

LA GRADUAZIONE DEI CREDITI PREDEDUCIBILI: UN TENTATIVO DI SISTEMATIZZAZIONE

di ROBERTA MARINO e MARCO CARMINATI

(lo scritto è stato pubblicato in *Banca Borsa Titoli di Credito*
fasc. 5/2017 ed. Giuffrè)

Sommario: 1. La nuova fisionomia della prededuzione a seguito della Riforma della L.F. — 2. Operatività della prededuzione nell'ambito del successivo fallimento. Breve inquadramento della problematica. — 3. Criterio cronologico e funzionale: le principali questioni interpretative. — 3.1. *Segue*: Criterio cronologico e funzionale: una prima classificazione. — 4. Classificazione delle spese prededucibili secondo il grado di privilegio. — 5. Applicazione del criterio della graduazione: osservazioni critiche. — 6. Problematiche connesse al riconoscimento del giusto grado di privilegio: una ulteriore distorsione.

1. Nella precedente Legge Fallimentare l'art. 111 regolamentava l'ordine di distribuzione delle somme acquisite all'attivo fallimentare antepoendo, su tutte, il pagamento delle spese e dei debiti contratti per l'amministrazione del fallimento (comprese quelle anticipate dall'erario) e di quelle sostenute per la continuazione dell'esercizio d'impresa.

La vecchia disciplina contemplava esclusivamente l'insorgenza delle spese in prededuzione in ambito fallimentare con la conseguente esclusione di quelle sorte durante le procedure minori, ancorché antecedenti la declaratoria di fallimento.

Il legislatore, dunque, si limitava a definire genericamente

quali spese prededucibili quelle contratte durante l'amministrazione del fallimento (1).

Con riferimento ai pagamenti, operava unicamente il criterio della proporzionalità ossia il pagamento pro quota dei crediti prededucibili maturati, senza distinguere tra chirografari e privilegiati.

Inoltre, il credito prededucibile non era assoggettato alla fase di accertamento prevista invece ora al capo V della l. fall., segnatamente agli artt. da 92 a 103. Non si disciplinava né la fase dell'accertamento del credito, né quella del pagamento ma ci si limitava a stabilire che i prelevamenti per la soddisfazione dei crediti prededucibili dovessero essere determinati con decreto dal Giudice Delegato.

Per cui, fatta eccezione per i compensi maturati dai soggetti la cui opera era richiesta nell'interesse del fallimento (per i quali l'art. 25 l. fall. tuttora prevede esplicitamente il potere del Giudice Delegato di liquidare previa proposta del curatore e per i quali l'art. 26 l. fall. disciplina, altresì, il procedimento del reclamo avverso il decreto di liquidazione), il controllo ed il pagamento dei restanti crediti prededucibili erano deregolati e demandati alle determinazioni del Giudice (2).

Volendo brevemente ripercorrere l'*iter* normativo che ha delineato la nuova fisionomia dell'istituto, si ricorderà anzitutto che la riforma del 2006 ha introdotto una nozione di crediti prededucibili che ne ha ampliato la portata applicativa includendovi anche le spese sorte "in occasione" e "in funzione" di procedure

(1) Tra le numerose riflessioni sul tema, si v. in particolare PROVINCIALI, *Trattato di diritto fallimentare*, Milano, 1974, II; BONSIGNORI, *Fallimento*, in *Tratt. Galgano*, IX, Padova, 1986, 687; ALESSI, *I debiti di massa nelle procedure concorsuali*, Milano, 1987, 9 ss.; APICE, *Prededucibilità dei crediti sorti in pendenza di amministrazione controllata nel fallimento consecutivo*, in *Fallimento*, 1986, 650; BOZZA-SCHIAVON, *L'accertamento dei crediti nel fallimento e le cause di prelazione*, Milano, 1992; MARINUCCI, *I crediti prededucibili nel fallimento*, Padova, 1998; GIORGI, *Consecuzione di procedure concorsuali e prededucibilità dei crediti*, Milano, 1996; LO CASCIO, *Fallimento e le altre procedure concorsuali*, Milano, 1998, 723.

(2) L'art. 111, comma 2°, l. fall. stabiliva che il GD dovesse procedere sia alla autorizzazione che alla determinazione dei prelevamenti, indipendentemente dalla gestione finanziaria prospettica della procedura ed al di fuori dei procedimenti di riparto.

concorsuali (3).

Successivamente, al fine di incentivare l'erogazione di crediti volti a favorire il positivo esito della procedura di risanamento dell'impresa in crisi, ulteriore ampliamento del perimetro applicativo della prededuzione si è avuto col correttivo del 2010 (4) che ha introdotto l'art. 182-*quater*, l. fall. a norma del quale (al comma 1°) è riconosciuta la natura prededucibile ai crediti derivanti da finanziamenti effettuati da banche e intermediari finanziari in esecuzione di un concordato preventivo o di un accordo di ristrutturazione (5).

In seguito, con la legge 7 agosto 2012, n. 134 che ha convertito, con modificazioni, il d.l. 22 giugno 2012, n. 83 di modifica del comma 2° dell'art. 182-*quater*, l. fall. si sono parificati ai crediti, di cui al comma 1°, i crediti derivanti da finanziamenti erogati in funzione della presentazione della domanda di ammissione alla procedura di concordato preventivo o della domanda di omologazione dell'accordo di ristrutturazione dei debiti (6).

Ai sensi dell'ultimo comma del medesimo articolo, in deroga all'art. 2467 c.c. e 2497 c.c., la prededuzione è stata riconosciuta

(3) L'art. 111, comma 2°, l. fall. definisce 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. Per un commento RUGGERO, *Sub art. 111*, in *Il nuovo diritto fallimentare. Appendice di aggiornamento al d.lgs. 169/2007*, coordinato da Jorio e Fabiani, I, Bologna, 2008, 1833; BOGGIO, *I "tormenti" della prededuzione nel fallimento consecutivo dei crediti sorti in occasione e in funzione del concordato preventivo (anche alla luce del d.l. 23 dicembre 2013 n. 145 e del d.l. 24 giugno 2014 n. 9)*, in *Giur. it.*, 2014, 1653; NARDECCHIA, *Le correzioni alla disciplina del concordato preventivo*, in *Fallimento*, 2014, 389.

(4) Segnatamente il d.l. n. 78 del 2010 convertito con modificazioni dalla l. n. 122 del 2010. Avevano sollevato dubbi sulla legittimità costituzionale della previsione che limita la prededuzione ai soli finanziamenti provenienti da banche e intermediari: AMBROSINI-FONTANA, *Le novità in materia di soluzioni negoziate delle crisi d'impresa introdotte dalla l. 30 luglio 2010*, n. 122, in *www.ilcaso.it.*; STANGHELLINI, *Finanziamenti- ponte e finanziamenti alla ristrutturazione*, in *Fallimento*, 2010, 1346.

(5) In seguito, la legge 7 agosto 2012, n. 134 accogliendo i dubbi interpretativi sollevati dalla dottrina ha soppresso le parole: « da banche e intermediari finanziari iscritti negli elenchi di cui agli articoli 106 e 107 del decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385 » così facendo venir meno il rilievo della qualificazione soggettiva del finanziatore.

(6) A condizione che i finanziamenti siano previsti dal piano di cui all'articolo 160 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 che l'accordo sia omologato.

anche ai versamenti effettuati dai soci fino all'80% del loro ammontare, quando il finanziatore ha acquisito la qualità di socio in esecuzione di un concordato o di un accordo di ristrutturazione (7).

Ancora, il 182-*quinquies*, comma 1°, 1. fall. (8) che, a seguito della presentazione del ricorso al tribunale, consente al debitore di chiedere l'autorizzazione a contrarre finanziamenti, prededucibili ai sensi dell'articolo 111, 1. fall., se un professionista da lui designato (in possesso dei requisiti di cui all'articolo 67, comma 3°, lettera *d*), 1. fall.), verificato il complessivo fabbisogno finanziario dell'impresa sino all'omologazione, attesta che tali finanziamenti siano funzionali alla migliore soddisfazione dei creditori.

Da ultimo, a seguito della novella del 2015 (9) che all'art. 182-*quinquies*, 1. fall. ha aggiunto il comma 3°, si consente al debitore che ha presentato domanda di ammissione al concordato di chiedere al tribunale di essere autorizzato in via d'urgenza a contrarre finanziamenti, prededucibili ai sensi dell'articolo 111 1. fall., se funzionali a urgenti necessità relative all'esercizio dell'attività aziendale fino alla scadenza del termine fissato dal tribunale ai sensi dell'articolo 161, comma 6°, o all'udienza di omologazione di cui all'articolo 182-*bis*, comma 4°, 1. fall. o alla scadenza del termine di cui all'articolo 182-*bis*, comma 7°, 1. fall. (10).

Il quadro normativo di riferimento risulta di certo assai complesso, andando a modificare radicalmente l'istituto della prededuzione fallimentare.

Il legislatore, ponendosi in linea con la *ratio* di favorire il risanamento delle imprese in crisi (11), ha incentivato l'apporto di

(7) Più analiticamente si v. LO CASCIO, *Finanziamenti alle imprese in crisi: nuove garanzie alle banche*, in *Corr. giur.*, 2010, 1265 ss.

(8) Introdotto dal d.l. 83 del 2012 convertito con modificazioni in L. n. 134 del 2012. Successivamente, anche prima del deposito della documentazione di cui all'articolo 161, commi secondo e terzo.

(9) Comma aggiunto dall'art. 1 del d.l. 27 giugno 2015, n. 83, convertito, con modificazioni, dalla l. 6 agosto 2015, n. 132.

(10) Il ricorso deve specificare la destinazione dei finanziamenti che il debitore non è in grado di reperire altrimenti tali finanziamenti e che, in assenza di tali finanziamenti, deriverebbe un pregiudizio imminente ed irreparabile all'azienda.

(11) Al riguardo LO CASCIO, *La prededuzione nelle procedure concorsuali: vecchi e nuovi profili normativi ed interpretativi*, in *Fallimento*, 2015, 5; TARZIA, *Il variegato mosaico delle prededuzioni dopo gli ultimi intereventi del legislatore*, *ivi*, 2014, 756.

mezzi finanziari da parte di terzi assicurandone il rimborso in via preferenziale in caso di successivo fallimento.

Sicché dal *favor* del legislatore riformista verso le soluzioni negoziali della crisi d'impresa è discesa la prededucibilità dei crediti sorti nell'ambito di procedure concorsuali minori (12).

La prededucibilità di molteplici fattispecie di insorgenza di impegni finanziari nel concordato preventivo e negli accordi di ristrutturazione, unitamente alla retrodatazione dei termini di riferimento per la revocatoria fallimentare al momento del provvedimento di ammissione alle procedure minori (13), ha riaffermato in dottrina la valenza applicativa del principio della consecuzione. Secondo le interpretazioni più recenti, nell'ipotesi specifica di un concordato o di vari concordati cui succeda la dichiarazione di fallimento, il Tribunale dovrà valutare a posteriori se lo stato di crisi in base al quale era stata chiesta l'ammissione al concordato sia sfociato in "insolvenza" e conseguendone la dichiarazione di fallimento (14). In altri termini, il Tribunale, nel controllare ciascun singolo concordato che ha preceduto il fallimento, ne apprezzerà sia i profili cronologici che funzionali e quantitativi al fine di ravvisare se ognuna delle suddette procedure si pongano o meno in rapporto di continuità (15). Tali valutazioni muoveranno dal presupposto che la gestione dell'impresa nel periodo antecedente al fallimento è indirizzata sia al suo risanamento (concordato in continuità) sia a salvaguardarne il valore economico consentendone una più proficua liquidazione nell'interesse dei creditori (concordato liquidatorio). Anche i crediti contratti secondo quelle finalità (se rispondenti ai criteri di occasionalità e funzionalità) andranno soddisfatti in via

(12) Prima della Riforma, SANDULLI, *La tutela dei creditori nelle procedure concorsuali minori*, in *Dir. fall.*, 1990, I, 441; BONFATTI, *Procedure concorsuali minori e prededuzione*, in *Giur. comm.*, 1986, I, 857. Si veda pure PACCHI PESUCCI, *Concordato preventivo e prededuzione*, *ivi*, 1980, I, 575; BONSIGNORI, *Concordato preventivo*, in *Commentario Scialoja-Branca. Legge fall.*, 287.

(13) Così come previsto dal comma 2°, art. 69-*bis* l. fall., aggiunto dalla legge 7 agosto 2012, n. 134, che ha convertito, con modificazioni, il d.l. 22 giugno 2012, n. 83.

(14) Si v. PETRUCCO TOFFOLO, *Il procedimento di accertamento del passivo*, in *www.ilcaso.it*. Il quale sottolinea come l'espressione « occasionalità » sia « stata letta dai più come tale da recepire la teorica della consecuzione delle procedure, consentendo in particolare di trattare come prededucibili nel consecutivo fallimento i crediti sorti nel corso del concordato preventivo in epoca anteriore ».

(15) Si v. PAZZI, *L'infinito mondo della consecuzione fra procedure concorsuali*, in *Fallimento*, 2015, 29.

preferenziale rispetto agli altri in ragione della continuità tra le procedure, sì che la consecuzione delle procedure e la retrodatazione della sentenza di fallimento risaliranno alla procedura che si pone in tale rapporto di continuità (16).

2. Ulteriori dubbi interpretativi che l'introduzione delle nuove predeuzioni accordate dal legislatore hanno sollevato riguardano la configurabilità di una predeuzione endo-concordataria.

Evidentemente il tema può essere in questa sede solamente lambito, anche se sarà utile ai fini delle problematiche che di qui a breve si delinearanno in tema di riparto.

Ci limiteremo solo ad accennare che taluni interpreti hanno incentrato la propria analisi sul dato letterale, ponendo l'attenzione sui diversi significanti utilizzati dal legislatore nel tentativo di enucleare un sistema unitario valido per tutti i segmenti della concorsualità (17), distinguendo le fattispecie per le quali il legislatore prevede la prededucibilità “ai sensi” dell'art. 111 l. fall. (quali l'art. 161, comma 7°, l. fall. oppure l'art. 182-*quinquies*, l. fall.) da quelle per le quali la prededucibilità è prevista “ai sensi e per gli effetti” (si consideri l'art. 182-*quater*, l. fall. per i finanziamenti concessi in esecuzione del piano) (18). In quest'ottica, le prime fattispecie godrebbero della predeuzione endo-concordataria indipendentemente dal riconoscimento della prelazione anche in sede fallimentare, mentre le seconde godrebbero della predeuzione in ambito fallimentare.

(16) Al riguardo GIORGI, *Nuove norme in tema di crediti prededucibili e di ristrutturazione del debito*, in *Nuove leggi civ.*, 2011, 417 il quale ritiene che la predeuzione dei finanziamenti possa essere riconosciuta nell'ambito della sola procedura in funzione della quale il credito è sorto e non anche in quelle eventualmente consecutive. Sulla rilevanza del principio di consecuzione si è espressa Cass., 6 agosto 2010, n. 18437, in *Fallimento*, 2011, 30. In tal senso anche Cass., 16 aprile 2010, n. 6019, con nota di BOSTICCO, *È ancora attuale la consecuzione dei procedimenti nella nuova legge fallimentare?*, *ivi*, 2011, 30. In dottrina sul tema, si v., LO CASCIO (nt. 11), 8; Cfr. TARZIA (nt. 11) Al riguardo anche NOCERA, *Il principio della consecuzione di procedure: l'unitarietà dei procedimenti nel concordato preventivo e fallimento*, in *Dir. fall.*, 2012, I, 387. Prima della riforma sul tema, v. anche SAPIENZA, *Conversione e consecuzione dei procedimenti concorsuali*, Milano, 1959.

(17) Si v. D'AMORA, *La predeuzione nell'anno di grazia 2013*, in *www.oci.org*, 5.

(18) Al riguardo DIDONE, *La predeuzione dopo la L. n. 134 del 2012 (predeuzione “ai sensi” e “ai sensi e per gli effetti”*, in *Fallimento*, 2013, 913.

Altra dottrina ha sostenuto l'operatività della prededuzione già (o anche solo) in ambito concordatario, operando un distinguo tra prededuzione “di fatto” o “volontaria” con riferimento alla legittimazione del debitore a pagare integralmente e “prima di tutti” alcuni crediti previsti nel piano attestato ed omologato (19).

Si ritiene al contrario, prescindendo dalle interpretazioni su riferite, che solo in specifiche ed espresse ipotesi il legislatore abbia consentito il pagamento “prima di tutti” in sede concordataria di crediti, utilizzando in tal caso il termine “pagare” anziché “prededuzione” e abbia protetto il pagamento con l'esenzione da revocatoria di cui all'articolo 67 l. fall. Si allude alla previsione di cui all'art. 182- *quinquies*, commi 5° e 6°, l. fall. che, seppur nei termini ora descritti, costituirebbe a nostro avviso l'unica ipotesi di “prededuzione endoconcordataria” (20).

Ulteriore previsione da osservare da vicino è rappresentata dall'obbligo fissato dall'art. 163, comma 4°, l. fall. a carico del debitore di depositare nel termine non superiore a quindici giorni nella cancelleria del tribunale la somma che si presume necessaria per le spese della procedura. A bene vedere tali somme sono precostituite per un'esclusiva finalità e per ciò accantonate: esse, non rientrando in una massa attiva indistinta, determinerebbero più che una prededuzione (almeno da intendersi in senso stretto) una segregazione di parte dell'attivo al pagamento delle spese di procedura.

Pertanto, al di là delle fattispecie di pagamento autorizzato di crediti *ex art. 182-quinquies*, commi V e VI, l.fall.e di destinazione di una massa attiva al pagamento di spese della procedura, si ritiene che la prededuzione operi solo nel successivo fallimento.

Al riguardo, è utile rammentare che per prededuzione si intende comunemente la possibilità, accordata dalla legge, che il Curatore proceda al pagamento di taluni crediti “prima” e “al di

(19) Si v., *amplius*, COSENTINO, I crediti prededucibili nel concordato preventivo, in ww.ildirittodegliaffari.it.

(20) Conformemente a quanto osservato da BASSI, *L'illusione della prededuzione*, in *Giur. comm.*, 2011, 342. *Contra*, SILVESTRINI, *Sub art. 111*, in *La riforma della legge fallimentare*, Nigro - Sandulli (a cura di), I, Torino, 2006, 679 il quale ritiene che la qualificazione possa desumersi anche nel caso in cui la legge, pur non utilizzando il termine « prededuzione », assoggetti i debiti al regime giuridico corrispondente.

fuori” del concorso, cioè via via che essi giungono a scadenza, purché vi sia capienza di attivo (21). Come detto, salvo le due ipotesi prima descritte (in cui però la prededuzione assume un significato diverso da quello appena descritto), essa diviene operativa se ed in quanto consegua l'apertura del fallimento nel quale una massa attiva dovrà essere ripartita tra i creditori concorsuali secondo l'ordine stabilito dalla legge, dopo che siano soddisfatte le spese e i debiti della massa secondo i criteri della proporzionalità e della graduazione.

Diversamente, se si ritenesse configurabile una prededuzione endo-concordataria, indipendentemente dall'apertura del fallimento, si potrebbe giungere a indentificare impropriamente quale prededucibile anche l'ordinario pagamento di crediti previsti nell'ambito del piano di concordato approvato.

Per fare un esempio: si pensi al pagamento delle rate di un finanziamento concesso in esecuzione del piano, esse solo per la parte non soddisfatta in quell'ambito godranno della prededuzione in un eventuale successivo fallimento.

A sostegno di quanto appena affermato, si pensi all'ipotesi di concordato cui non consegua la dichiarazione di fallimento; in tal caso a tutela del credito insoddisfatto nel concordato, il creditore non potrà certo opporre la prededuzione nell'ambito di una esecuzione individuale (22).

Ciò detto, ci pare opportuno raggruppare i creditori del concordato preventivo in tre categorie: *a*) quelli antecedenti al deposito della domanda *ex art.* 160 l. fall., i cui crediti saranno soddisfatti secondo le modalità e percentuali previste dal piano approvato (vi dovrebbero rientrare anche i crediti riconosciuti “in funzione” della procedura minore nell'ambito del successivo fallimento per la quota non soddisfatta al momento della sua dichiarazione); *b*) i creditori sorti a seguito di concessione di finanziamenti in funzione o in esecuzione del piano o comunque autorizzati dal tribunale per necessità urgenti (di cui agli artt. 182-*quater* e 182-*quinquies* l. fall.) che saranno soddisfatti secondo il piano di rientro pattiziamente convenuto dalle parti, *c*) infine, i creditori commerciali sorti durante la continuazione dell'attività amministrativa del debitore successiva alla domanda

(21) Sul punto anche LO CASCIO, (nt.11), 7.

(22) Si rinvia anche alle considerazioni di SPADARO, *I crediti prededucibili*, in *Fallimento*, 2016, 996.

di concordato che saranno soddisfatti via via che giungono a scadenza.

È evidente che la prededucibilità (nel senso prima chiarito) per questi crediti non potrà che operare in occasione dell'eventuale successiva dichiarazione di fallimento del debitore, per la parte di essi che residuerà alla data della sentenza.

Segnatamente, le categorie *sub b-c* sono prededucibili per espressa previsione di legge, dunque la prededucibilità non è subordinata al controllo di funzionalità. Va ulteriormente specificato che la categoria *sub c*, come da espressa previsione legislativa, rientra nella prededucazione solo limitatamente ai crediti sorti nel periodo intercorrente tra la domanda di concordato ed il decreto di ammissione *ex art. 161, comma 7°*, l. fall. (23). Quanto ai crediti *sub a*) anteriori al concordato e non soddisfatti interamente in tale ambito, la prededucibilità sarà eventualmente riconosciuta in sede di verifica dei crediti *ex art. 95 l. fall.*, qualora venisse rilevata la “funzionalità” o “occasionalità” rispetto alle procedure minori. Ragion per cui la possibilità di opporre all'eventuale successivo fallimento i crediti sorti in funzione della procedura minore, e quindi originati in epoca antecedente (24), conformemente a quanto affermato dalla Suprema Corte (25),

(23) Al riguardo si è recentemente espresso Trib. Como, 8 marzo 2017 (decr.), in *www.ilcaso.it* affermando che i crediti per servizi e forniture (nel caso di specie informatiche) maturati dopo l'omologa del concordato non possono considerarsi *tout court* funzionali alla procedura in difetto di una loro espressa previsione nell'ambito dei cd. oneri concordatari (quelli necessari perché il concordato potesse trovare esecuzione) all'interno del piano originariamente proposto dalla società debitrice e poi sottoposto, unitamente alla proposta, all'approvazione dei creditori.

(24) Cfr. C. Cass., 3 ottobre 1983, n. 5753, in *Fallimento*, 1984, 691 con nota di CIAMPI, *Liquidazione dei compensi del concordato preventivo e collocazione dei relativi crediti nel conseguente fallimento*; e in *Giur. it.*, 1984, I, 806; Cass., 16 giugno 1994, n. 5821, in *Giust. civ.*, 1995, I, 469, con nota di FRANCO, *Osservazioni sulla questione di ammissibilità o meno della prededucazione e del pagamento con privilegio in relazione al credito del difensore del fallimento per spese ed onorari dovuti con riferimento alla fase di appello del giudizio di omologazione*; in *Fallimento*, 1995, 51, con nota di PATTI, *Ammissione allo stato passivo del fallimento consecutivo al concordato preventivo del credito del difensore*; in *Dir. fall.*, 1995, II, 346, con nota di RAGUSA MAGGIORE, *Il difensore del fallimento non ha diritto alla prededucazione*.

(25) In tal senso Cass., 5 marzo 2014, n. 5098, in *Giur. it.*, 2014, 1650 che ha affermato: «nell'ipotesi di rapporto consecutivo tra la procedura di concordato preventivo e quella di fallimento, il disposto dell'art. 111, comma 2°, l. fall. (post novella del 2006), consente di riconoscere, la prededucazione non soltanto ai crediti sorti in occasione, cioè durante il corso, delle procedure stesse, bensì anche a

sarà limitata a quei crediti che nel corso del procedimento di accertamento del passivo (*ex artt. 92 e seguenti l. fall.*) saranno stati considerati “strumentali” alla procedura minore non andata a buon fine.

Ciò detto, il problema che rimane sempre sullo sfondo attiene alla proliferazione di crediti in prededuzione il cui pagamento (per le ragioni evidenziate) avviene nel fallimento, sì da incidere negativamente sul rapporto tra la massa attiva e quella passiva. Per di più, l'aumento dei creditori della massa riduce le prospettive di rimborso dei creditori concorsuali (26).

Senonché è inevitabile rilevare che l'ampliamento della portata applicativa della prededuzione ha aperto diverse questioni che rendono indubbiamente l'istituto uno dei più controversi e, a tutt'oggi, in evoluzione.

Tra queste certamente assume rilievo l'applicazione del criterio della graduazione in relazione ai pagamenti di crediti prededucibili sorti nel concordato e di quelli sorti nel successivo fallimento, in assenza di una disciplina specifica. Il comma 5° dell'art. 111-*bis*, l. fall. stabilisce che “se l'attivo è insufficiente, la distribuzione deve avvenire secondo i criteri della graduazione e della proporzionalità, conformemente all'ordine assegnato dalla legge” (27).

Essendosi il legislatore limitato a operare un rinvio alle norme civilistiche, è evidente che all'interprete manca una disciplina positiva che individui una tassonomia di crediti che in concreto possa essere soddisfatti “prima” (allorquando divengano esigibili) o almeno prima dei creditori concorsuali, nonché una gerarchia tra gli stessi.

Occorrerà (anche in prospettiva *de jure condendo*) trovare una soluzione all'esigenza che tali pagamenti non determinino situazioni di squilibrio ed incoerenza tra i creditori della massa e tra questi ed i creditori concorsuali da cui potrebbero configurarsi

quelli sorti anteriormente anche “in occasione” delle altre procedure concorsuali precedenti, nel caso in cui risultino utili “in funzione” della procedura ».

(26) MIELE, *Sub art. 111*, in *La legge fallimentare, Commentario teorico e pratico*, a cura di M. Ferro, Padova, 2007, 872.

(27) DIMUNDO, *Il sistema della graduazione dei crediti nel concorso*, in *Fallimento*, 2008, 1019 ss.

ipotesi di responsabilità in capo agli organi della procedura. Problematica che, come osservato da autorevole dottrina (28), finisce col paralizzare i pagamenti allorquando il curatore ritenga incapiente la massa attiva.

Avviate queste prime riflessioni è ora il caso di procedere partendo dall'analisi delle diverse fattispecie che originano crediti in prededuzione, distinguendo tra quelli che sorgono in epoca precedente la procedura fallimentare da quelle che sorgono durante la procedura per poi procedere a un loro sistematizzazione.

3. Come noto la Riforma, accanto a una categoria di crediti prededucibili che sorge per espressa previsione di legge, ha introdotto una categoria “aperta”, individuabile secondo i criteri di “occasionalità” e “funzionalità” la cui sussistenza è rimessa alla verifica da parte del giudice secondo le modalità di cui all'art. 111 *bis* l. fall.

È bene precisare che per entrambe le categorie trattasi di crediti prededucibili di fonte legislativa, anche che se per la seconda (in “funzione” e/o “in occasione”) occorre una verifica del caso concreto. Ne consegue che il giudice esercita un controllo ancora più prestante sulla applicabilità della prededuzione, questione che ha fortemente animato il dibattito giurisprudenziale (29).

Ciò vale in particolar modo per l'applicazione del criterio teleologico (vedi *infra*), che necessita di una verifica giudiziale volta ad evitare di rimettere l'attribuzione della prededucibilità alla discrezionalità del debitore e degli altri organi fallimentari, compromettendo in tal guisa la massa dei creditori.

Più specificamente, il credito sorto in occasione e funzione delle procedure concorsuali assume subito il rango di prededucibile ma opera solo in un momento successivo, vale a dire solo se (in sede di accertamento del passivo) il Giudice Delegato ne verifichi la rispondenza ai suddetti criteri (30). Ciò ha dato luogo

(28) BASSI (nt. 20), 354.

(29) Per un'ampia disamina degli itinerari giurisprudenziali concernenti i crediti prededucibili si rinvia a SPADARO (nt. 22), 987.

(30) A precisarlo è la pronuncia della Cass., 5 marzo 2014, n. 5098, in *Giur. it.*, 2014, 1650 ss.

a interpretazioni diverse sia con riferimento alla valenza autonoma dei due criteri, sia con riferimento più specifico al controllo sulla funzionalità (31).

Secondo la dottrina, l'occasionalità è criterio cronologico che evidenzia il sorgere del credito nel corso della procedura concorsuale o comunque in relazione ad essa.

Diversamente, il criterio funzionale (o teleologico) riguarda i debiti contratti con una giustificazione finalistica collegata alla procedura concorsuale, come per esempio, si ritenevano prededucibili nel successivo fallimento anche i crediti sorti nel corso dell'amministrazione controllata, se posti in essere per assicurare la continuazione dell'esercizio dell'impresa debitrice e realizzare la finalità (il risanamento) perseguita (32).

La giurisprudenza, dal canto suo, ha sancito che i due criteri vanno considerati come autonomi e alternativi. Pertanto la funzionalità non costituisce criterio integrativo di quello cronologico ma è da considerarsi, anche da solo, causa di prededucibilità dei crediti. (33)

Anche il criterio cronologico opera da solo, sebbene la giurisprudenza abbia precisato che dal punto di vista oggettivo esso esprime un mero criterio temporale (il sorgere del credito durante una procedura) ma da solo rimarrebbe monco nel senso che va sempre soggettivamente integrato, dovendosi riferire all'attività degli organi della procedura. Restano per tale via esclusi, quand'anche sorti durante la procedura, i crediti riferiti all'attività del debitore che non siano funzionali alla procedura (si pensi ad esempio ai crediti sorti durante la gestione ordinaria dell'impresa da parte del debitore concordatario) (34).

(31) Per espressa previsione legislativa, nell'ambito della categoria di crediti prededucibili rientrano anche quelli sorti in "occasione" o in "funzione" delle procedure concorsuali, che costituisce categoria aperta e, al tempo stesso, residuale Trib. Arezzo, 5 aprile 2016 (decr.); Trib. Lodi, 20 gennaio 2017 (decr.), in *www.ilcaso.it*.

(32) *Amplius*, v. MIELE (nt. 26), 872.

(33) Sull'autonomia dei due criteri, v. Cass., 5 marzo 2012, n. 3402, in *Fallimento*, 2013, 123; Cass., 5 marzo 2014, n. 5098, in *Giur. it.*, 2014, 1650; Cass., 24 gennaio 2014, n. 1513, in *Giur. it.*, 2014, 1652.

(34) L'espressione "in funzione" è assimilata da taluna giurisprudenza alle equivalenti locuzioni "al fine di", "allo scopo di", "in vista di" per cui considera indispensabile la verifica circa la congruità e la utilità concreta della prestazione. Si v. per tutte Cass., 10 settembre 2014, n. 19013, in *Fallimento*, 2015, 1348. Sul punto anche App. Firenze, 18 marzo 2016 (decr.), in *www.ilcaso.it*.

L'operatività dei due criteri ha sollevato anche ulteriori questioni interpretative (35).

Le più controverse riguardano l'esegesi dell'espressione “in funzione di” che ha registrato differenti prese di posizione da parte della giurisprudenza, alcune volte troppo restrittive della disposizione generale di cui all'art. 111 l. fall.

In varie pronunce (36) si evidenzia la necessità di ravvisare un nesso funzionale tra le prestazioni o attività da cui tra origine il credito e la procedura concorsuale (37). In altre si ritiene invece ineludibile la verifica circa la congruità e le utilità concreta per la massa (38).

In altre ancora, tale necessità è rinnegata ritenendo che una simile lettura svuoterebbe ingiustificatamente la portata della norma. La Cassazione ha negato la necessità di una verifica della rispondenza agli interessi della massa, argomentando che essa non trova fondamento nel tenore letterale della norma. La Cassazione ha affermato, in realtà che gli interessi della massa sono protetti proprio dal favorire la restituzione (in quanto prededucibile) di un credito che ha reso possibile sostenere la procedura di risanamento (39).

3.1. A questo punto, volendo operare una classificazione delle principali voci di costo e di debiti della massa, occorrerà partire dai crediti qualificati come prededucibili da specifica disposizione di legge, per poi procedere ad individuare quelli sorti in occasione e in funzione (40).

Tra quelli sorti in ambito concordatario, rientrano gli atti di

(35) MORELLINI, *L'art. 182 quater l. fall.: novità e critiche*, in *Fallimento*, 2011, 898; VALENSISE, *Commento sub art. 182 quater*, in *La legge fallimentare dopo la riforma*, a cura di Nigro, Sandulli, Santoro, Torino, 2010, 2343. Si v. anche PISANI MASSAMORMILE, *La prededuzione ed i finanziamenti alle imprese in crisi*, in questa *Rivista*, I, 2015, 1.

(36) La prededucibilità, come affermato dalla Suprema Corte, sarà limitata soltanto a quei crediti che nel corso del procedimento di accertamento del passivo ex artt. 92 e seguenti l. fall. in quanto considerati “strumentali” alla procedura minore non andata a buon fine.

(37) SPADARO (nt. 22), 988.

(38) Cass., 5 marzo 2014, n. 5098, cit.

(39) Si v. Cass., 14 marzo 2014, n. 6031, in *Fallimento*, 2014, 516 con nota di VELLA, *L'enigmatico rapporto tra prededuzione e concordato preventivo*.

(40) Trib. Arezzo, 5 aprile 2016; Trib. di Lodi, 20 gennaio 2017, in *www.il-caso.it*.

ordinaria e di straordinaria amministrazione (quest'ultimi solo se autorizzati dal tribunale) posti in essere dal debitore successivamente al deposito della domanda di cui all'art. 161 l fall. e fino al decreto di ammissibilità di cui all'art. 163 l.fall. Trattasi ad esempio delle obbligazioni assunte per la continuazione dell'impresa ad opera del debitore concordatario.

Vi rientrano altresì i finanziamenti concessi al debitore in esecuzione o in funzione della domanda di concordato preventivo o degli accordi di ristrutturazione dei debiti (quest'ultimi se previsti dal piano e se la prededuzione è autorizzata dal tribunale) di cui all'art. 182-*quater*, l. fall.

Nonché i finanziamenti concessi al debitore, se autorizzati dal tribunale in quanto funzionali alla migliore soddisfazione dei creditori o a urgenti necessità relative all'esercizio dell'attività aziendale, di cui all'art. 182-*quinqüies*, l. fall.

Gli altri crediti sorti durante le procedure minori per essere considerati prededucibili dovranno rientrare nelle categorie di crediti sorti in “occasione” o in “funzione”.

Si è appena evidenziato che la giurisprudenza non ha assunto posizioni uniformi.

Volendo seguire l'orientamento che include tra i crediti sorti in “occasione” delle procedure concorsuali quelli originati nell'ambito della procedura (seguendo un criterio temporale) e tra i crediti sorti in “funzione” quelli originati prima della procedura concorsuale ma strumentali alla stessa (criterio teleologico) (41), si potranno includere tra i primi i finanziamenti in esecuzione del concordato, tra i secondi i crediti sorti antecedentemente se si pongano in rapporto di adeguatezza funzionale con le necessità risanatorie dell'impresa. Tra questi, secondo le interpretazioni della Cassazione, vi rientrerebbe il credito del professionista (anche dell'attestatore, successivamente all'abrogazione del comma 4° dell'art. 182 — *quater*, che ne riconosceva espressamente la prededucibilità) (42).

(41) Si rinvia alla nota 34.

(42) Il credito dell'attestatore, a seguito dell'abrogazione del comma 4° dell'art. 182-*quater* ad opera della l. 134 del 2012 di conversione del d.l. 83 del 2012, da credito prededucibile previsto “da specifica disposizione legislativa” è credito prededucibile in quanto sorto “in funzione” della procedura concorsuale. Sulla prededucibilità dei crediti dell'attestatore, ma in generale in riferimento a tutti i professionisti che abbiano svolto attività di assistenza e consulenza per la redazione e la presentazione della domanda di concordato, la C. di Cass. si è più volte

Seguendo invece l'orientamento che individua quali spese sorte “in occasione” quelle che sorgono per effetto naturale dell'apertura della procedura e che non arrecano necessariamente utilità ai creditori, vi rientreranno il compenso del commissario giudiziale, l'imposta di registro per il decreto di omologa del concordato preventivo (43); le spese dell'inventario, il compenso del curatore, le imposte maturate e le spese giudiziarie nell'ipotesi di fallimento (44).

Se per spese in “funzione”, invece, si intendono quelle finalizzate a favorire in concreto l'utilità per tutti i creditori vi rientreranno, ad esempio, la spesa relativa ad un contratto urgente

espressa riconoscendo “de plano” (vale a dire senza la valutazione *ex post* che la pretesa sia concretamente utile per la massa in ragione dei risultati raggiunti) la prededucibilità del relativo credito. Si v. per tutte Cass., 4 novembre 2015, n. 22450, in www.ilcodicedeconcordati.it. Per approfondimenti si rinvia a POTENZA, *La prededucibilità del credito dell'attestatore tra funzionalità e corretto adempimento*, in *Il Nuovo diritto delle società*, 2016, 45. Nonché, Cass., 6 febbraio 2015, in www.ilcaso.it che ha affermato che «i crediti del professionista derivanti dall'attività di consulenza ed assistenza prestata al debitore ammesso al concordato preventivo per la redazione e la presentazione della relativa domanda sono prededucibili nel fallimento consecutivo, ai sensi del novellato art. 111, comma 2°, l. fall., il quale detta un precetto di carattere generale che, per favorire il ricorso a forme di soluzione concordata della crisi d'impresa, ha introdotto un'eccezione al principio della par condicio ed ha esteso la prededucibilità a tutti i crediti sorti in funzione di precedenti procedure concorsuali (Cass., 8533/013, 1513/014, 8958/014), fra i quali il credito del professionista rientra de plano (Cass. nn. 5098/014, 19013/014), senza che debba verificarsi il “risultato” delle prestazioni (certamente strumentali all'accesso alla procedura minore) da questi svolte, ovvero la loro concreta utilità per la massa. La lettura dell'art. 111, comma 2°, l. fall. secondo cui, ai fini dell'ammissione in prededuzione, la nozione di funzionalità implicherebbe comunque la valutazione dell'inerenza delle prestazioni alle necessità risanatorie dell'impresa ed all'esistenza di un vantaggio per i creditori, finirebbe con lo svuotare la norma di significato, atteso che dalla sopravvenuta dichiarazione di fallimento si dovrebbe necessariamente presumere la mancanza di utilità per la massa di attività svolte in funzione dell'ammissione al concordato preventivo e ricondurrebbe la fattispecie entro i medesimi ambiti interpretativi ed applicativi cui, proprio per l'assenza di un'espressa previsione regolatrice, sottostava nel vigore della precedente disciplina». Si v. CIERVO, *Prededucibilità dei crediti sorti “in funzione” della procedura concorsuale (nota a Cass., 8 aprile 2013, n. 8533)*, in *Giur. comm.*, 2013, II, 781 ss. Sul tema recentemente, MACAGNO, *La S.C. conferma la prededucibilità de plano dei crediti dei professionisti per le attività finalizzate all'apertura del concordato, ma all'orizzonte si prospetta una nuova stretta normativa*, in *Fallimento*, 2017, 402.

(43) Al riguardo SPADARO, *La prededucibilità dei crediti in funzione di una procedura minore nel fallimento consecutivo: tra adeguatezza funzionale e utilità per i creditori*, in *Fallimento*, 2014, 537.

(44) Per un'ampia ricognizione delle diverse posizioni della dottrina si v. ancora LO CASCIO (nt. 11), 10.

autorizzato dal tribunale nell'ambito del concordato preventivo, oppure le spese legali necessarie per l'avvio di un'azione revocatoria da parte del curatore, nel caso del fallimento (45).

Altra giurisprudenza ha affermato che mentre per crediti sorti “in occasione” si dovrebbero intendere quelli contratti senza il consenso della volontà degli organi, in quanto consequenziali alla dichiarazione di fallimento (quali le spese d'inventario, il contributo unificato ecc.), i crediti “in funzione” sarebbero riferibili a rapporti giuridici voluti dagli organi delle procedure e sotto il controllo dei medesimi (46).

Anche tra i crediti prededucibili sorti nell'ambito della procedura fallimentare si possono distinguere quelli previsti da specifiche norme da quelli sorti “in occasione” o “in funzione” della procedura fallimentare.

Tra i primi possiamo annoverare: il credito del mandatario nei confronti del curatore che è subentrato nel contratto di mandato (art. 78 l. fall.); l'indennizzo da corrispondere al locatario dell'azienda nel caso di non subentro del curatore (art. 79 l. fall.); il credito del locatore per il recesso anticipato esercitato dal curatore a norma dell'art. 80 l. fall. (in tal caso il legislatore, riconosce specificatamente il privilegio *ex art. 2764 c.c.*); i crediti sorti nel corso dell'esercizio provvisorio disposto dal tribunale o su autorizzazione del G.D. (art. 104 l. fall.).

Tra i crediti sorti “in occasione” (o criterio temporale) vi rientrerebbero tutti quelli direttamente connessi alla declaratoria di fallimento, tra i quali il contributo unificato per le spese di pubblicità e registrazione della sentenza; come anticipato il compenso del cancelliere per le operazioni d'inventario; il compenso del curatore; le imposte maturate dopo il fallimento.

Tra i crediti sorti nell'ambito della procedura a seguito di scelte gestionali e di opportunità adottate dagli organi fallimentari, dunque “in funzione”, si annoverano invece il compenso del legale per l'avvio di un'azione di responsabilità nei confronti degli amministratori o di un'azione di recupero crediti; l'imposta di registro solidale relativa ad una sentenza emessa a compimento di un giudizio avviato dalla curatela; i compensi del CTU eventualmente nominati; le prestazioni professionali dello stimatore

(45) Sul punto BONFATTI-CENSONI, *Manuale di diritto fallimentare*, Padova, 2009, 403. Cfr. FABIANI, *Diritto fallimentare*, Bologna, 2011, 479.

(46) Trib. Arezzo, 5 aprile 2016, cit.

dell'azienda o di beni acquisiti in sede d'inventario; la condanna alle spese nell'ambito di un giudizio conclusosi in senso sfavorevole.

4. A questo punto della trattazione procediamo ad integrare il criterio della proporzionalità con quello della graduazione dei debiti della massa introdotto dal comma 5° dell'art. 111 *bis.*, 1. fall. (47).

In caso di attivo insufficiente i crediti prededucibili dovranno essere classificati in chirografari e privilegiati a seconda della causa del credito e, in quanto privilegiati, essere ordinati secondo le regole di cui all'art. 2777 c.c.

Mancando nell'art. 111-*bis* 1.fall. un rinvio specifico, si ritiene non applicabile anche ai creditori prededucibili privilegiati la norma di cui all'art. 54, comma 3°, 1. fall. prevista invece per i creditori concorsuali che estende la prelazione agli interessi maturati fino alla data di deposito del progetto di riparto .

Su tale snodo vengono in rilievo talune questioni applicative particolarmente delicate.

Senza alcuna pretesa di completezza, ponendo mente alla gerarchia dei privilegi mobiliari di cui agli artt. 2777-2778 c.c., occorre in primo luogo individuare le principali voci di spesa in prededucazione in ambito fallimentare che potrebbero così classificarsi:

— *Crediti per spese di giustizia* (art. 2755 c.c.): Rientrerebbe in tale categoria il compenso e le spese anticipate del curatore, il compenso del cancelliere per le operazioni d'inventario, il contributo unificato per la registrazione e pubblicità della sentenza di fallimento. Riteniamo che rientri in tale categoria anche il compenso del commissario giudiziale liquidato per l'attività svolta nell'ambito del concordato preventivo precedente il fallimento per la parte non soddisfatta con il fondo spese costituito ai sensi dell'art. 163, comma 4°, 1. fall. Ciò in quanto, al pari del curatore, si tratta di un organo di nomina giudiziale la cui opera è svolta in favore di tutti i creditori e per la liquidazione del cui compenso si applica il medesimo D.M. 30/ 2012.

— *Crediti dei lavoratori subordinati* (art. 2751-bis n. 1):

(47) Il comma 5°, art. 111-*bis*, 1. fall. recita: « se l'attivo è insufficiente, la distribuzione deve avvenire secondo i criteri della graduazione e della proporzionalità, conformemente all'ordine assegnato dalla legge ».

Trattasi dei salari e stipendi da corrispondere ai dipendenti impiegati nell'eventuale esercizio provvisorio autorizzato nell'ipotesi in cui l'interruzione dell'attività d'impresa del debitore dichiarato fallito comprometta seriamente il valore dell'attivo realizzabile.

— *Crediti dei professionisti (art. 2751-bis n. 2)*: In questa categoria rientrerebbero i compensi dei professionisti incaricati dalla Curatela per le azioni giudiziali avviate o proseguite o per prestazioni professionali (consulente del lavoro, commercialista, tecnico estimatore ecc.). Vi rientrano anche eventuali CTP nominati per la prosecuzione di un giudizio in cui è parte la procedura. Vi rientrerebbe anche il compenso del CTU nominato in tali giudizi, qualora posto a carico del fallimento in quanto soccombente.

— *Crediti per provvigioni, del coltivatore diretto, dell'impresa artigiana (art. 2751-bis n. 3, 4, 5)*: Ipotesi remota legata all'eventuale esercizio provvisorio autorizzato;

— *Crediti per contributi previdenziali relativi a rapporti di lavoro (art. 2753 c.c.)*: Vi rientrerebbero i contributi per i dipendenti assunti nell'ambito di un esercizio provvisorio.

— *Crediti per tributi diretti ed indiretti (artt. 2758-2759 c.c.)*: Trattasi dei crediti dello Stato per tributi indiretti che per disposizione di legge hanno privilegio mobiliare speciale. Vi rientrano ad esempio l'imposta di successione (48), o l'I.R.A.P. maturata negli ultimi due anni dell'esercizio provvisorio. Per quest'ultima imposta il privilegio si esercita sui beni mobili funzionali all'esercizio dell'impresa (49).

Rientrano in tale categoria anche il credito del cedente o prestatore nei confronti del cessionario o committente per rivalsa Iva. Il privilegio si esercita sui beni oggetto della cessione o prestazione.

(48) Nell'ipotesi specifica in cui il fallito assuma la qualità di erede successivamente alla dichiarazione di fallimento. In tal caso ove il curatore valutasse l'opportunità di accettare l'eredità, le imposte di successione essendo riferite ad attività acquisite all'attivo fallimentare, sono da intendersi in prededuzione *ex art. 111 l. fall.*

(49) Come previsto dalla legislazione tributaria vigente nel caso di esercizio provvisorio il reddito prodotto annualmente dall'attività d'impresa sarà assoggettato esclusivamente ai fini Irap, considerato che ai fini Irpef/Ires la tassazione è quella ordinaria prevista per l'intero periodo fallimentare di cui all'art. 183 T.U..I.R. Sul punto vedasi “*L'esercizio provvisorio dell'impresa nel fallimento (art. 104 L.F.)*”, in *Quaderni del CNDEC*, maggio 2016.

— *Crediti pari al 50% degli accessori sui crediti per contributi presenziali relativi ai rapporti di*

lavoro (art. 2754 c.c.): Si tratta di voci strettamente legate all'ipotesi di assunzione di dipendenti nell'ambito dell'esercizio provvisorio.

— *Crediti del locatore (art. 2764 c.c.):* Il credito del locatore per l'ipotesi contemplata dall'art. 80 L.F. cui espressamente il legislatore attribuisce un grado di privilegio.

— *Crediti per tributi diretti, indiretti e locali (art. 2752 c.c.):* Trattasi delle imposte dirette ed indirette maturate nell'ambito della procedura che non rientrano nelle fattispecie di cui ai punti precedenti.

— *Altri crediti classificati prededucibili che non godono di privilegio.*

Quanto ai privilegi immobiliari (occorre far riferimento al combinato disposto di cui agli artt. 2748-2777-2780 c.c.)

— *Crediti per spese di giustizia (art. 2770 c.c.):* Rientrerebbero in tale categoria il compenso e le spese anticipate del curatore, il compenso del cancelliere per le operazioni d'inventario, il contributo unificato per la registrazione e pubblicità della sentenza di fallimento, proporzionalmente all'attivo immobiliare realizzato rispetto al totale attivo.

Vi rientrerebbero, inoltre, le spese sostenute per la conservazione e vendita forzata dell'immobile, indipendentemente se avvenuta in sede concorsuale o di esecuzione individuale: il compenso del professionista delegato alla vendita (se nominato), il compenso del legale nominato per l'intervento nella procedura esecutiva individuale, il compenso del legale nominato per il giudizio di divisione della quota immobiliare del fallito, il compenso del CTU, il compenso del Notaio per la redazione della relazione ventennale, le eventuali spese di manutenzione resesi necessarie per la conservazione dell'immobile, ecc.

— *Crediti per contributi per opere di bonifica e miglioramento di cui all'art. 2775 c.c.*

— *Crediti dello Stato per le concessioni di acque, di cui all'art. 2774 c.c.*

— *Crediti per tributi indiretti dello Stato, indicati dall'art. 2772 c.c.:* in tale categoria i tributi indiretti dello Stato che gravano sull'immobile oggetto di vendita: imposta di registro, ipotecaria e catastale, Iva, successione.

In particolare è interessante evidenziare che, ai sensi del combinato disposto degli artt. 2780-2772-2778-2752 c.c., non rientrerebbe in tale categoria l'IMU maturata durante il fallimento, tenuto conto che la stessa gode del privilegio mobiliare *ex art. 2752 c.c.* (50).

Ciò determina, ad avviso di chi scrive, che il credito IMU dovrà essere soddisfatto prudenzialmente dal Curatore in fase di riparto finale o almeno dopo il pagamento dei crediti prededucibili con grado anteriore (ossia quelli con privilegio immobiliare) e non, come accade sovente nella prassi, non appena si realizza attivo dalla vendita dell'immobile in ambito fallimentare. Prassi avallata dalla stessa normativa tributaria che fissa a carico del curatore il termine di tre mesi dal decreto di trasferimento per procedere al pagamento dell'Imu (maturata nel fallimento), ponendosi in evidente contrasto con la graduazione delle spese prededucibili (51).

— *Crediti del promissorio acquirente per mancata esecuzione dei contratti preliminari.*

— *Credito ipotecario:* Rientrerebbero in questa fattispecie prevalentemente le ipotesi di concessione di nuova finanza “in esecuzione” o “in funzione” del concordato preventivo o degli accordi di ristrutturazione disciplinate dagli artt. 182-*quater* e segg. 1. fall., quando a garanzia del finanziamento sia stata iscritta ipoteca su beni del debitore.

5. La graduazione delle spese in prededuzione ha ulteriormente complicato il quadro interpretativo, soprattutto laddove il Curatore ravvisasse il rischio di incapienza della massa attiva, poiché andranno graduati i pagamenti dei crediti sorti in procedure minori e crediti sorti durante la gestione fallimentare.

(50) Sulle criticità di tali previsioni normative la Fondazione Nazionale dei Commercialisti ha pubblicato recentemente il documento “*Le ulteriori proposte dei commercialisti in materia di « crisi d'impresa »*” contenente le osservazioni presentate alla Commissione Rordorf dal Consiglio nazionale dei dottori commercialisti e degli esperti contabili (“Il contributo del CNDEC alla riforma della crisi d'impresa. Profili tributari”) in cui si propone l'abrogazione dell'art. 2752, comma 1°, c.c., nella parte in cui ha esteso il privilegio mobiliare alle sanzioni tributarie. È, inoltre, proposta la previsione di un privilegio immobiliare, ai sensi dell'art. 2772 c.c., per il tributo immobiliare comunale (IMU e l'imposta che andrà a sostituirla), così come stabilito in passato per l'INVIM.

(51) Il comma 7° dell'art. 9, d.lgs. n. 23/2011 rinvia espressamente sul punto alla disciplina ICI di cui all'art. 10, comma 6°, d.lgs. n. 504/1992.

Certamente non ha giovato l'introduzione della previsione di prededucibilità (nell'eventuale successivo fallimento) dei crediti derivanti da nuova finanza in favore del debitore in crisi che rende ancor più concreto il rischio che l'attivo realizzabile sia inferiore alle spese in prededuzione maturate e maturande alla data della sentenza di fallimento.

In questo quadro non si può non registrare che, in assenza di apposite previsioni testuali, l'attribuzione del grado attribuito a ciascuna fattispecie generatrice di spese in prededuzione potrebbe determinare situazioni di iniquità tra i diversi creditori della massa.

Unica eccezione a tale carenza normativa è rappresentata dall'art. 80 ultimo comma l. fall. in cui è stabilito: « il credito per l'indennizzo è soddisfatto in prededuzione ai sensi dell'articolo 111, n. 1 con il privilegio dell'articolo 2764 del codice civile ».

Nelle altre ipotesi l'assenza di previsioni testuali rischia in concreto di lasciare i creditori insoddisfatti. Si consideri, ad esempio, il caso di un istituto finanziario che abbia concesso una linea di credito, solitamente garantita con fideiussione prestata da terzi, in favore del debitore concordatario. Ebbene, nel caso di attivo realizzato nel successivo fallimento insufficiente a soddisfare integralmente i crediti pre-deducibili, il rimborso del relativo credito rischierà di restare parzialmente o totalmente insoddisfatto proprio in quanto, sebbene protetto dalle norme di cui all'art. 182-*quater*, sarebbe chirografario non godendo di alcun grado di privilegio.

Altro esempio di criticità potrebbe riguardare l'ipotesi del compenso del commissario giudiziale non soddisfatto, in tutto o in parte, in ambito concordatario. Il relativo credito concorrerà con pari grado (*spese di giustizia - I grado*) con il compenso del curatore nell'ambito del successivo fallimento. In tal caso si potrebbe correre il rischio concreto che già all'epoca dell'apertura della procedura l'attivo realizzabile non sia in grado di soddisfare tutti i crediti pre-deducibili (tra cui il compenso maturando del Curatore se non ponendolo a debito dell'erario). Difatti, tale compenso assorbirebbe una percentuale elevata delle spese in prededuzione maturande.

Ancora, nel caso di esercizio provvisorio autorizzato *ex art.* 104 l. fall., i crediti per la fornitura di beni e servizi necessari

alla continuazione dell'attività (che via via matureranno) non godranno di alcuna via preferenziale rispetto ai crediti sorti durante la procedura fallimentare (o minore), se non nei limiti di quanto previsto dalla disciplina codicistica.

Cosicché il rischio prospettico è che il fornitore di merce o di servizio essenziale (energia elettrica, acqua ecc.), potrebbe essere legittimamente soddisfatto dal Curatore solo dopo il pagamento del professionista nominato per l'avvio di un'azione giudiziale o dopo il pagamento degli oneri fiscali maturati durante la procedura (es. imposta per la registrazione di una sentenza).

I casi portati ad esempio costituiscono pertanto un monito per il Curatore e gli organi fallimentari ad una gestione prudente delle spese “in funzione”, volta ad evitare di assumere impegni che potrebbero non essere soddisfatti in tutto o in parte, col rischio di incidere anche sulle modalità di gestione della procedura (52).

Un esempio di tale condotta è costituito dall'istanza di revocatoria *ex art. 67 l. fall.* di un pagamento effettuato dal fallito che dovrebbe essere il frutto di una valutazione di opportunità da parte del curatore, nella ragionevole prospettiva di accoglimento. L'esito opposto, difatti, genererebbe solo una spesa in prededuzione per compenso professionale che potrebbe non essere soddisfatta alla luce di quanto detto. L'ipotesi si concretizza nel caso di attivo fallimentare realizzato esclusivamente dalla vendita di un immobile oggetto di ipoteca. Qui il rischio di lasciare il creditore insoddisfatto è assai concreto in quanto dalla massa attiva immobiliare sono decurtate le spese sorte in occasione della procedura e quelle strettamente sostenute per realizzare l'attivo (c.t.u., pubblicità legale, spese notarili ecc.) e, trovando applicazione la regola di cui all'*art. 111-bis, comma 3°, l. fall.*, l'intera parte residua andrà destinata al pagamento del creditore concorsuale ipotecario (53).

Invero, il problema potrebbe essere aggirato invocando la disposizione di cui all'*art. 144 t.u.S.G.*, che ammette al patrocinio a spese dello Stato, ove ricorra il presupposto dell'insufficienza di fondi per il sostenimento delle spese relative al giudizio che si intende instaurare.

(52) Sul punto esaurientemente ancora BASSI (nt. 20), 345.

(53) Sul punto di veda BALESTRA, *Brevi note sui crediti prededucibili e crediti ipotecari e pignorati*, in *Fallimento*, 2017, 5.

Certamente non può che ammettersi che l'effetto sarebbe distorsivo in quanto finirebbe per addossare il rischio dell'incapienza dell'attivo allo Stato!

6. L'introduzione del criterio della graduazione ha avuto riflessi sulle modalità di gestione finanziaria della procedura da parte degli organi preposti, comportando inevitabilmente delle ricadute sul piano procedurale.

Al riguardo la dottrina si è opportunamente domandata quale sia la sede in cui verificare la graduazione (54).

Nel tentativo di dare una risposta è bene ribadire che il Curatore, alla luce di quanto disposto dall'art. 111-*bis*, comma 4°, 1. fall., al fine di evitare di incorrere in eventuali responsabilità dovrà essere certo della consistenza dei crediti prededucibili, nonché dell'attivo prospettico, prima di procedere al pagamento di quelli tra essi liquidi ed esigibili. Il che, come per ogni attività previsionale, risulta non sempre agevole e probabilmente indurrà l'organo gestorio a rinviare (legittimamente) il pagamento dei crediti fino ad includerli nel progetto di riparto finale.

Orbene, l'atteggiamento prudenziale che il Curatore riterrà di assumere nel riparto delle somme disponibili si pone in contrasto con il disposto dell'art. 110 1. fall. (55) la cui ratio è certamente

(54) A domandarselo è BASSI (nt. 20), 346.

(55) Il comma 1°, modificato in parte dalla l. 30 giugno 2016, n. 119 di conversione del d.l. 3 maggio 2016, n. 59 stabilisce: « il curatore, ogni quattro mesi a partire dalla data del decreto previsto dall'articolo 97 o nel diverso termine stabilito dal giudice delegato, presenta un prospetto delle somme disponibili ed un progetto di ripartizione delle medesime, riservate quelle occorrenti per la procedura. Nel progetto sono collocati anche i crediti per i quali non si applica il divieto di azioni esecutive e cautelari di cui all'articolo 51. Nel caso in cui siano in corso giudizi di cui all'art. 98, il curatore, nel progetto di ripartizione di cui al presente comma, indica, per ciascun creditore, le somme immediatamente ripartibili nonché le somme ripartibili soltanto previo rilascio in favore della procedura di una fideiussione autonoma, irrevocabile e a prima richiesta, rilasciata da uno dei soggetti di cui all'art. 574, primo comma, secondo periodo, del codice di procedura civile, idonea a garantire la restituzione alla procedura delle somme che risultino ripartite in eccesso, anche in forza di provvedimenti provvisoriamente esecutivi resi nell'ambito dei giudizi di cui all'art. 98, oltre agli interessi, al tasso applicato dalla Banca centrale europea alle sue più recenti operazioni di rifinanziamento principali, a decorrere dal pagamento e sino all'effettiva restituzione. Le disposizioni del periodo precedente si applicano anche ai creditori che avrebbero diritto alla ripartizione delle somme ricavate nel caso in cui risulti insussistente, in tutto o in parte, il credito avente diritto all'accantonamento ovvero oggetto di controversia a norma dell'art. 98 ».

quella di spronare gli organi della procedura a procedere alla ripartizione delle somme, via via che vengono acquisite all'attivo (56).

D'altro canto, il legislatore della Riforma, consapevole del possibile rischio di incapienza dell'attivo fallimentare a soddisfare interamente le spese prededucibili e nel rispetto della loro graduazione, ha riconosciuto ai creditori prededucibili non ancora soddisfatti la possibilità di opporsi sia al rendiconto della gestione *ex art. 116 l. fall.*, sia al piano di riparto *ex art. 117 l. fall.* previamente comunicatogli (57). I creditori potranno impugnare l'approvazione del rendiconto finale del Curatore e/o del piano di riparto finale delle somme disponibili anche per contestare un'eventuale erronea attribuzione di gradi di privilegio al credito vantato (58).

Si badi bene che ai fini del riconoscimento del giusto grado di privilegio il creditore dovrà, ai sensi dell'art. 111- *bis*, comma 1°, L.F. individuare e richiedere nella propria istanza di liquidazione o nella propria domanda di ammissione al passivo, al pari dei creditori concorsuali, uno specifico grado di privilegio in osservanza del principio della corrispondenza tra il chiesto ed il pronunciato.

Alla domanda dinanzi posta, a questo punto, è corretto rispondere che l'onere di accertare il grado di privilegio spetta innanzitutto agli stessi creditori?

Anche in ciò si ravvisa una distorsione che imporrebbe al legislatore un'adeguata regolamentazione.

Forse è in tale ottica, o per lo meno questo è l'auspicio, che

(56) Onere sanzionato con la revoca del Curatore ai sensi dell'art. 104-*ter*, u.c., l. fall.

(57) Mentre per il rendiconto *ex art. 116 l. fall.* l'obbligo di comunicazione è esplicitamente indicato nella norma, nel caso del piano di riparto l'obbligo si desume dall'interpretazione del testo dell'art. 111- *bis*.

(58) Secondo Cass., 14 Gennaio 2016, n. 525, in *www.ilcaso.it*: « in sede di ripartizione dell'attivo fallimentare, il giudice delegato deve normalmente limitarsi a risolvere le questioni relative alla graduatoria dei privilegi ed alla collocazione dei crediti, mentre non può apportare modifiche allo stato passivo, impugnabile solo nelle forme previste dalla legge; può, tuttavia, procedere all'esclusione di un credito già ammesso al concorso laddove il curatore faccia valere un fatto estintivo dello stesso (nella specie, l'integrale soddisfazione del creditore intervenuta in sede extrafallimentare da parte dei coobbligati in solido del fallito) sopravvenuto alla dichiarazione di esecutività dello stato passivo e, dunque, nuovo e posteriore rispetto al giudicato endofallimentare ». In tal senso anche Cass civ, 20 gennaio 2015, in *www.ilcaso.it*.

vanno interpretate le linee generali del disegno legge delega “*Delega al Governo per la riforma delle discipline della crisi di impresa e dell'insolvenza*” approvato dalla Camera dei deputati il 1° febbraio 2017 e attualmente all'esame del Senato (d.d.l. S 2681) (su progetto elaborato dalla Commissione Rordorf), ove, da un lato, al punto *i*) dell'art. 2 si prevede il contenimento delle ipotesi di prededuzione, al fine di evitare che il pagamento dei crediti prededucibili assorba in misura rilevante l'attivo delle procedure, e dall'altro all'art. 10 in cui si prevede la revisione del sistema dei privilegi (59).

(59) Si v. DE SANTIS, *Il processo uniforme per l'accesso alle procedure concorsuali*, in *Fallimento*, 2016, 1045; ARATO, *La riforma organica delle procedure concorsuali nel disegno di legge delega elaborato dalla Commissione Rordorf*, in CAGNASSO- PANZANI (a cura di), *Crisi d'impresa e procedure concorsuali*, III, Milano, 2016, 2527.