal Tribunale abbiano causa diversa da quella di finanziamento⁴³⁸.

Piuttosto, anche riguardo a tale richiesta si pongono gli stessi delicati problemi derivanti dalla possibilità di presentare una domanda di concordato con riserva, e quindi senza depositare il piano.

Tale situazione sembra ricevere la medesima soluzione, ritenendosi, cioè, necessario che il debitore indichi almeno le linee essenziali della proposta e del piano, in particolare specificando se intende presentare un concordato con o senza continuità aziendale.

Allo stesso modo il Tribunale, in ipotesi di insufficienza delle indicazioni fornite dal debitore nel ricorso, potrà, prima di sciogliere la riserva, esercitare il potere di assumere informazioni: a differenza dell'ipotesi dei finanziamenti prededucibili, l'audizione dovrà, però, limitarsi al debitore e, quindi, al suo difensore che lo rappresenta in giudizio.

⁴³⁸ BALESTRA, *I finanziamenti all'impresa in crisi nel c.d. Decreto sviluppo*, in *Fallimento*, 2012, p. 1406.

Va, peraltro, rilevato come la previsione nella fase considerata di un'apposita disciplina delle condizioni di ammissibilità degli atti di gestione (art. 161, comma 7, L.F.), unitamente a quella dei finanziamenti “*in occasione*” e dei pagamenti autorizzati di crediti anteriori per prestazioni di beni e servizi (art. 182-quinques, L.F.), consente di attribuire un senso alla specifica esenzione dall'azione revocatoria di cui all'art. 67, comma 3, lett. e), in riferimento all'inciso secondo cui sono esentati, tra l'altro, gli atti, i pagamenti e le garanzie legalmente posti in essere dopo il deposito del ricorso di cui all'art. 161; è cioè da ritenere che ove manchi l'autorizzazione da parte del Tribunale, in ciascuna delle ipotesi previste dalle norme, alcuna esenzione possa essere riconosciuta⁴³⁹.

3.1.1.4 I finanziamenti in esecuzione di un concordato preventivo o di un accordo di ristrutturazione dei debiti *ex art. 182quater*, comma 1, L.F.

L'art. 182*quater*, comma 1, L.F, disciplina i finanziamenti “*in esecuzione*” del concordato preventivo o degli accordi di ristrutturazione e dispone che i crediti derivanti da finanziamenti in qualsiasi forma effettuati in esecuzione di un concordato preventivo, ovvero, di un accordo di ristrutturazione dei debiti omologato, sono prededucibili ai sensi e per gli effetti dell'art. 111 L.F..

Il primo dubbio interpretativo concerne la diversa formulazione dei presupposti della prededuzione per ciascuna delle ipotesi.

Mentre, infatti, in relazione agli accordi di ristrutturazione la prededuzione è stabilita a favore dei crediti derivanti da finanziamenti effettuati in esecuzione di un accordo omologato, riguardo al concordato

⁴³⁹ FABIANI, *Poteri delle parti nella gestione della domanda prenotativa di concordato preventivo*, in *Fallimento*, 2013, p. 1058.

preventivo, la legge fa, invece, riferimento ai crediti derivanti da finanziamenti “concessi in sua esecuzione” senza ulteriore specificazione.

Se, dunque, il presupposto della prededuzione, per ciò che concerne gli accordi di ristrutturazione, è sicuramente costituito dall'intervenuta omologazione⁴⁴⁰, in ordine ai finanziamenti collegati al concordato preventivo si prospetta l'eventualità che la prededuzione possa prescindere da tale formalità, in modo da ricomprendere anche i crediti sorti prima e in mancanza dell'omologazione.

Non è chiaro, però, il fondamento normativo su cui basare tale conclusione.

Secondo alcuni Autori la prededucibilità dovrebbe essere riconosciuta per i soli finanziamenti autorizzati dal Giudice delegato ex art. 167, comma 2, L.F., norma che stabilisce che per gli atti di straordinaria amministrazione occorre l'autorizzazione del Giudice delegato⁴⁴¹.

Tale soluzione prescinde dall'art. 182^{quater} L.F., essendo utilmente invocabile, al fine di riconoscere la qualità di crediti prededucibili, la disciplina generale di cui all'art. 111, comma 2, L.F., così come del resto riconosciuto da parte della dottrina e giurisprudenza di merito formatesi anche in epoca anteriore alla riforma del diritto fallimentare di cui al D.Lgs. n. 5/2006⁴⁴².

⁴⁴⁰ STANGHELLINI, *Finanziamenti-ponte e finanziamenti alla ristrutturazione*, in *Fallimento*, 2010, p. 1348; BONFATTI, *Il sostegno finanziario delle imprese in crisi*, in *La ristrutturazione dei debiti civili e commerciali*, a cura di BONFATTI-FALCONE, Milano, 2011, p. 100, secondo il quale, tuttavia, a livello temporale, l'omologazione dell'accordo potrebbe anche essere cronologicamente successiva alla concessione del finanziamento; in questo senso anche MORELLINI, *L'art. 182-quater L.F.: novità e criticità*, in *Fallimento*, 2011, p.901, che ritiene, però, necessario il deposito dell'accordo; AMBROSINI, *I finanziamenti bancari alle imprese in crisi dopo la riforma del 2012*, in *Dir. fall.*, 2012, I, p.472.

⁴⁴¹ STANGHELLINI, op. cit., p. 1359; FABIANI, *L'ulteriore up-grade degli accordi di ristrutturazione e l'incentivo ai finanziamenti nelle soluzioni concordate*, in *Fallimento*, 2010, p. 904, secondo il quale, però, l'autorizzazione del Giudice delegato deve degradare ad un mero controllo di conformità e di adeguatezza se il finanziamento fosse stato già contemplato dal piano presentato dall'imprenditore in sede di ammissione; ARMELI, *I finanziamenti dei soci in esecuzione di concordato preventivo tra prededucibilità e postergazione*, in *Fallimento*, 2011, p. 890; MORELLINI, op. cit., p. 901; TERSILLA, *La prededucibilità è un reale incentivo al finanziamento delle imprese in concordato preventivo?*, in *Giur. Comm.*, 2011, I, p. 360.

⁴⁴² PACCHI PESUCCI, *Continuazione dell'impresa nel concordato preventivo e prededuzione*, in *Giur. comm.*, 1986, I, p. 87; NIEDDU ARRICA, *Le operazioni di finanziamento funzionali alle soluzioni concordate della crisi d'impresa alla luce dell'art. 182-quater L.F.*, in *Riv. dir. soc.*, 2011, p. 448; la

Secondo altri Autori, invece, sarebbe direttamente applicabile l'art. 182*quater*⁴⁴³.

In tale contesto, si pone come originale la tesi secondo cui, solo ove l'imprenditore continui l'attività durante il concordato, in vista del risanamento, il finanziamento in corso di procedura dovrebbe considerarsi concesso in esecuzione del relativo piano, con la conseguenza di ritenere applicabile l'art. 182*quater* in luogo dell'art. 167 L.F., e, quindi, di esentare tali finanziamenti dal regime autorizzatorio ivi prescritto.

Il ricorso all'art. 182*quater* L.F. sarebbe, allora, maggiormente giustificato, senza far assumere alla norma un significato meramente ripetitivo dell'art. 111, comma 2, L.F.⁴⁴⁴.

Le argomentazioni a sostegno di quest'ultimo orientamento, sono, tuttavia, criticabili alla luce della considerazione che nel sistema della legge fallimentare il concetto di esecuzione del concordato presuppone pur sempre l'approvazione dei creditori e la successiva omologazione da parte del Tribunale⁴⁴⁵.

Per tale motivo, pare opportuno circoscrivere l'ambito di applicazione dell'art. 182*quater* L.F. ai finanziamenti concessi successivamente a tale momento, salvo ammettere la prededucibilità per i soli finanziamenti autorizzati dal Giudice delegato in virtù del combinato disposto di cui agli artt. 167, comma 2 e 111, comma 2, L.F.

Si deve, tuttavia, rilevare come la questione, che era stata prospettata all'indomani dell'introduzione della disciplina, ha perso parte della sua importanza, dato il successivo inserimento della previsione, già analizzata, dell'art. 182*quinques* L.F., riguardo ai finanziamenti prededucibili, la cui

giurisprudenza di legittimità era però orientata in senso contrario, argomentando dalla natura liquidatoria del concordato preventivo: v. Cassazione Civile, 26 giugno 1992, n. 8013, in *Fallimento*, 1992, 1027; Cassazione Civile, 27 ottobre 1995, n. 11216, in *Fallimento*, 1996, 529; Cassazione Civile, 14 luglio 1997, n. 6352, in *Fallimento*, 1999, 177; Cassazione Civile, 9 settembre 2002, n. 13056, in *Dir. fall.*, 2002, II, 561.

⁴⁴³ NIEDDU ARRICA, op. cit., pag. 449; AMBROSINI, op. cit., p. 472.

⁴⁴⁴ BONFATTI, op. cit., p. 114.

⁴⁴⁵ STANGHELLINI, op. cit., p. 1359.

autorizzazione sia richiesta “*in occasione*” di presentazione della domanda di concordato.

Tale norma, infatti, è inerente proprio alla fase temporale successiva al deposito della domanda, che dunque riceve, per ciò che riguarda i finanziamenti prededucibili, un’apposita disciplina, riducendo il bisogno di ricorrere ad una dilatazione dei confini temporali dei finanziamenti “*in esecuzione*”.

In considerazione del fatto che la disposizione in commento nulla disponga al riguardo, è ragionevole, peraltro, ritenere che la prededuzione, in questo caso, operi a condizione che i finanziamenti siano espressamente previsti nel piano posto alla base della domanda di concordato o della domanda di omologazione⁴⁴⁶.

Solo in tal caso sembra, infatti, possibile rinvenire la *ratio* ispiratrice della norma, consistente nell’incentivare l’utilizzo degli strumenti di composizione della crisi, evitando, al contempo, manovre fraudolente ai danni dei creditori: è lecito ritenere, cioè, che il beneficio della prededuzione vada concesso unicamente ai finanziatori, i quali abbiano contribuito alla realizzazione di una soluzione apprezzata come conveniente dai creditori⁴⁴⁷.

In aderenza a tale tesi, pare, dunque, necessario che i finanziamenti programmati siano dettagliatamente indicati nel piano, per tutto ciò che riguarda condizioni, termini e modalità pattuite⁴⁴⁸.

Se si accoglie tale posizione, ne dovrebbe conseguire che, pure nel silenzio della legge, il provvedimento in ordine all’ammissione del concordato o l’omologazione degli accordi abbiano anche l’effetto di un riconoscimento implicito da parte del Tribunale circa la natura prededucibile e l’importo dei crediti derivanti dai predetti finanziamenti.

⁴⁴⁶ STANGHELLINI, op. cit., p. 1362; RACUGNO, *Concordato preventivo e accordi di ristrutturazione dei debiti. Le novità introdotte dal d.l. 31 maggio 2010, n. 78 e dalla l. 30 luglio 2010, n. 122*, in *Dir. fall.*, 2011, I, p. 2; MORELLINI, op. cit., p. 901; NIEDDU ARRICA, op. cit., p. 438

⁴⁴⁷ STANGHELLINI, op. cit., p. 1362.

⁴⁴⁸ RACUGNO, op. cit., p. 3.

3.1.1.5 I finanziamenti dei soci *ex art. 184quater*, comma 3, L.F..

L'art. 184*quater*, comma 3, L.F. prevede che in deroga agli artt. 2467 e 2497*quinques* c.c., i commi 1 e 2 dell'art. 182*quater*, L.F. si applicano anche ai finanziamenti effettuati dai soci, fino a concorrenza dell'80% del loro ammontare.

La legge di conversione ha, peraltro, aggiunto un nuovo periodo, secondo il quale *“si applicano i commi primo e secondo quando il finanziatore ha acquisito la qualità di socio in esecuzione dell'accordo di ristrutturazione dei debiti o del concordato preventivo”*.

È noto, al riguardo, che le disposizioni del codice civile richiamate, inserite a seguito della riforma del diritto societario del 2003, concernono le ipotesi, previste nel nostro ordinamento, della postergazione legale rispetto agli altri crediti, di quelli derivanti dai finanziamenti, in qualsiasi forma effettuati, concessi a favore della società dal socio di s.r.l. o dalla società che su di essa esercita attività di direzione e coordinamento, *“in un momento in cui, anche in considerazione del tipo di attività esercitata, risulta un eccessivo squilibrio dell'indebitamento rispetto al patrimonio netto, oppure una situazione finanziaria nella quale sarebbe stato ragionevole un conferimento”*.

Costituisce, inoltre, affermazione diffusa quella secondo cui, con tale disciplina, il legislatore avrebbe apprestato un rimedio al fenomeno della c.d. sottocapitalizzazione nominale, che, come noto, si caratterizza per il fatto che il fabbisogno finanziario della società, necessario per il conseguimento dell'oggetto sociale, è soddisfatto prevalentemente tramite finanziamenti, diretti o indiretti, provenienti dagli stessi soci, piuttosto che con il capitale di rischio, sicché i medesimi soggetti cumulano la posizione di creditori a quella di titolari delle rispettive partecipazioni sociali⁴⁴⁹.

⁴⁴⁹ Per tale definizione e per la distinzione con la situazione di sottocapitalizzazione materiale, che si verifica allorché, invece, il fabbisogno finanziario di una società, dotata di capitale sproporzionato

Se, tuttavia, l'acquisizione della qualità di creditore accanto a quella di socio non può ritenersi in sé vietata, il rimedio legale della postergazione tende a evitare che si realizzi un'impropria traslazione del rischio d'impresa dai soci ai creditori, precludendo ai primi, attraverso il ricorso allo strumento del finanziamento, di incamerare i guadagni discendenti dalle operazioni finanziate, e di assegnare ai secondi le eventuali perdite.

La qual cosa ricorre in quanto il socio, utilizzando a proprio ed esclusivo vantaggio le informazioni sulle situazioni di criticità in cui versa la società, è incentivato a finanziare operazioni imprenditoriali particolarmente rischiose, ossia con minime probabilità di successo, ma con elevati margini di guadagno, riservandosi il diritto, in caso di insuccesso, di concorrere alla pari dei creditori sul patrimonio della società ovvero, antecedentemente, a conseguire il rimborso del finanziamento, prima cioè che si manifesti all'esterno lo stato di insolvenza⁴⁵⁰.

È, quindi, evidente che le previsioni di diritto societario citate definiscono una posizione di sfavore da parte dell'ordinamento nei confronti delle tecniche di investimento dei soci diverse dal conferimento, nelle situazioni di accentuato pericolo di solvibilità predeterminate dalla legge⁴⁵¹.

La loro funzione è, dunque, quella di ampliare la soggezione al rischio di impresa, oltre il valore del conferimento iniziale⁴⁵², disincentivando il socio che intenda sostenere la società a ricorrere al prestito, in quanto il recupero del

rispetto all'oggetto sociale, non è coperto neanche dai prestiti dei soci: PORTALE, *Capitale sociale e società per azioni sottocapitalizzata*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da COLOMBO-PORTALE, Torino, 2004, p. 41 e ss..

⁴⁵⁰ MAUGERI, *Dalla struttura alla funzione della disciplina sui finanziamenti dei soci*, in *Riv. dir. comm.*, 2008, I, p. 138 seg.; STANGHELLINI, *Il credito irresponsabile alle imprese e ai privati: profili generali e tecniche di tutela*, in *Società*, 2007, p. 400; BALP, *Questioni in tema di postergazione ex art. 2467 e 2497-quinquies c.c.*, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 2012, I, p. 248, ABRIANI, *Il finanziamento dei soci alle imprese in crisi alla luce del nuovo art. 182-quater L.F.: dal sous-sol della postergazione all'attico della prededuzione?*, in *Riv. dir. imp.*, 2011, p. 433; MARCHISIO, *I finanziamenti anomali tra postergazione e prededuzione*, in *Riv. not.*, 2012, I, p. 1297.

⁴⁵¹ NIGRO, *Manovra economica e legge fallimentare*, in *Dir. banc. merc. fin.*, 2010, II, p. 125.

⁴⁵² MAUGERI, *Sul regime concorsuale dei finanziamenti dei soci*, in *Giur. comm.*, 2010, I, p. 806; ABRIANI, *Finanziamenti "anomali" dei soci e regole di corretto finanziamento nella società a responsabilità limitata*, in *Il diritto delle società oggi. Studi in onore di Giuseppe Zanarone*, a cura di BENAZZO-CERA-PATRIARCA, Torino, 2011, p. 323.

relativo credito, in caso di fallimento, sarà condizionato al previo soddisfacimento degli altri creditori⁴⁵³.

In tal senso, il regime di postergazione previsto da tali norme può considerarsi l'espressione di un "*principio di corretto finanziamento e di equilibrata gestione dell'impresa in crisi*", cui è soggetto il socio di s.r.l. o, in base all'art. 2497*quinques*, L.F., la società che esercita attività di direzione e coordinamento o altro soggetto finanziatore.

Ha destato, dunque, particolare stupore la circostanza che questa chiara scelta legislativa risulti ribaltata, da una norma di diritto fallimentare⁴⁵⁴.

Non può negarsi, invero, che l'attribuzione del rango di crediti prededucibili ai finanziamenti dei soci in vario modo correlati al concordato preventivo o un accordo di ristrutturazione dei debiti, sia pure nei limiti dell'80%, incentivi l'attuazione di tali comportamenti⁴⁵⁵.

Il mutamento di prospettiva descritto potrebbe forse trovare una sua giustificazione nell'obiettivo di attrarre nuova finanza verso le soluzioni concordate della crisi, probabilmente andando incontro ai *desiderata* di banche, intermediari finanziari e terzi finanziatori in genere, inclini a sostenere le predette soluzioni, a condizione che i relativi progetti siano finanziati, almeno in parte, dagli stessi soci⁴⁵⁶; o, sotto diversa angolatura, di favorire le operazioni di *turnaround* nelle quali l'intervento dei finanziatori è condizionato al loro ingresso nella compagine societaria⁴⁵⁷.

In entrambi i casi, la finalità di superare la crisi di impresa è tale da

⁴⁵³ FABIANI, *L'ulteriore up-grade degli accordi di ristrutturazione e l'incentivo ai finanziamenti nelle soluzioni concordate*, in *Fallimento*, 2010, p. 905, CAMPOBASSO, *La postergazione dei finanziamenti dei soci*, in *S.r.l. Commentario, dedicato a Giuseppe B. Portale*, a cura di DOLMETTA-PRESTI, Milano, 2011, p. 257; RACUGNO, *Concordato preventivo e accordi di ristrutturazione dei debiti. Le novità introdotte dal d.l. 31 maggio 2010, n. 78 e dalla l. 30 luglio 2010, n. 122*, in *Dir. fall.*, 2011, I, p. 4; VATTERMOLI, *Crediti subordinati e concorso tra creditori*, Milano, 2012, p. 353.

⁴⁵⁴ BASSI, *La illusione della prededuzione*, in *Giur Comm*, 2011, III, p. 346, osserva in merito: "*Tale previsione ha comunque fatto andare in fibrillazione tutta la faticosa elaborazione giurisprudenziale e dottrinale sulla postergazione dei finanziamenti dei soci, sorta dopo la riforma del diritto societario del 2003, dimostrando che è proprio vero che due righe del legislatore bastano a mandare al macero intere biblioteche.*"

⁴⁵⁵ NIGRO, op. cit., p. 125.

⁴⁵⁶ Come criticamente osservato da FABIANI, op. cit., p. 905 e da NIGRO, op. cit., p. 125.

⁴⁵⁷ ABRIANI, *Finanziamento dei soci*, op. cit., p. 436.

rendere il finanziamento meritevole di un trattamento di favore, in quanto indice di una condotta virtuosa, di cui può avvantaggiarsi, in ultima analisi, l'intera massa creditoria⁴⁵⁸.

Una posizione che, in effetti, era stata preannunciata parzialmente da una parte della dottrina, secondo la quale la postergazione legale si sarebbe dovuta disapplicare, ove i finanziamenti fossero destinati a far fronte ad esigenze transitorie ovvero a superare una situazione di crisi⁴⁵⁹.

Sussiste, tuttavia, il dubbio che il legislatore, nel recepire tali indicazioni, abbia errato per eccesso: la legge, infatti, non si limita a disporre la disapplicazione della postergazione, ma concede ai soci finanziatori il premio della prededuzione.

Il che potrebbe in concreto rivelarsi uno strumento di pressione nei confronti dei soci da parte dei terzi finanziatori, per indurre costoro a finanziare la società⁴⁶⁰: con il risultato di aumentare i tempi ed i costi di transazione delle trattative per la concessione della nuova finanza correlata alle soluzioni concordate della crisi previste, ed accrescere l'eventualità della loro mancata conclusione.

Inoltre, non sembra che si sia sufficientemente tenuto conto del fatto che, qualora il risanamento non dovesse avere esito positivo, il prezzo da pagare non appare facilmente giustificabile, traducendosi il beneficio della prededuzione in un sicuro pregiudizio per gli altri creditori.

Prima dell'ultima modifica, peraltro, poteva ritenersi che il Legislatore avesse errato anche per difetto, in quanto la formulazione precedente richiamava solo il comma 1 e non il 2, e dunque la garanzia della prededuzione veniva sancita espressamente solo per i finanziamenti dei soci resi “*in esecuzione*” del concordato preventivo e degli accordi di

⁴⁵⁸ BRIOLINI, *Questioni irrisolte in tema di piani di risanamento e di accordi di ristrutturazione dei debiti. Appunti sugli artt. 2467 e 2497-quinquies c.c. e sull'art. 182-quater L.F.*, in *Banca, borsa, e titoli di credito*, 2012, I, p. 527; MARCHISIO, op. cit., p. 1307.

⁴⁵⁹ BALP, *I finanziamenti dei soci “sostitutivi” del capitale di rischio: ricostruzione della fattispecie e questioni interpretative*, in *Riv. soc.*, 2007, p. 409.

⁴⁶⁰ FABIANI, op. cit., p. 905.

ristrutturazione, e non per i finanziamenti “*in funzione*” degli stessi.

In senso critico nei confronti del limitato richiamo, si poteva obiettare che è proprio nella fase precedente alla presentazione delle domande di concordato e di omologazione degli accordi che può divenire vitale il ricorso al sostegno finanziario da parte dei soci, a causa della difficoltà di reperire risorse esterne provenienti dalle banche o da intermediari finanziari: e ciò considerato il rischio corso da questi ultimi in relazione all’eventualità che, dopo avere concesso il finanziamento, il Tribunale non accordi la prededuzione in sede di ammissione del concordato, ovvero l’accordo non sia omologato⁴⁶¹.

Per tale motivo, l’estensione del richiamo anche al comma 2 operata dalla legge di conversione merita piena adesione, muovendosi, peraltro, nel solco della *ratio* complessiva ispiratrice della disciplina⁴⁶².

Sempre prima della modifica, si discuteva, inoltre, quanto ai finanziamenti dei soci in esecuzione del concordato o degli accordi, se oggetto della normativa fossero unicamente quelli concessi successivamente all’omologazione del concordato preventivo o dell’accordo di ristrutturazione, in armonia con l’esegesi relativa al comma 1, ovvero, al contrario, anche quelli sorti precedentemente.

In tale ultimo senso, era possibile desumere un argomento a favore dal previgente comma 5 dell’articolo, che stabiliva l’esclusione dei suddetti crediti rispettivamente dal voto nel concordato e dal calcolo della aliquota negli accordi.

Se, cioè, per i crediti da finanziamenti dei soci il legislatore avvertiva l’esigenza di precisare tale esclusione, doveva desumersi che tali crediti potessero essere anche quelli sorti anteriormente all’omologazione del concordato o all’accordo⁴⁶³.

⁴⁶¹ ABRIANI, *Il finanziamento dei soci*, op. cit., p.441.

⁴⁶² DIDONE, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti (art. 182-bis L.F.)*, in *Dir. fall.*, 2011, I, p. 15.

⁴⁶³ BONFATTI, *Il sostegno finanziario delle imprese in crisi*, in *La ristrutturazione dei debiti civili e commerciali*, a cura di BONFATTI-FALCONE, Milano, 2011, p. 116.

Più convincente era, però, l'opinione secondo la quale il comma 5 della previgente formulazione richiamasse cumulativamente le ipotesi previste ai commi precedenti, in modo da escludere i crediti relativi dal calcolo delle maggioranze e dalle aliquote, senza avere, nel caso dei finanziamenti dei soci, alcuna valenza nell'identificazione della fattispecie.

Quest'ultima doveva, infatti, ritenersi già definita in positivo dal comma 3 (che rinviava esclusivamente al primo), nel senso di avere ad oggetto i finanziamenti in esecuzione del concordato preventivo o dell'accordo di ristrutturazione successivi alle rispettive omologazioni⁴⁶⁴.

L'attuale formulazione, nell'escludere dal calcolo delle aliquote e delle maggioranze i soli creditori, pure se soci, inerenti ai crediti previsti al comma 2, ha sottratto il fondamento normativo della prima delle opinioni riportate, legittimando, per quel che riguarda i finanziamenti in esecuzione del concordato, un'interpretazione unitaria del comma 1 e 3, nel senso di ritenere soggetti alla prededuzione i soli crediti concessi successivamente all'omologazione.

Il regime di prededuzione dei finanziamenti dei soci pone, in ogni caso, una serie di questioni interpretative.

In primo luogo, non è affatto chiara la sorte della restante percentuale del 20% del credito: l'opinione più convincente, al riguardo, in assenza di indicazioni contrarie da parte della legge, è quella che per l'ammontare residuo continui a valere il regime di postergazione legale previsto all'art. 2467 c.c.⁴⁶⁵.

La *ratio* di tale limitazione potrebbe essere rinvenuta, infatti, nell'imposizione al socio finanziatore di una percentuale minima di rischio, al

⁴⁶⁴ STANGHELLINI, *Finanziamenti-ponte e finanziamenti alla ristrutturazione*, in *Fallimento*, 2010, p. 1364.

⁴⁶⁵ FABIANI, op. cit., p. 806; STANGHELLINI, op. cit., p. 1364; AMBROSINI, *I nuovi finanziamenti alle imprese in crisi: profili civili e penali delle soluzioni negoziate nella l. n. 122/2010*, in *Fallimento*, 2011, p. 647; MORELLINI, *L'art. 182-quater L.F.: novità e criticità*, in *Fallimento*, 2011, p. 903; ABRIANI, *Il finanziamento dei soci alle imprese*, cit., p. 440; TERSILLA, *La prededucibilità è un reale incentivo al finanziamento delle imprese in concordato preventivo?*, in *Giur. Comm.*, 2011, I, p. 374; MARCHISIO, op. cit., p. 1311.

fine di indurre quest'ultimo ad una accurata e ponderata valutazione delle effettive possibilità di risanamento dell'impresa⁴⁶⁶.

È chiaro come la diversificazione del trattamento riguardo al medesimo credito sussista unicamente laddove il finanziamento sia erogato nelle situazioni previste dall'art. 2467 c.c.

La precisazione si rende opportuna, ove si condivida l'idea per la quale le situazioni individuate dalla norma di diritto societario possono concorrere ad integrare lo stato di crisi, quale presupposto del concordato preventivo, senza però esaurire la relativa fattispecie.

Il che, tuttavia, può essere inteso in un duplice senso, a seconda della interpretazione, estensiva o restrittiva, che si accolga dello stato di crisi.

Sotto il primo profilo, infatti, si può essere indotti a ritenere che lo stato di crisi ricomprenda anche situazioni meno gravi di squilibrio patrimoniale o finanziario non riconducibili per forza di cose alle situazioni indicate dall'art. 2467 c.c.; ovvero, prima ancora, situazioni qualificabili unicamente in termini di squilibrio economico o squilibrio gestionale⁴⁶⁷, escluse, come tali, dai presupposti della postergazione legale, ma che sarebbero in grado di legittimare egualmente l'imprenditore alla presentazione di una domanda di concordato preventivo o di omologazione di un accordo di ristrutturazione⁴⁶⁸.

Sulla base di tale premessa, non sembrerebbe, allora, azzardato ipotizzare che una società possa presentare una proposta di concordato preventivo o tentare di dare vita ad un accordo di ristrutturazione dei debiti, senza che ricorra un eccessivo squilibrio tra indebitamento e patrimonio netto e dunque una situazione in cui sarebbe ragionevole il conferimento.

Sorge, così, il problema del regime da applicare al finanziamento del socio elargito in presenza di uno stato di crisi, ma in assenza dei presupposti

⁴⁶⁶ MARCHISIO, op. cit., p. 1310

⁴⁶⁷ SANDULLI, *I controlli delle società come strumenti di tempestiva rilevazione della crisi d'impresa*, in *Fallimento*, 2009, pag. 1100.

⁴⁶⁸ ARMELI, *I finanziamenti dei soci in esecuzione di concordato preventivo tra prevedibilità e postergazione*, in *Fallimento*, 2011, p. 892; ABRIANI, *Il finanziamento dei soci alle imprese*, op. cit., p. 438.

della postergazione legale.

Occorre chiedersi se il credito del socio derivante dal finanziamento, concesso per l'esecuzione dell'uno o dell'altro strumento o in funzione della presentazione delle rispettive domande, in caso di successivo fallimento, sia da considerare alla stregua di un credito chirografario o, all'opposto, di un credito prededucibile.

La questione, potrebbe risolversi alla luce della nuova formulazione dell'art. 182*quater*, frutto della legge di conversione del D.L. n. 83/2012, che ha soppresso la limitazione soggettiva del beneficio della prededuzione alle banche ed agli intermediari finanziari.

Il che dovrebbe comportare che il finanziamento del socio, ove non sia riconducibile all'ipotesi contemplata al comma 3, mancando le situazioni indicate all'art. 2467 c.c., sia attratto alla disciplina dei primi due commi, dovendosi considerare il socio alla stregua di qualunque altro finanziatore, ed il relativo credito come prededucibile nella sua interezza.

D'altro canto una disparità di trattamento riguardo alla posizione dei crediti derivanti dai finanziamenti dei soci sarebbe in ogni caso difficilmente giustificabile, alla luce dell'art. 3 Cost.: è dunque, anche in ossequio al principio che impone una lettura delle norme costituzionalmente orientata, che i crediti in questione andrebbero considerati prededucibili, senza, peraltro, alcuna deroga alle disposizioni civilistiche in tema di postergazione legale.

Seguendo questa prospettiva, ci troveremmo, così, di fronte a due diversi regimi da riservare ai finanziamenti di soci, connessi al concordato preventivo ed agli accordi di ristrutturazione: il regime di prededuzione-postergazione di cui al comma 3 dell'art. 182*quater*, valevole rispettivamente per l'ottanta e per il venti per cento del credito e l'unitario regime di prededuzione, invece, discendente dalla disciplina dei primi due commi della medesima norma.

Una diversità di regimi da ricondurre alle differenti condizioni in termini di equilibrio patrimoniale e finanziario della società, sussistenti,

nell'una o nell'altra ipotesi, al momento dell'elargizione del prestito.

Una diversità che, per tali motivi, sembrerebbe anche conforme al canone della ragionevolezza, posto che la prededuzione integrale verrebbe attribuita ad un finanziamento non viziato a monte dalla presenza degli indici di anomalia individuati dalla disciplina della postergazione legale.

E tuttavia un tale approdo appare non sufficientemente tranquillizzante, e ciò non solo perché in potenziale contrasto con ragioni di certezza del diritto, con conseguenti implicazioni sul piano della conflittualità all'interno della procedura fallimentare, ma anche, ancor prima, per l'aumentato rischio di un utilizzo fraudolento della procedura di concordato preventivo da parte dei soci di s.r.l., in particolare quelli di controllo.

È noto, infatti, come sia in genere avvertito in dottrina il timore che un'interpretazione estensiva dello stato di crisi dia adito a possibili abusi dello strumento concordatario, qualora si consenta al debitore di accedere a tale beneficio, pure potendo costui superare la crisi con mezzi propri⁴⁶⁹.

Sotto questo aspetto, non è chi non veda come un'estensione eccessiva del presupposto favorisca i comportamenti opportunistici dell'imprenditore, finendo per sacrificare i diritti dei creditori, decurtati dalla falcidia concordataria, ovvero, esponga al rischio di accordi fraudolenti tra debitore e solo alcuni dei creditori, a discapito di tutti gli altri.

Il trattamento prededucibile assegnato al credito del socio nella sua interezza, come del resto a quello di qualunque finanziatore, potrebbe, quindi, costituire un ulteriore incentivo all'utilizzo improprio dello strumento concordatario, a danno dei creditori.

L'esigenza di conseguire un corretto equilibrio tra esigenze di prevenzione della crisi di impresa e tutela del ceto creditorio⁴⁷⁰ conduce ad avvalorare l'idea di una diversa e più ristretta delimitazione della fattispecie

⁴⁶⁹ ROSSI, *Le crisi d'impresa*, in AA.VV., *Diritto fallimentare. Manuale breve*, Milano, 2008, p. 30; ROCCO DI TORREPADULA, *La crisi dell'imprenditore*, in *Giur. comm.*, 2009, I, p. 219; GALLETTI, *Art. 160*, in *Il nuovo diritto fallimentare. Commentario diretto da JORIO, coordinato da FABIANI*, Bologna, 2007, p. 2276.

⁴⁷⁰ ROCCO DI TORREPADULA, *op. cit.*, p. 229.

dello stato di crisi ed una rielaborazione del rapporto tra quest'ultima e gli indici sintomatici previsti all'interno della disciplina della postergazione legale dell'art. 2467 c.c., così da riservare alla sola ipotesi contemplata al comma 3 dell'art. 182^{quater} L.F. il beneficio della prededuzione, preservando il trattamento differenziato delle percentuali indicate.

Sembra, allora, maggiormente plausibile ritenere che le situazioni alla base della postergazione legale, pur non integrando necessariamente lo stato di crisi, quale presupposto della procedura di concordato e degli accordi, costituiscano una condizione necessaria, anche se non sufficiente, affinché tale presupposto possa ritenersi sussistente, a tal fine occorrendo anche elementi oggettivi che consentano di pervenire ad una fondata prognosi circa la probabilità concreta del subentrare dello stato di insolvenza⁴⁷¹.

Su queste basi il problema in precedenza esaminato non avrebbe in radice alcuna ragione di porsi, in quanto, ove si ritenga che lo stato di crisi presupponga una situazione più grave di quella in cui sarebbe ragionevole effettuare un conferimento, il finanziamento del socio andrà disciplinato unicamente dal comma 3 dell'art. 182^{quater} L.F.

Altra perplessità esegetica discende dal fatto che *l'incipit* dell'art. 182^{quater}, comma 3, L.F. richiama l'art. 2497^{quinquies} c.c., ossia la fattispecie dei finanziamenti concessi da una società che esercita attività di direzione e coordinamento a favore della società diretta e coordinata, mentre nel prosieguo la norma continua a riferirsi, anche dopo la modifica, ai soli finanziamenti dei soci.

Come è noto, quella appena richiamata costituisce una fattispecie diversa dall'ipotesi prevista in seno alla disciplina della s.r.l., perché l'effetto della postergazione legale non viene fatto dipendere dalla qualità di socio del soggetto che effettua il finanziamento, e prescinde, inoltre, dalla natura giuridica (società, ente, persona fisica) del soggetto finanziatore⁴⁷².

⁴⁷¹ ROCCO DI TORREPADULA, op. cit., p. 233.

⁴⁷² MARCHISIO, op. cit. p. 1316.

È, infatti, espressamente prevista, in concorso degli indicatori oggettivi sopra enunciati, la postergazione dei finanziamenti verticali, effettuati da chi esercita l'attività di direzione e coordinamento nei riguardi della società diretta e coordinata in crisi, nonché dei finanziamenti orizzontali, ossia quelli elargiti da "altri soggetti", del pari soggetti all'attività di direzione e coordinamento, in favore della medesima società, restando, di converso esclusa la fattispecie dei finanziamenti ascendenti a favore del relativo vertice⁴⁷³.

Orbene, posto che, come accennato, dopo il richiamo a tali tipologie di finanziamenti, il prosieguo, poi, dell'art. 182*quater* in tema di prededuzione continua a riferirsi ai soli finanziamenti dei soci, tale norma, intesa alla lettera, dovrebbe implicare che il regime di prededuzione non si applichi indifferentemente a tutte le ipotesi di finanziamenti infragruppo, ma solo a quelle dei finanziamenti dei soci di una s.p.a. soggetta ad attività di direzione e coordinamento, l'unica, cioè, non coperta dal richiamo all'art. 2467 c.c.

In proposito, è tuttavia da condividere il rilievo secondo il quale ragioni di coerenza sistematica, fondate sulla *ratio* della norma, ovvero ancora una volta sul principio di ragionevolezza delle leggi ex art. 3 Cost., impongano una estensione della disciplina a tutti i finanziamenti infragruppo, dunque anche quelli provenienti da società non socie della società diretta e coordinata, eventualmente ricorrendo all'applicazione analogica dell'art. 182*quater*, comma 3, L.F.⁴⁷⁴.

Se, infatti, la logica sottostante al beneficio della prededuzione consiste nel riconoscimento della meritevolezza del finanziamento funzionale alla realizzazione di operazioni di ristrutturazione e di risanamento nell'ambito della procedura di concordato preventivo o degli accordi di ristrutturazione, non sussiste alcun motivo per negare tale beneficio nell'ipotesi in cui il

⁴⁷³ MARCHISIO, op. cit., p. 1316; BALP, *I finanziamenti infragruppo: direzione e coordinamento e postergazione*, in *Riv. dir. civ.*, 2012, II, p. 329.

⁴⁷⁴ STANGHELLINI, *Finanziamenti-ponte*, op. cit., p. 1364; ABRIANI, *Il finanziamento dei soci alle imprese*, op. cit., p. 440; TOMBARI, *Crisi di impresa e doveri di "corretta gestione societaria e imprenditoriale" della società capogruppo. Prime considerazioni*, in *Riv. dir. comm.*, 2011, I, p. 644; MARCHISIO, op. cit., p. 1316.

finanziamento provenga da un soggetto che non sia titolare di alcuna partecipazione sociale, assoggettando il suddetto finanziamento alla regola della postergazione integrale.

Questione ben più complessa, poi, concerne l'applicabilità della disciplina restitutoria di cui agli artt. 2467 e 2497*quinques* c.c., per ciò che riguarda i rimborsi dei finanziamenti dei soci effettuati in esecuzione del concordato preventivo o di accordo di ristrutturazione omologato.

In effetti, in questi casi, è dato riscontrare un potenziale conflitto tra le norme codicistiche e quelle fallimentari: sussiste, cioè, il dubbio che il rimborso dei suddetti prestiti, oltre a costituire l'oggetto del dovere di restituzione in caso di fallimento della società, rientri pure nell'ambito di applicazione della disciplina inerente all'esonero dalla revocatoria fallimentare di cui all'art. 67, comma 3, lett. e), L.F., relativamente agli atti, pagamenti e garanzie concessi in esecuzione del concordato preventivo o di un accordo omologato.

Occorre interrogarsi, dunque, sul se l'esonero dall'azione revocatoria previsto in seno alla legge fallimentare si estenda anche nei confronti dei rimborsi dei finanziamenti avvenuti in esecuzione di un concordato preventivo o di un accordo di ristrutturazione dei debiti, vale a dire, in altri termini, se nel fallimento intervenuto entro l'anno dall'avvenuto pagamento sia preclusa al Curatore del fallimento l'azione restitutoria ex artt. 2467 e 2497*quinques* c.c.⁴⁷⁵.

Tale questione si profila, a ben vedere, a prescindere dall'introduzione dell'art. 182*quater*, comma 3, L.F., ma è, tuttavia, resa ancor più intricata da quest'ultima previsione, la quale, sancendo la prededuzione limitatamente alla percentuale indicata, rappresenta una deroga espressa alle norme del codice civile.

⁴⁷⁵ In senso negativo, BONFATTI, op. cit., p. 102; MAUGERI, *Sul regime concorsuale*, op. cit., p. 822; ARMELI, *I finanziamenti dei soci*, op. cit., p. 893; In senso positivo ABRIANI, *Il finanziamento dei soci alle imprese*, op. cit., p. 439; CAMPOBASSO, *La postergazione dei finanziamenti*, cit., p. 255; NIEDDU ARRICA, op. cit., p. 458.

Occorre chiedersi, quindi, come tale deroga operi rispetto non già alla regola della postergazione legale, bensì all'inefficacia del rimborso rispetto al fallimento, egualmente facente parte della disciplina di cui agli artt. 2467 e 2497*quinques* c.c.

La soluzione, tuttavia, passa attraverso il superamento della preliminare questione dell'estendibilità o meno delle regole sull'esonero dall'azione revocatoria fallimentare al rimborso dei finanziamenti dei soci.

Laddove si assegni la prevalenza alle regole fallimentari in tema di esonero, l'art. 182*quater*, comma 3, L.F., non troverà alcuno spazio applicativo, in quanto norma derogatoria delle sole regole civilistiche, sicché il rimborso del finanziamento in esecuzione di un concordato o di un accordo di omologazione andrà sicuramente ritenuto, nella sua interezza, irrevocabile.

Tale ultima conclusione, tuttavia, non sembra accoglibile, ostando l'infondatezza della sua premessa.

Invero, l'inefficacia del rimborso dei finanziamenti dei soci costituisce una regola assimilabile alla revocatoria di diritto di cui agli artt. 64 e 65 L.F., l'elemento in comune tra le fattispecie consistendo in ciò, che in tutti i casi la legge non richiede un accertamento giudiziale, necessario, invece, ai fini della revocatoria fallimentare ex art. 67 L.F.⁴⁷⁶.

Sicché deve riproporsi anche per l'inefficacia del rimborso dei finanziamenti dei soci l'orientamento già formatosi in relazione alla revocatoria di diritto, che preclude l'applicazione delle regole in tema di esonero dalla revocatoria fallimentare⁴⁷⁷.

Non tutti i problemi sono, a questo punto, risolti.

Se si conviene, infatti, che il rimborso dei finanziamenti sia soggetto alla sola regola civilistica dell'inefficacia *ex lege*, si pone il dubbio se l'art. 182*quater*, comma 3, L.F., nel derogare alla regola della postergazione, nei limiti della percentuale dell'80%, privi di fondamento il dovere di restituzione

⁴⁷⁶ LOCORATOLO, *Postergazione dei crediti e fallimento*, Milano, 2010, p. 89.

⁴⁷⁷ LOCORATOLO, op. cit., p. 90; CAMPOBASSO, op. cit., p. 90.

del rimborso alla curatela del fallimento, restando, invece, il rimanente 20% soggetto alla regola generale della revocabilità, oltre che della postergazione.

A favore di questa soluzione, vale la constatazione dell'irrazionalità di quella opposta, che condurrebbe ad una ricostruzione della disciplina in termini assolutamente distonici: nei confronti del socio finanziatore, la legge si rivelerebbe da un lato premiale, attraverso l'assegnazione della prededuzione del relativo credito, e dall'altro punitiva, mediante l'assoggettamento dell'avvenuto rimborso all'obbligo di restituzione⁴⁷⁸.

Se la *ratio* dell'introduzione della disciplina della prededuzione va ricercata nell'intento di incoraggiare il sostegno finanziario dell'impresa in crisi anche da parte dei soci, purché tale sostegno avvenga nell'ambito ed in funzione delle procedure di composizione negoziale e di risanamento previste dalla legge, appare, infatti, non coerente con la stessa la permanenza in capo al Curatore dell'azione restitutoria per la percentuale di credito rimborsata.

Altra questione interpretativa si è posta allorché, come già accennato, il Legislatore ha ritenuto di aggiungere al comma 3 dell'art. 182*quater* un nuovo periodo, a tenore del quale i primi due commi si applicano quando il finanziatore abbia acquisito la qualità di socio in esecuzione dell'accordo di ristrutturazione dei debiti o del concordato preventivo.

Invero, lungi dal cadere in interpretazioni volte a ridurre, ovvero, all'opposto, ampliare il raggio di applicazione del comma 3, pare più opportuno ritenere che con tale intervento normativo il Legislatore abbia inteso offrire un'interpretazione autentica dei primi due commi, riconoscendo, quindi, la prededuzione integrale, non limitata, cioè, all'80%, ai creditori che diventino altresì soci lungo la sequenza temporale prevista dalla disposizione, sciogliendo così in anticipo un possibile nodo interpretativo che di certo sarebbe stato evocato in sua mancanza.

Infine, ultima questione interpretativa in tema di finanziamento da parte

⁴⁷⁸ BONFATTI, op. cit., p. 102; MAUGERI, *Sul regime concorsuale*, op. cit., p. 836.

dei soci riguarda l'assenza nella successiva norma di cui all'art. 182*quinques* L.F., di qualsiasi menzione proprio all'ipotesi in cui i finanziamenti provengano dai soci.

Il che apre tre diverse possibilità interpretative⁴⁷⁹: una prima possibilità è quella di riconoscere la prededucibilità anche ai finanziamenti provenienti dai soci, ma essa dovrebbe riguardare l'intero credito, senza cioè tenere conto delle percentuali previste per l'ipotesi dei finanziamenti dei soci in funzione o in esecuzione del concordato o degli accordi, di cui al comma 3 dell'art. 182*quater*, L.F.⁴⁸⁰; una soluzione diametralmente opposta è quella secondo la quale il silenzio del legislatore sul punto deve implicare l'assoggettamento del finanziamento del socio alle regole codicistiche in tema di postergazione⁴⁸¹; secondo una tesi intermedia, infine, tale ipotesi richiede di essere regolata dall'art. 182*quater*, comma 3, L.F., in via di interpretazione analogica o estensiva⁴⁸².

Quest'ultima posizione, tuttavia, non pare condivisibile.

Non ricorrono, infatti, gli estremi per l'interpretazione estensiva, essendo la fattispecie dei finanziamenti "*in occasione*" diversa da quella dei finanziamenti "*in funzione*" o "*in esecuzione*" del concordato.

Ma non ricorrono neppure quelli dell'interpretazione analogica.

In effetti, è noto che per fare spazio all'analogia occorre un rapporto di somiglianza rilevante tra l'ipotesi regolata e quella non regolata.

Il che non sembra ricorrere nel caso di specie, trattandosi di fattispecie differentemente regolate: invero, l'ipotesi che appare *prima facie* non regolata, quella dei finanziamenti "*in occasione*" provenienti dai soci, in realtà, rientra in astratto, da un punto di vista oggettivo, nella fattispecie generale dei

⁴⁷⁹ BALESTRA, *I finanziamenti all'impresa in crisi nel c.d. Decreto sviluppo*, in *Fallimento*, 2012, p. 1404; TOMBARI, *I finanziamenti dei soci e i finanziamenti infragruppo dopo il decreto sviluppo: prededucibilità o postergazione? Prime considerazioni sul diritto societario della crisi*, in www.ilfallimentarista.it, p. 6.

⁴⁸⁰ BOTTAI, *Revisione della legge fallimentare per favorire la continuità aziendale*, in *Fallimento*, 2012, p. 926.

⁴⁸¹ BRIOLINI, op. cit., p. 535.

⁴⁸² VELLA, *L'accrescimento dei controlli giudiziali di merito e degli strumenti protettivi nel nuovo concordato preventivo (dopo la legge n. 134/12)*, www.ilcaso.it, p. 23.

finanziamenti interinali di qualunque terzo, che riceve un'apposita disciplina.

Esclusa la possibilità di applicare estensivamente o analogicamente l'art. 182*quater*, comma 3, L.F., allora, il vero nodo da sciogliere consiste in ciò, se la sussistenza di una apposita disciplina dei finanziamenti “*in occasione*” conduca a disapplicare, pure in mancanza di apposita previsione, la regola civilistica della postergazione legale ed assoggettare integralmente i relativi crediti alla disciplina della prededuzione.

Un tale risultato non pare tuttavia agevolmente conseguibile, in quanto, allorquando i finanziamenti provengano dai soci, in assenza di esplicita deroga, al ricorrere dei presupposti dell'eccessivo indebitamento o della situazione finanziaria nella quale sarebbe ragionevole un finanziamento parrebbe imporsi l'applicazione della specifica disciplina di legge che proprio quei presupposti contempla, ossia le regole civilistiche di cui agli artt. 2467 e 2497*quinques c.c.*

A diverse ed opposte conclusioni potrebbe pervenirsi, tuttavia, da un lato, convenendo con l'opinione prima esposta, secondo cui lo stato di crisi – solo in presenza del quale la società debitrice può presentare la domanda di concordato preventivo – necessariamente sottintende le condizioni della postergazione legale ma non si esaurisca in esse, a tal fine occorrendo anche ulteriori elementi che consentano di pervenire ad un fondato giudizio di probabilità del futuro stato di insolvenza; dall'altro, valorizzando quel tratto della normativa che, in ordine ai finanziamenti “*in occasione*”, subordina la concessione della prededuzione alla specifica attestazione da parte del professionista circa il migliore soddisfacimento dei creditori.

Entrambe le circostanze, individualmente o cumulativamente considerate, sarebbero, infatti, da intendersi quali fattori in base ai quali costruire un giudizio di specialità della norma fallimentare rispetto a quella civilistica.

Argomentando in tal modo, resterebbe, tuttavia, da giustificare la discordanza con la disciplina delle altre ipotesi di finanziamenti, per quel che

riguarda il differente trattamento delle percentuali previste dalla legge.

In proposito, se l'assoggettamento della percentuale residua del 20% al regime della postergazione legale si spiega con l'intento di indurre il socio (o la società facente parte di un gruppo) ad effettuare una accurata e ponderata valutazione delle possibilità del risanamento, così da evitare comportamenti abusivi da parte degli stessi soggetti, appare evidente che nell'ipotesi dei finanziamenti "*in occasione*" tale rischio potrebbe ritenersi neutralizzato dalla specifica attestazione del professionista, oltre che dalla successiva verifica del Tribunale, circa la sussistenza del requisito del migliore soddisfacimento dei creditori, così da legittimare la prededucibilità dell'intero credito, piuttosto che di una sua parte.

3.1.1.6 Il compenso dei professionisti

Prima dell'ultima modifica, il comma 4 dell'art. 182^{quater} L.F. ricomprendeva nel regime della prededuzione anche ed unicamente i compensi spettanti al professionista incaricato di predisporre le relazioni previste nella disciplina del concordato preventivo e degli accordi di ristrutturazione dei debiti (rispettivamente: art. 161, comma 3; art. 182-bis, comma 1, L.F.).

Per quel che concerne l'accordo di ristrutturazione dei debiti, la norma richiamava unicamente l'attestazione prevista al comma 1 dell'art. 182^{bis} L.F., il che, implicitamente, doveva lasciare escludere dall'area della prededuzione i compensi spettanti al professionista per l'attestazione funzionale alla richiesta di anticipazione degli effetti protettivi di cui al successivo comma 6.

Sulla falsariga di quanto stabilito per i crediti "*parificati*" ai prededucibili, era previsto che la prededuzione sarebbe scattata a condizione di essere espressamente disposta dal provvedimento con cui il Tribunale accoglie la domanda di concordato, ovvero che l'accordo fosse omologato.

L'intervenuta abrogazione di tale comma ad opera della legge di

conversione assegna, perciò, un mero valore storico al dibattito che si era sviluppato durante la sua breve vigenza.

Un resoconto dello stesso può, tuttavia, ancora essere di utilità, in quanto la comprensione delle ragioni alla base dell'introduzione della norma, prima, e della sua abrogazione, poi, consente un migliore inquadramento della problematica della prededuzione dei crediti dei professionisti in genere.

In effetti, la posizione dei professionisti poteva dirsi sino ai recenti interventi del Legislatore tutelata dall'esenzione dalla revocatoria disposta per i pagamenti dei debiti liquidi ed esigibili sorti per ottenere la prestazione di servizi strumentali all'accesso delle procedure concorsuali di concordato preventivo (art. 67, comma 3, lett. g), L.F.), nonché dalla previsione della causa di prelazione di cui all'art. 2751*bis* c.c. a favore delle retribuzioni dei professionisti e di ogni altro prestatore d'opera intellettuale dovute per gli ultimi due anni di prestazione.

Il comma in oggetto aveva rafforzato, però, specificamente, la posizione dei crediti dei professionisti che effettuino le attestazioni predette, sancendone la prededucibilità e, con ciò fugando ogni sorta di dubbio che sarebbe invece potuto sorgere, ove si fosse tentato di far discendere tale effetto da una interpretazione estensiva dell'art. 111, comma 2, L.F., mediante la valorizzazione del profilo della funzionalità dei crediti in questione rispetto alla procedura di concordato preventivo.

Un risultato, questo, che comunque sarebbe stato difficile conseguire nel caso dell'accordo di ristrutturazione dei debiti, data l'esclusione di tale istituto dal novero delle procedure concorsuali⁴⁸³.

Non vi è dubbio che la finalità del riconoscimento di tale prededuzione sia stata, allora, quello di eliminare ogni remora per i professionisti del settore nell'accettazione degli incarichi finalizzati alla redazione delle attestazioni necessarie per la presentazione della domanda di concordato preventivo o di

⁴⁸³ FABIANI, *L'ulteriore up-grade degli accordi di ristrutturazione e l'incentivo ai finanziamenti nelle soluzioni concordate*, in *Fallimento*, 2010, p. 906.

omologazione di un accordo di ristrutturazione⁴⁸⁴: sotto questo profilo, anche a tale parte della disposizione poteva riconoscersi la medesima *ratio* di incentivare e rendere più agevole l'accesso alle suddette soluzioni di composizione negoziale della crisi alternative al fallimento.

Una parte della dottrina aveva, però, obiettato al legislatore un eccesso di timidezza nel riservare espressamente tale beneficio ai soli professionisti attestatori, senza tenere conto dell'opera prestata da altri professionisti nella predisposizione del relativo piano, oltre che nella predisposizione del ricorso⁴⁸⁵.

In senso contrario, altra parte della dottrina aveva rinvenuto le ragioni di tale limitazione nella constatazione che l'attestazione del professionista costituisce una specifica condizione legale per l'accesso alle procedure di concordato preventivo o degli accordi di ristrutturazione dei debiti, oltre che nella peculiare responsabilità che da tale attestazione sarebbe discesa⁴⁸⁶.

Il che avrebbe rappresentato una giustificazione sufficiente per collocare i crediti in questione ad un livello diverso, anche al fine di superare il vaglio della ragionevolezza della diversità di trattamento che la legge riserva loro, rispetto ai crediti nascenti dalle altre prestazioni professionali (almeno ove si ritenga che questi non beneficino egualmente del regime di prededuzione in base alla disciplina generale di cui all'art. 111, comma 2, L.F.).

È del tutto evidente che con l'abrogazione della norma abbiano prevalso nel processo legislativo ragioni di prudenza, tese ad evitare possibili giudizi di incostituzionalità della norma, per disparità di trattamento.

La questione del trattamento da riservare ai professionisti, attestatori o meno, rimane, tuttavia, aperta, potendo in astratto i relativi crediti rientrare

⁴⁸⁴ MORELLINI, *L'art. 182-quater L.F.: novità e criticità*, in *Fallimento*, 2011, p. 903.

⁴⁸⁵ AMBROSINI, *Appunti flash sull'art. 182-quater legge fallim.*, in www.ilcaso.it.

⁴⁸⁶ MORELLINI, *op. cit.*, p. 903; in giurisprudenza, Tribunale Milano, 26 maggio 2011 e Tribunale Terni, 13 giugno 2011, in *Fallimento*, 2011, p. 1337; in senso critico, cfr., però, *La prededuzione dei crediti funzionali al concordato preventivo tra art. 111 ed art. 182 quater L.F.*, in *Fallimento*, 2011, p. 1340.

nella previsione generale della prededuzione di cui all'art. 111, comma 2, L.F., qualora della medesima si accolga una interpretazione quanto mai estesa⁴⁸⁷.

3.1.1.7 I finanziamenti contratti in occasione ed in funzione dei piani attestati di risanamento ex art. 67, comma 3, L.F..

Nell'ambito delle riforme in tema di crediti prededucibili, il Legislatore nulla ha disposto in ordine ai finanziamenti correlati ad un piano attestato di risanamento: tanto quelli concessi in sua esecuzione, per i quali sussiste comunque il meccanismo protettivo costituito dalla disciplina della irrevocabilità ex art. 67, comma 3, lett. d), quanto quelli concessi in funzione della sua predisposizione, per i quali, al contrario, non opera alcuna protezione⁴⁸⁸.

La regolamentazione di tale istituto è, dunque, rimasta carente, consistendo l'unico intervento da parte del legislatore dall'esonero dalla responsabilità penale di cui all'art. 217bis L.F..

Il che può dare adito a dubbi di incongruenza e di scarso equilibrio della legislazione in tema di incentivi alle soluzioni negoziate della crisi.

Occorre, allora, tentare di comprendere la possibile giustificazione di tale esclusione.

Invero, dalla disciplina sinora esposta potrebbe ritenersi che in tanto la prededuzione possa essere accordata, in quanto vi sia un meccanismo di controllo giudiziale alla sua base, oltre che di un consenso formalizzato dei

⁴⁸⁷ BOTTAI, *Revisione della legge fallimentare per favorire la continuità aziendale*, in *Fallimento*, 2012, pag. 928; in questo senso si è, peraltro, pronunciata la Suprema Corte con sentenza dell'8 aprile 2013, n. 8533, in *Giur. It.*, 2013, 1821 che ha attribuito la qualifica di prededucibile al credito del professionista per l'assistenza prestata per la preparazione del ricorso di concordato e la presentazione della domanda di transazione fiscale; per un'analisi dei vari profili, cfr. VELLA, *Le nuove prededuzioni nel concordato con riserva e in continuità. I crediti dei professionisti*, in *Fallimento*, 2013, p. 1141.

⁴⁸⁸ STANGHELLINI, *Finanziamenti-ponte e finanziamenti alla ristrutturazione*, in *Fallimento*, 2010, p. 1348; MORELLINI, *L'art. 182-quater L.F.: novità e criticità*, in *Fallimento*, 2011, p. 905; COSTA, *Esenzione dall'azione revocatoria e prededuzione nelle procedure stragiudiziali di risanamento delle imprese*, in *Dir. fall.*, 2010, I, p. 538.

creditori⁴⁸⁹.

Se così è, date le caratteristiche del piano attestato di risanamento, ed in particolare l'assenza, nella disciplina, di qualsivoglia intervento giudiziale propedeutico all'insorgere del regime esentivo – ciò che vale a configurare l'istituto in termini essenzialmente privatistici, specie in raffronto con le altre figure di composizione della crisi, ad onta della eventuale iscrizione del registro delle imprese del piano suddetto su domanda del debitore, il tutto essendo demandato, dunque, all'attestazione della fattibilità del piano da parte di un esperto – risulta coerente con tale impostazione la limitazione della prededuzione alle sole ipotesi previste, e sin qui analizzate.

In particolare, per ciò che riguarda i finanziamenti, l'esclusione dalla prededuzione dovrebbe far supporre che nel prossimo futuro banche, intermediari finanziari e terzi finanziatori in genere tenteranno di indurre l'imprenditore in crisi che richieda finanziamenti a percorrere la strada del concordato preventivo o degli accordi di ristrutturazione dei debiti, piuttosto che quella del piano attestato di risanamento, per i maggiori rischi inerenti agli interventi creditizi a suo sostegno⁴⁹⁰.

Da ciò discende pure la mancanza di incentivi per i soci che intendano sostenere finanziariamente la società in caso di adozione di un piano attestato di risanamento; ed invero i crediti derivanti dai finanziamenti di costoro dovranno sicuramente considerarsi postergati, in applicazione della regola posta all'art. 2467 c.c..

Un tale risultato, in termini di assenza di incentivi all'adozione di un piano attestato di risanamento sarebbe ancora più accentuato, ove si ritenga di assoggettare i rimborsi dei finanziamenti effettuati dai soci in sua esecuzione all'obbligo di restituzione a favore della curatela fallimentare, in ottemperanza a quando disposto dall'art. 2467, comma 1, c.c..

⁴⁸⁹ BRIOLINI, *Questioni irrisolte in tema di piani di risanamento e di accordi di ristrutturazione dei debiti. Appunti sugli artt. 2467 e 2497-quinquies c.c. e sull'art. 182-quater L.F.*, in *Banca, borsa, e titoli di credito*, 2012, I, p. 537.

⁴⁹⁰ TARZIA, *La nuova tutela del debitore e dei finanziatori negli strumenti di prevenzione del fallimento*, in *Dir. fall.*, 2010, I, p. 549

Invero, la soluzione affermativa non è pacifica, sussistendo un potenziale conflitto con la disciplina fallimentare: i suddetti pagamenti rientrano, in astratto, anche nell'ambito di applicazione dell'art. 67, comma 3, lett. d), L.F., in tema di esenzione dall'azione revocatoria per i pagamenti posti in essere in esecuzione di un piano attestato di risanamento⁴⁹¹.

In effetti, il medesimo problema è comune anche rispetto ai finanziamenti dei soci in esecuzione di un concordato preventivo o di un accordo di ristrutturazione, in virtù dell'esenzione dall'azione revocatoria prevista all'art. 67, comma 3, lett. e), L.F.⁴⁹².

Conseguentemente, anche in tale caso può ritenersi inestendibile all'obbligo di restituzione del rimborso del prestito effettuato dal socio il regime di esonero dall'azione revocatoria fallimentare previsto nella legge fallimentare.

Va, tuttavia, tenuto conto che, così come configurato dalla legge, il piano attestato di risanamento deve apparire idoneo a consentire il risanamento dell'esposizione debitoria e deve assicurare il riequilibrio della situazione finanziaria.

Sotto questo profilo, potrebbe sostenersi che ai finanziamenti erogati e rimborsati in esecuzione del piano stesso non vada applicata la disciplina ex art. 2467 c.c., per il venir meno dei relativi presupposti, nella misura in cui il piano medesimo sia stato in grado in concreto di ripristinare le normali condizioni di equilibrio patrimoniale ed economico-finanziario⁴⁹³.

⁴⁹¹ BONFATTI, *Il sostegno finanziario delle imprese in crisi*, in *La ristrutturazione dei debiti civili e commerciali*, a cura di BONFATTI-FALCONE, Milano, 2011, p. 96.

⁴⁹² Si veda, al riguardo, la soluzione unitaria data al problema da MAUGERI, *Sul regime concorsuale dei finanziamenti dei soci*, in *Giur. comm.*, 2010, I, p. 835, secondo cui il prestito del socio alla società in crisi, concesso nel rispetto delle cautele procedurali poste alla base delle soluzioni di composizione negoziale della crisi assume un carattere di ragionevolezza, tale da legittimare l'estensione della esenzione dall'azione revocatoria ex art. 67, comma 3, lett. d) ed e) L.F. al relativo rimborso; in giurisprudenza, in senso contrario, v. Cassazione Civile, 4 febbraio 2009, n. 2706, in *Giur. comm.*, 2011, II, p. 247, ove si afferma la prevalenza della finalità della postergazione e dell'obbligo di restituzione rispetto alle finalità sottese all'esclusione dalla revocatoria; in tal senso anche CAMPOBASSO, *La postergazione dei finanziamenti dei soci*, in *S.r.l. Commentario, dedicato a Giuseppe B. Portale*, a cura di DOLMETTA-PRESTI, Milano, 2011, p. 255.

⁴⁹³ BALP, *I finanziamenti dei soci "sostitutivi" del capitale di rischio: ricostruzione della fattispecie e questioni interpretative*, in *Riv. soc.*, 2007, p. 409; CAMPOBASSO, op. cit., p. 264.

È chiaro che una possibilità del genere possa in linea di principio verificarsi, pur se è da ritenersi poco probabile, posto che il riequilibrio della situazione finanziaria consegue, in genere, alla completa esecuzione del piano al termine dell'orizzonte temporale, più o meno esteso, nel quale esso si articola, e non ad una sua attuazione parziale.

Ma essa presuppone, in ogni caso, quella medesima valutazione in concreto sull'esistenza dei presupposti della postergazione legale al momento dell'erogazione del finanziamento, nonché sul permanere degli stessi presupposti al momento del rimborso, valutazione pur sempre alla base dell'applicazione della disciplina, ossia anche in assenza di piano.

Dovrebbe, quindi, escludersi che la mera predisposizione del piano attestato di risanamento, stante la sua natura essenzialmente previsionale, ancorché valutato fattibile quanto a ipotesi formulate e previsioni elaborate in termini di risultati da conseguire a medio-lungo termine, faccia di per sé venir meno i presupposti della postergazione legale, rendendo inapplicabile la relativa disciplina.

3.2 Cenni sulla prededuzione nella liquidazione coatta amministrativa

La legge fallimentare prevede e disciplina la liquidazione coatta amministrativa negli artt. 2, 3 e 194-215.

Numerose norme della liquidazione coatta amministrativa rinviano alla disciplina del fallimento sugli effetti della prima procedura per l'impresa (art. 200), per i creditori e sui rapporti giuridici preesistenti (art. 201), per gli atti pregiudizievoli e per i reati (art. 203), per la formazione dello stato passivo (art. 209), per la ripartizione dell'attivo (art. 212) e per la risoluzione e l'annullamento del concordato (art. 215).

Nonostante l'uniformità di disciplina per i rapporti sostanziali e procedurali sopra indicati, esistono notevoli differenze tra il fallimento e la liquidazione coatta amministrativa in ordine ai presupposti, alle finalità ed alla struttura.

I presupposti soggettivo ed oggettivo, che nel fallimento sono l'imprenditore commerciale in genere e lo stato di insolvenza, nella liquidazione coatta amministrativa sono costituiti da singole figure di imprenditori, previste da leggi speciali, e dallo stato di insolvenza o da altri fatti amministrativi o patrimoniali.

Quanto alla finalità, mentre il fallimento si propone il soddisfacimento dei creditori, viceversa la liquidazione coatta amministrativa si propone l'eliminazione dell'impresa e solo indirettamente il soddisfacimento dei creditori.

Anche la struttura delle due procedure è profondamente diversa, poiché il fallimento è una procedura di carattere giurisdizionale, ove l'intervento dell'autorità giudiziaria è costante dall'apertura alla chiusura, mentre la liquidazione coatta amministrativa è un procedimento di carattere amministrativo, che viene disposto e diretto dall'autorità amministrativa e ove l'intervento del Tribunale avviene solo nella dichiarazione dell'insolvenza,

nelle modificazioni allo stato passivo, nel riparto dell'attivo e nel concordato.

Essendo la liquidazione coatta amministrativa una procedura concorsuale, si pone anche per essa il problema della disciplina dei debiti di massa.

L'esistenza di tali debiti e, conseguentemente, della prededuzione anche nella liquidazione coatta amministrativa discende dalla considerazione che anche in tale procedura sorgono spese e si contraggono debiti per lo svolgimento di essa, per l'amministrazione del patrimonio dell'impresa e per l'eventuale continuazione dell'esercizio dell'impresa stessa, come risulta dagli artt. 200 e 206 L.F.

Il fondamento legislativo dell'esistenza della prededuzione e dei debiti di massa risiede nell'art. 212 L.F., che richiama espressamente gli artt. 111 e 113 L.F.

Entrambe le norme richiamate pongono alcuni problemi.

Quanto all'art. 111 L.F., esso trova parziale applicazione alla liquidazione coatta amministrativa per le disposizioni contenute nel primo comma, ma non per quelle statuite nel secondo.

Il primo comma, come è noto, stabilisce l'ordine di distribuzione delle somme ricavate dalla liquidazione dell'attivo e conferisce precedenza ai debiti di massa, costituiti dalle spese e dai debiti contratti per l'amministrazione della procedura e per la continuazione dell'esercizio dell'impresa, se è stato autorizzato.

Non è prevista nella liquidazione coatta amministrativa l'anticipazione delle spese giudiziarie da parte dell'erario sia perché la procedura ha natura amministrativa, sia perché può mancare la dichiarazione di insolvenza.

Quanto ai debiti contratti per la continuazione dell'esercizio dell'impresa, va rilevato che tale istituto è previsto dall'art. 206 L.F. in modo quasi incidentale, essendo la norma dedicata ai poteri del Commissario.

L'esercizio provvisorio ha nella liquidazione coatta amministrativa presupposti e modalità di svolgimento differenti rispetto a quelli previsti

dall'art. 90 L.F. per il fallimento.

Presupposto dell'istituto non è l'esigenza di evitare un danno grave ed irreparabile per i creditori, ma la tutela dell'interesse pubblico, che può essere quello dei consumatori, dei dipendenti o dell'economia generale, cui viene subordinato l'interesse del creditori⁴⁹⁴.

Quanto alle modalità di svolgimento, la continuazione dell'esercizio dell'impresa nel fallimento viene condizionata, dopo l'iniziale autorizzazione del Tribunale, al parere vincolante del Comitato dei creditori, mentre nella liquidazione coatta amministrativa tale continuazione viene autorizzata dall'Autorità di Vigilanza ed il parere del Comitato di sorveglianza è solo obbligatorio, ma non vincolante.

Il rinvio operato dall'art. 212, ultimo comma, L.F., all'art. 113 L.F. pone non tanto il problema particolare degli accantonamenti per le spese future, di cui al n. 4 di tale ultima norma, quanto quello generale, e preliminare, della configurabilità nella liquidazione coatta amministrativa dei riparti parziali.

Si tratta di stabilire se l'art. 212 preveda, per la distribuzione dell'attivo, solo gli acconti parziali o anche i riparti parziali.

L'art. 212 L.F., che disciplina la ripartizione dell'attivo, dopo avere enunciato al comma 1 la regola generale che le somme ricavate sono distribuite seguendo l'ordine previsto dall'art. 111 L.F., al comma 2 prevede gli acconti parziali, mentre ai commi 3 e 4 parla delle ripartizioni parziali, disponendo che ad esse sono applicabili gli artt. 112 e 113 L.F.

Pertanto, dall'analisi dell'art. 212 emerge che l'attivo può essere ripartito, attraverso gli acconti, oppure, mediante riparti parziali.

Tuttavia, mentre gli acconti sono compiutamente disciplinati dal comma 2 dell'art. 212, viceversa le ripartizioni parziali, pur essendo espressamente previste dai commi 3 e 4 dell'art. 212, non sono disciplinate, poiché la citata norma si limita a richiamare gli artt. 112 e 113, ma non anche

⁴⁹⁴ BONSIGNORI, *Della liquidazione coatta amministrativa*, Bologna, 1974, p. 206.

l'art. 110, così che il Legislatore non detta le norme per il deposito e la pubblicità dei riparti, e nulla dispone circa i mezzi di impugnazione di essi ed il modo di risoluzione delle opposizioni.

La dottrina si è occupata dei problemi sopra prospettati, ma senza dedicare ad essi il necessario approfondimento, mentre la giurisprudenza ha delineato chiaramente la netta differenza tra acconti e riparti parziali nella liquidazione coatta amministrativa ed ha ammesso la possibilità dei riparti parziali.

Appare pacifico, sia in dottrina che in giurisprudenza, che acconti e riparti parziali sono istituti diversi, caratterizzati dalle seguenti differenze : gli acconti sono facoltativi e possono essere eseguiti anche prima della formazione dello stato passivo; i riparti parziali sono obbligatori per il Commissario e possono eseguirsi solo dopo la formazione dello stato passivo; gli acconti sono attribuzioni provvisorie e revocabili mentre i riparti parziali sono distribuzioni definitive ed irretrattabili⁴⁹⁵.

Dottrina e giurisprudenza sono concordi nel ritenere che i riparti parziali sono previsti nella liquidazione coatta amministrativa.

La previsione dei riparti parziali nella liquidazione coatta amministrativa, distinti dagli acconti, risulta dimostrata sia dai richiami normativi contenuti negli artt. 212 e 213 L.F. sia da argomentazioni di natura sistematica.

L'art. 212 ai commi 3 e 4 parla espressamente di "ripartizioni" e di "ripartizioni parziali" e dispone l'applicazione ad esse degli artt. 112 e 113 L.F.

⁴⁹⁵ Cassazione Civile, 6 gennaio 1979, n. 59, in *Foro it.*, 1979, I, 992; Tribunale Roma, 14 febbraio 1986, in *Giur. comm.*, 1987, II, 135; Tribunale Roma, 22 aprile 1986, in *Fallimento*, 1987, 68; in dottrina : TARZIA, *Le ripartizioni dell'attivo nella liquidazione coatta amministrativa*, in *Riv. dir. Proc.*, 1963, p. 582; BAVETTA, *Liquidazione coatta amministrativa*, in *Enc. del dir.*, Milano, 1974, XXIV, p. 806; BONSIGNORI, op. cit., 275; DALMARTELLO, *Ripartizioni parziali e accantonamenti nella liquidazione coatta amministrativa*, in *Giur. comm.*, 1977, I, 213; TINO, *Riparti parziali e accantonamenti nella liquidazione coatta amministrativa delle aziende di credito*, in *Giur. Comm.*, 1977, p. 223; BATTAGLIA, *Gli acconti parziali nella liquidazione coatta amministrativa*, in *Fallimento*, 1980, p. 609; BALESTRI, *Acconti e ripartizioni nella liquidazione coatta amministrativa e nell'amministrazione straordinaria*, in *Fallimento*, 1985, p. 26.

Tali norme parlano espressamente di ripartizioni parziali: anzi, tale espressione costituisce la rubrica dell'art. 113 L.F..

Pertanto, le ripartizioni parziali di cui parla l'art. 212 costituiscono istituto ben distinto ed autonomo rispetto agli "acconti" previsti dal comma 2 del citato articolo.

Ma vi è un ulteriore richiamo normativo che prova l'esistenza nella liquidazione coatta amministrativa dei riparti parziali.

L'art. 213, che disciplina compiutamente il riparto finale, infatti, espressamente statuisce "Prima dell'ultimo riparto ai creditori..." ed è intuitivo che se la norma fa riferimento all'ultimo riparto (quello finale) evidentemente ammette e presuppone l'esistenza e l'esecuzione già avvenuta dei riparti parziali.

La figura degli acconti è sconosciuta al fallimento, mentre è prevista in alcune leggi che disciplinano ipotesi particolari di liquidazione coatta amministrativa (art. 89 R.D. 4 gennaio 1925, n. 63 per le assicurazioni private; art. 13 R.D.L. 15 giugno 1933, n. 859 per le liquidazioni disposte dall'I.R.I.; art. 80 L. 7 marzo 1938, n. 141 per le liquidazioni delle aziende di credito).

L'art. 212, come anticipato, richiama gli artt. 111, 112 e 113, dettati in tema di riparti parziali nel fallimento, ma non l'art. 110, che disciplina il deposito, la pubblicità e l'esecutività dei riparti parziali nel fallimento.

Orbene, l'omesso richiamo dell'art. 110 pone il problema della disciplina dei riparti parziali nella liquidazione coatta amministrativa.

Tale mancato richiamo discende dalla constatazione che l'articolo 110 non può applicarsi alla liquidazione coatta amministrativa per la diversa natura e struttura delle due procedure concorsuali.

Infatti, nella liquidazione coatta amministrativa non esiste la figura del Giudice Delegato, che viceversa è nel fallimento l'organo istituzionale cui è demandata la direzione della procedura, ma solo quella del Tribunale che interviene, però, attesa la natura amministrativa della procedura, solo nei momenti più importanti di essa, allorché sono coinvolti diritti soggettivi del

debitore o dei creditori, quali l'accertamento dello stato d'insolvenza (artt. 195 e 202), le opposizioni allo stato passivo (art. 209), il riparto finale (art. 213) e il concordato (art. 214).

L'esecutività degli atti del Commissario discende non da un decreto del Giudice Delegato, come nel fallimento, ma dal compimento di determinate formalità, quali il deposito in cancelleria dello stato passivo (art. 209) ed il deposito in cancelleria del riparto finale non seguito da contestazioni (art. 213, comma ultimo).

L'opportunità che il Commissario proceda alla distribuzione dell'attivo attraverso i riparti parziali, anziché gli acconti, deriva non solo dal carattere di provvisorietà e di retrattabilità che hanno le attribuzioni di somme eseguite con la forma degli acconti, in contrasto con la natura definitiva dei versamenti eseguiti con i riparti parziali, ma anche e soprattutto dall'esigenza di consentire a tutti i creditori di proporre le loro contestazioni sul progetto di riparto, che tocca non interessi legittimi ma diritti soggettivi.

Sotto tale profilo tutti i creditori hanno diritto di essere informati del deposito del piano di riparto, di esaminare se i loro crediti e le eventuali cause di prelazione hanno trovato corretta collocazione, di presentare contestazioni e di vederle risolte dal Tribunale in un giudizio a cognizione piena ed in contraddittorio con il Commissario, che rappresenta tutti i creditori che non hanno proposto contestazioni.

Pertanto, il riparto parziale non mira tanto ad evitare eventuali responsabilità del Commissario per violazione dell'ordine delle cause di prelazione o per errori nella collocazione dei crediti quanto a garantire a tutti i creditori il diritto di difesa, conferendo certezza giuridica e stabilità di effetti ad una fase essenziale della procedura.

Poiché l'art. 212 non richiama l'art. 110 (nè poteva richiamarlo per i motivi sopra indicati) sorge il problema della disciplina dei riparti parziali nella liquidazione coatta amministrativa in ordine al deposito, alla pubblicità ed alle contestazioni.

Tutta la dottrina che si è occupata del problema è concorde nel sostenere che trova applicazione per analogia l'art. 213 che disciplina il riparto finale.

Pertanto, anche li piano di riparto parziale va depositato presso la cancelleria fallimentare del Tribunale, così come avviene per il riparto finale e dovranno essere sottoposti al parere del Comitato di sorveglianza e all'autorizzazione del Ministro competente e depositati presso la cancelleria del Tribunale, pubblicandone avviso sulla Gazzetta Ufficiale.

Le osservazioni sui riparti parziali devono essere presentate e decise nei termini e nei modi previsti dall'art. 213, commi 2 e 3 L.F.

Sicuramente i piani dei riparti parziali non devono essere accompagnati né dal rendiconto, né dal bilancio predisposti dal Commissario, sia perché tali atti presuppongono l'ultimazione delle operazioni di liquidazione e devono accompagnare solo il riparto finale, sia perché non sono previsti neppure nei riparti parziali in sede fallimentare (art. 110 L.F.).

In ordine ai debiti di massa, è da ritenere che il Commissario sia che esegua gli acconti parziali, sia che proceda ai riparti parziali, deve accantonare le somme che si presumono necessarie per le spese future, e cioè sia per i debiti di massa sorti ma non scaduti, sia per quelli che possono ancora sorgere.

La misura dell'accantonamento è rimessa alla prudenza del Commissario, ma nell'ipotesi di riparti parziali egli, in applicazione dell'art. 113, comma 1 L.F., dovrà accantonare almeno il 20 per cento delle somme da ripartire.

Il Commissario, tuttavia, non ha l'obbligo del deposito delle somme riscosse ed esegue i pagamenti dei debiti di massa senza alcuna autorizzazione, salvo rendiconto nelle relazioni semestrali e nel riparto finale.

Orbene, anche nell'ambito della liquidazione coatta amministrativa, tuttavia, possono sorgere contestazioni in ordine all' *an* ed al *quantum* di crediti prededucibili.

Occorre distinguere i debiti sorti in precedenti procedure concorsuali

seguite da liquidazione coatta amministrativa (art. 4 L.F.) da quelli nati durante la liquidazione coatta amministrativa.

Per quanto concerne i primi, a prescindere dal problema se siano o meno prededucibili nella liquidazione coatta amministrativa, essi vanno accertati nelle forme previste dagli artt. 207-209 L.F., così come avviene nel fallimento preceduto da procedure concorsuali minori.

Parimenti, anche per le controversie *sull'an* e sul *quantum debeatur* dei debiti di massa sorti durante la liquidazione coatta amministrativa, deve ritenersi applicabile la medesima disciplina dettata dagli artt. 201-209 L.F..

Difatti, se è certamente corretto affermare che la liquidazione coatta può essere disposta in taluni casi per circostanze diverse dalla conclamata insolvenza (potendo essere disposta, per le società di assicurazione, ai sensi del D.Lgs. 1 settembre 1993, n. 385, art. 80, nelle ipotesi di evidente e non transitoria insufficienza delle attività patrimoniali necessarie a far fronte agli impegni relativi ai crediti di assicurazione o di riassicurazione; per le banche, quando le perdite siano di eccezionale gravità ovvero a titolo di sanzione a seguito dell'accertamento di gravissime irregolarità gestionali; per le cooperative, ai sensi dell'art. 2545 *septiesdecies* c.c., quando si accerti che esse non perseguono lo scopo mutualistico o non sono in condizioni di raggiungere gli scopi per cui sono costituiti o che, per due anni, non depositino il bilancio di esercizio o non compiano atti di gestione), è anche vero, però, che le regole che, in ogni caso, disciplinano la procedura liquidatoria, qualunque sia la ragione dell'apertura, e qualunque sia l'ente sottoposto alla procedura sono sempre quelle dettate dalla Legge Fallimentare, con l'effetto che sui beni dell'ente si apre il concorso tra tutti i creditori che non possono iniziare in alcun modo azioni esecutive individuali (Art. 3, L. n. 400/ 1975).

Se ciò risulta oggettivamente incontestabile per i crediti sorti antecedentemente all'apertura della procedura, non vi sono ragioni per escludere l'applicazione della stessa regola per i crediti sorti nel corso e nell'interesse della procedura che non perdono per ciò stesso la natura

concorsuale.

L'interpretazione sistematica, e l'espresso richiamo contenuto nell'art. 201 alle norme sull'art. 52 L.F., rendono indiscutibile che anche i crediti che godono di prededuzione debbano essere accertati secondo le procedure previste dalle norme della legge fallimentare sussistendo, anche per tali crediti, le stesse esigenze di trasparenza nell'ammissione e di uniformità dei criteri nella ripartizione che informano tutte le procedure concorsuali.

Se così non fosse, come correttamente osservato recentemente dalla Cassazione, bisognerebbe ipotizzare la possibilità di un'azione esecutiva individuale sui beni della procedura in forza di una pronuncia di condanna emessa al di fuori delle procedure che disciplinano l'accertamento dei crediti. Ed, infatti, così è previsto dall'art. 104^{ter} L.F., ma solo in relazione ai beni che il Curatore, su autorizzazione del Comitato dei creditori, rinunci ad acquisire all'attivo della procedura e su cui, per tale ragione, i creditori possono iniziare azioni esecutive o cautelari individuali senza dovere sottostare alle regole della procedura collettiva.

Proprio la disposizione dell'art. 104^{ter} L.F., ancorchè non applicabile alle liquidazioni coatte (sebbene non sia da escludere che l'autorità di vigilanza, nell'ampia autonomia attribuita dall'art. 206 L.F. e dalle leggi speciali possa autorizzare, quale atto di straordinaria amministrazione, la non apprensione di taluni beni quando la procedura debba sopportare per l'acquisizione costi superiori ai ricavi prevedibili), conferma direttamente l'indissolubilità del collegamento esistente tra la fase di accertamento concorsuale dei crediti e quella di liquidazione dell'attivo per cui, se la liquidazione dei beni deve essere effettuata in sede concorsuale, nella stessa sede deve avvenire l'accertamento del credito.

Invero, nel fallimento, ai sensi dell'art. 111^{bis}, non tutti i crediti prededucibili, devono essere accertati secondo le regole dettate dagli artt 92 ss. L.F., essendo tale accertamento escluso per i crediti non contestati per collocazione ed ammontare, anche se sorti durante l'esercizio provvisorio e

per quelli sorti a seguito di provvedimenti di liquidazione dei compensi.

Tuttavia, non è specificato in che modo la prededucibilità, l'ammontare e la graduazione all'interno della categoria della prededuzione (se ciò fosse rilevante in relazione all'ipotesi, di cui all'ultimo comma dell'art. 111 bis di insufficienza dell'attivo a soddisfare anche i soli crediti prededucibili) possano essere contestati e da chi.

Non vi è dubbio che il Curatore possa, *in primis*, contestare il credito a mezzo di una qualunque comunicazione in tal senso diretta al creditore e, perfino, semplicemente conservando completo silenzio rispetto alle istanze del creditore, che conseguentemente dovrà attivarsi per l'ammissione (tempestiva, tardiva, ultratardiva, se trascorso il termine di cui all'art. 101 L.F.) del credito secondo le forme usualmente previste a tal fine dalla legge fallimentare.

Anche il Giudice Delegato ed il Comitato dei creditori possono contestare la collocazione del credito, semplicemente non autorizzando il pagamento (che può essere effettuato, al di fuori dei piani di riparto, solo con l'espressa autorizzazione del Giudice o del Comitato come previsto dall'art. 111bis, terzo comma, L.F.).

Ovviamente anche l'ausiliario della procedura, che non si veda riconosciuto il compenso nella misura richiesta, può chiedere l'accertamento ai sensi dell'art. 26 L.F..

Non è, invece, specificato se anche gli altri creditori ammessi possano contestare il credito che si assume avere natura di prededucibilità.

È del tutto preferibile la tesi positiva per una serie di ragioni. Innanzitutto è certo che i creditori possano contestare l'ammissione al passivo dei crediti prededucibili in sede di ammissione all'udienza di cui all'art. 95 L.F. ed anche ai sensi dell'art. 98 L.F. e sarebbe, quindi, ingiustificato che potessero farlo solo se il creditore ritenesse di dovere immediatamente proporre istanza ai sensi dell'art. 93 L.F. e non anche se chiedesse il pagamento al di fuori della fase di accertamento.

Inoltre il provvedimento del Giudice delegato (ai sensi dell'art. 26 L.F.)

e quelli del Curatore e del Comitato dei creditori (ai sensi dell'art. 36 L.F.) possono essere reclamati dai singoli creditori e ciò apre ulteriormente la strada alla possibilità, sia pure indiretta, di contestare i provvedimenti con i quali, disponendosi i pagamenti, o liquidandosi il compenso, implicitamente il Curatore, il Giudice Delegato ed anche il Comitato dei creditori ritenessero di non contestare la collocazione del credito.

Se è contestabile, da parte del creditore, il riconoscimento della natura prededucibile effettuato dagli organi della procedura, deve, necessariamente, essere possibile che il creditore possa direttamente contestare la natura del credito.

Non sono indicate, però, le forme attraverso le quali la contestazione può avvenire nell'ipotesi in cui il credito non derivi da liquidazione dei compensi degli ausiliari della procedura (per la quale ipotesi è possibile proporre reclamo da parte di tutti gli interessati ai sensi dell'art. 26 L.F. trattandosi di atto che proviene dal Giudice Delegato).

Sembra possibile, però, fare richiamo al disposto dell'art. 36 L.F. che disciplina i reclami contro i provvedimenti di amministrazione del curatore ed anche dei relativi comportamenti omissivi; proposto reclamo ai sensi dell'art. 36, il Giudice Delegato deve limitarsi a prenderne atto, escludere l'ammissione diretta del credito, ed attendere l'apertura della fase di accertamento ai sensi degli art. 93 e ss. a cura del creditore contestato.

L'accertamento del credito nella procedura di liquidazione coatta amministrativa non segue le regole appena esposte per i fallimenti ma risente della prevalenza del ruolo del Liquidatore nominato dall'Autorità amministrativa rispetto a quello del Giudice.

Infatti, la formazione dello stato passivo (o meglio, dell'elenco dei creditori, come recita l'art. 209 L.F.) è di competenza del solo Commissario che ha l'onere di depositarlo in cancelleria.

I creditori esclusi o che abbiano visto solo in parte riconosciuto il loro credito possono, però, proporre opposizione secondo le forme previste degli

artt. 98 e 99 richiamati dall'art. 209 L.F.

Le norme sulla liquidazione coatta amministrativa, pur prevedendo espressamente l'ipotesi di insinuazioni tardive, non regolano chiaramente la fattispecie.

L'art. 209 L.F. rimanda, anche per le insinuazioni tardive, all'art. 101 (che prevede forme di accertamento del tutto simili a quelle previste per le insinuazioni tempestive e, quindi, la fissazione di una udienza innanzi al Giudice Delegato), ma l'applicazione diretta di tale norma determinerebbe un effetto perverso perchè l'ammissione non sarebbe disposta o rifiutata dal Commissario liquidatore a mezzo di emanazione di un atto amministrativo (Cass. 12 luglio 2012, n. 11838), come nel caso di insinuazione tempestiva, ma direttamente dal Giudice, con un provvedimento giurisdizionale che, invece, nel sistema della procedura di liquidazione coatta è previsto solo in caso di contestazione dei provvedimenti del Commissario.

Per tale ragione si ritiene che anche le tardive debbano essere esaminate in primo luogo dal Commissario (riproducendo nella sostanza lo stesso *iter* procedimentale previsto per l'insinuazione tempestiva richiamato dall'art. 101) e poi, solo in caso di mancato accoglimento, dal Giudice a seguito di opposizione.

Malgrado non manchino voci dottrinali contrarie, tale tesi è del tutto preferibile anche in ragione del fatto che ciò consente al creditore di evitare di dovere ricorrere alla tutela giurisdizionale (ed ai costi conseguenti) senza effettiva ragione, ancor prima che si sia espressa, in un qualunque senso, la volontà dell'organo amministrativo.

È doveroso tuttavia osservare che la legge bancaria, D.Lgs. 18 settembre 1993, n. 385 (che sottopone le banche insolventi alla procedura di liquidazione coatta amministrativa) regola all'art. 89 le insinuazioni tardive prevedendo che i creditori, non tempestivamente insinuati nella procedura, debbano proporre domanda al Tribunale del luogo ove la banca ha la sede; in altre parole per le tardive non è previsto un preliminare intervento del

Commissario ma direttamente la decisione del Giudice.

Altrettanto è previsto per gli enti finanziari in virtù del richiamo contenuto dall'art. 57 del D.Lgs. 24 febbraio 1998, n. 58 all'art. 89 della legge bancaria.

Anche il testo unico delle assicurazioni, D.Lgs. 7 settembre 2005, n. 209, all'art. 256 prevede che le insinuazioni tardive debbano essere disciplinate dagli artt. 98, 99 e 100 della legge fallimentare alla stregua, quindi, delle opposizione allo stato passivo.

Prevedere che sia onere del Commissario procedere, in un primo tempo, alla verifica dei crediti sorti successivamente al deposito del primo elenco (affidando al Tribunale solo l'eventuale successiva fase della contestazione) presuppone, inevitabilmente, il potere degli organi della procedura di integrare l'elenco dei creditori già depositato in Tribunale.

Malgrado il silenzio della legge e la mancanza di una specifica disposizione, non vi sono in realtà ostacoli a che l'organo amministrativo, secondo le medesime forme previste dalla legge, provveda ad integrare l'elenco dei creditori con l'indicazione di altri soggetti, non potendosi ritenere che il potere di accertamento del passivo della procedura debba considerarsi esaurito con il deposito del primo elenco.

La ragionevolezza di tale soluzione può essere apprezzata chiaramente proprio in relazione alle ipotesi di crediti in prededuzione che trovano origine nell'esercizio provvisorio (conclusi dopo il deposito dell'elenco dei creditori) apparendo del tutto incongruo che ciascun creditore debba instaurare un'onerosa procedura contenziosa per vedere accertati crediti che trovano ragione nelle scelte degli organi della procedura e rispondenza piena nelle sue scritture contabili.

Se si accoglie tale impostazione, inoltre, si individua agevolmente, nelle liquidazioni coatte, lo strumento attraverso il quale l'organo della procedura può contestare il credito che si assume avere carattere di prededuzione; infatti il Commissario, alla richiesta di inserimento nell'elenco dei creditori, potrà

semplicemente opporre un rifiuto (da comunicare all'interessato) rendendo, pertanto, necessaria la successiva fase giurisdizionale dell'opposizione; correlativamente, anche gli altri creditori, qualora volessero contestare l'ammissione, potrebbero proporre opposizione secondo il rito degli artt. 98 e 99 L.F.

Il pagamento dei creditori in prededuzione, nelle liquidazioni coatte può avvenire anche al di fuori dei piani di riparto, non solo applicando in via analogica il meccanismo dell'art. 111*bis* l.fall., ma direttamente facendo leva sul disposto dell'art. 212 che consente il pagamento di acconti parziali anche a favore di talune categorie di creditori con l'assenso dell'Autorità di vigilanza.