



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI MILANO
FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA

Facoltà di Giurisprudenza
Corso di Laurea Magistrale a ciclo unico in Giurisprudenza

**I CREDITI PREDEDUCIBILI NEL FALLIMENTO E NELLA
LIQUIDAZIONE GIUDIZIALE**

Relatore:

Chiar.mo Prof. Angelo CASTAGNOLA

Correlatore:

Dott. Giuseppe BATTAGLIA

Tesi di Laurea di:

Federica Moro Visconti

Matricola n. 894984

Anno Accademico 2020/2021

*A tutte le persone
che mi hanno accompagnata
lungo il mio percorso di studi.*

INDICE

INTRODUZIONE	III
---------------------------	------------

CAPITOLO I

NASCITA ED EVOLUZIONE DELL'ISTITUTO DELLA PREDEDUZIONE

1. Un primo sguardo all'istituto della prededuzione.....	1
2. La prededuzione <i>ante</i> 2006.....	3
3. La prededuzione all'indomani della riforma della legge fallimentare.	9
4. Le novità del d.l. 78/2010: nuovo articolo 182 <i>quater</i> l. fall.	15
4.1. Il problema di coordinamento tra l'articolo 182 <i>quater</i> l. fall. e l'articolo 111 l. fall.....	22
4.2. La configurabilità ed il senso della prededuzione “interna” al concordato o all'accordo di ristrutturazione.....	26
5. Il d.l. 83/2012, convertito nella l. 134/2012: nuove ipotesi di prededuzione.....	29
6. Il d.l. 145/2013, convertito nella l. 9/2014: interpretazione autentica della norma contenuta nell'articolo 111, comma 2, l. fall.....	37
7. Una prima panoramica sull'istituto della prededuzione nel nuovo Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza.	42

CAPITOLO II

DEFINIZIONE, COLLOCAZIONE SISTEMATICA E FUNZIONE DELL'ISTITUTO

1. Definizione (semantica) dell'istituto e attuale “definizione” di crediti prededucibili nella legge fallimentare: l'articolo 111, comma 2, l. fall.....	48
2. (Segue) I crediti prededucibili <i>ex lege</i>	51

3. (Segue) I crediti prededucibili “in occasione o in funzione”.	52
4. (Segue) I crediti prededucibili “in occasione”.	58
5. (Segue) I crediti prededucibili “in funzione”.	63
6. (Segue) I crediti prededucibili sorti in occasione o in funzione “delle procedure concorsuali”...	66
7. La graduazione dei creditori: il rapporto tra le varie tipologie di crediti in relazione al riparto.	75
8. (Segue) Distinzione tra prelazione e prededuzione: due insiemi che graduano la distribuzione del ricavato ma su piani diversi.	81
9. Funzione dell’istituto della prededuzione.	84

CAPITOLO III

DISCIPLINA PROCESSUALE DEI CREDITI PREDEDUCIBILI

1. Modalità di accertamento dei crediti prededucibili.....	86
2. Modalità di soddisfazione dei crediti prededucibili.	96
3. (Segue) Il conflitto tra creditori prededucibili e creditori muniti di garanzia reale (pegno e ipoteca).	109

CAPITOLO IV

LA PREDEDUZIONE NEL NUOVO CODICE DELLA CRISI D’IMPRESA E DELL’INSOLVENZA

1. Premessa e disposizioni generali.	116
2. Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti.	123
3. La liquidazione giudiziale.....	134
4. Disposizioni relative ai gruppi di imprese.	141

CONCLUSIONI	145
--------------------------	------------

BIBLIOGRAFIA	150
---------------------------	------------

INTRODUZIONE

Il presente elaborato ha ad oggetto l'analisi del tema della prededuzione nel fallimento e nella liquidazione giudiziale, con lo scopo di maturare un maggior grado di consapevolezza della natura, *ratio* e funzione di tale istituto. L'approfondimento dell'evoluzione che il concetto di prededuzione ha subito nel corso del tempo ha permesso di constatare una crescente incidenza dell'istituto nell'ambito dell'economia delle procedure concorsuali, le quali, a loro volta, con il passare degli anni sono state sottoposte a modifiche.

Per dare una prima definizione di massima della prededuzione, si dica che essa costituisce un beneficio accordato ad un determinato credito, che comporta una serie di vantaggi in capo a chi ne è titolare, i più importanti dei quali possono essere individuati, se la procedura lo consente, nella soddisfazione prioritaria ed integrale. Facendo un passo indietro, il fallimento è quella procedura esecutiva concorsuale che si apre, in breve, quando l'imprenditore non è più in grado di adempiere regolarmente alle proprie obbligazioni. Questa condizione determina un evidente danno nei confronti dei suoi creditori. È per questo motivo che, qualora ne ricorrano i presupposti, si dà avvio alla procedura fallimentare, al fine di tutelare, cioè, la massa creditoria nel suo complesso considerata. Attraverso l'opera del curatore, che subentra al fallito nella titolarità e nella gestione del suo patrimonio, si cerca di recuperare il valore massimo possibile di liquidità per poi procedere alla ripartizione dell'attivo, momento in cui avviene la soddisfazione di quei soggetti per cui la procedura è stata messa in moto: i creditori.

La fase di ripartizione dell'attivo, tradizionalmente illuminata dal principio della *par condicio creditorum*, principio cardine della procedura, si realizza distribuendo gli importi corrispondenti ai crediti ammessi al passivo nelle modalità previste per ciascuna classe di creditori e secondo un ordine stabilito dalla legge, che vede al primo

posto i crediti prededucibili, seguiti dai crediti ammessi con prelazione e infine i crediti chirografari.

Della nascita e dell'evoluzione della prededuzione si è cercato di dare conto nel primo capitolo del presente lavoro, in cui è illustrato il percorso normativo che ha riguardato questo istituto. Il punto di partenza è stato l'articolo 111, comma 1, n. 1 nella formulazione originaria della legge fallimentare, il R.D. 267/1942, in cui, per vero, non compare l'espressione "crediti prededucibili", parlandosi, invece, di "spese" e di "debiti". A seguito dell'elaborazione dottrinale e giurisprudenziale, resa necessaria dagli interrogativi sorti dal raffronto della lettera della disposizione con le varie e numerose ipotesi rinvenibili nella prassi, il concetto e l'ambito di applicazione della prededuzione sono stati ampliati, grazie all'individuazione di alcuni criteri, integrati i quali, il credito poteva essere considerato prededucibile. Una cristallizzazione di tali criteri, di matrice dottrinale e giurisprudenziale, si è avuta con la riforma della legge fallimentare del 2006, la quale ha introdotto il concetto di "crediti prededucibili", dotandolo di una espressa qualificazione e una disciplina specifica. Nonostante le predette indicazioni fornite dal legislatore della riforma della legge fallimentare in tema di prededuzione, il dibattito giurisprudenziale e dottrinale non si è sopito negli anni a seguire; anzi, si può dire che esso si sia accentuato, a causa del carattere non realmente definitorio della disposizione recante la qualificazione dei crediti prededucibili.

In tale clima di confusione e incertezze si sono registrati anche numerosi interventi normativi, spesso discutibili e a distanza di poco tempo l'uno dall'altro, che nel complesso hanno comportato un allargamento del raggio di azione della prededuzione. Dato conto di queste modifiche legislative, il primo capitolo termina con una breve panoramica dell'istituto nel Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza (d. lgs. 12 gennaio 2019, n. 14 per come modificato dal d. lgs. 26 ottobre 2020, n. 147).

Nei due capitoli centrali dell'elaborato si è posto il *focus* sugli articoli 111 e 111 *bis* della legge fallimentare, i quali contengono numerosi profili di interesse attinenti alla prededuzione nel fallimento.

Nel capitolo secondo, dopo aver fornito una definizione lessicale dell'istituto, si è posta l'attenzione sulla "definizione" di prededuzione fornita dal legislatore all'interno del secondo comma dell'articolo 111 l. fall., a norma del quale sono 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 legge fallimentare. Ogni sintagma di tale comma è passato in rassegna, mettendo in luce i relativi elementi di criticità.

A seguito dell'analisi della definizione dell'istituto è stato ampliato il campo di indagine, mettendo i crediti prededucibili in relazione con le altre categorie di crediti. Il legislatore ha, infatti, previsto l'ordine di distribuzione delle somme ricavate dalla liquidazione dell'attivo e la graduazione delle varie categorie di creditori. Si è ritenuto, quindi, opportuno dare qualche tratto di colore per ogni singola classe di creditori, ponendo una particolare attenzione alla categoria dei crediti ammessi con prelazione e al rapporto intercorrente tra questi ultimi e i crediti prededucibili. Entrambe le classi di crediti, infatti, accordano al titolare di essi il beneficio di "venir prima" degli altri, ma in maniera diversa e sulla base di differenti presupposti, con la conseguenza che i due istituti non sono tra loro confliggenti: un credito garantito può al contempo godere del beneficio della prededuzione. In chiusura del secondo capitolo il lettore troverà una riflessione sulla funzione della prededuzione, maturata a seguito dell'indagine sul percorso normativo riguardante la prededuzione (comprese le finalità che hanno guidato i vari interventi in materia) e grazie all'approfondimento della nozione di credito prededucibile nel vigore della legge fallimentare.

Il capitolo terzo è interamente dedicato alla disciplina dei crediti prededucibili. Essi, come si avrà modo di leggere, sono sottoposti alla regola del cosiddetto concorso formale, disciplinato dall'articolo 52 l. fall.: la pretesa creditoria, di qualunque credito si tratti, deve essere accertata secondo le regole di accertamento del passivo, cioè mediante presentazione di domanda di insinuazione al passivo. Solo a seguito di giudizio di accertamento con esito positivo, il credito può trovare concreta soddisfazione, secondo le regole di proporzionalità e gradualità che regolano la distribuzione dell'attivo. Queste sono le indicazioni generali in materia di

accertamento e pagamento dei crediti all'interno della procedura fallimentare. I crediti prededucibili in parte seguono questa disciplina, in parte vi derogano, a seconda della natura del credito prededucibile e del contesto in cui tale credito deve trovare soddisfazione. Tutto ciò è contenuto all'interno dell'articolo 111 *bis* l. fall., di cui si darà conto.

Visto il momento storico in cui ci troviamo, cioè ad un paio di mesi dall'entrata in vigore del Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza, è parso opportuno dedicare un quarto capitolo alla prededuzione nell'ambito del nuovo Codice.

Il Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza, che ha visto la luce del sole grazie al d. lgs. 12 gennaio 2019, n. 14 (da ultimo modificato dal d. lgs. 26 ottobre 2020, n. 147) ha vissuto una gestazione tanto lunga, se si pensa che la legge delega è del 2017, quanto lungo è stato (ed è) il periodo di attesa prima della sua entrata in vigore: già a ridosso della data prevista per l'entrata in vigore si era deciso di posticipare di almeno un anno l'operatività del Codice, essendosi rilevato che il sistema non era ancora pronto ad adeguarsi ad una tale novità; successivamente, un ulteriore slittamento nel tempo si è reso necessario a causa della pandemia da Covid-19 che si è abbattuta sul nostro Paese, come nel resto del globo.

Nell'approcciarsi al Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza, il *modus operandi* è stato quello di esaminare sistematicamente tutte le disposizioni inerenti alla prededuzione nella liquidazione giudiziale (procedura corrispondente all'attuale fallimento) e in quelle procedure “minori” in considerazione delle quali l'istituto della prededuzione ha, per i motivi che si vedranno, un evidente riflesso ed immediati risvolti applicativi nella successiva liquidazione giudiziale.

Al termine del lavoro si è cercato, sulla base delle conoscenze acquisite, di lasciare al lettore qualche spunto di riflessione sul tema.

CAPITOLO I

NASCITA ED EVOLUZIONE DELL'ISTITUTO DELLA PREDEDUZIONE

SOMMARIO: 1. Un primo sguardo all'istituto della prededuzione. – 2. La prededuzione *ante* 2006. – 3. La prededuzione all'indomani della riforma della legge fallimentare. – 4. Le novità del d.l. 78/2010: nuovo articolo 182 *quater* l. fall. – 4.1. Il problema di coordinamento tra l'articolo 182 *quater* l. fall. e l'articolo 111 l. fall. – 4.2. La configurabilità ed il senso della prededuzione “interna” al concordato o all'accordo di ristrutturazione. – 5. Il d.l. 83/2012, convertito nella l. 134/2012: nuove ipotesi di prededuzione. – 6. Il d.l. 145/2013, convertito nella l. 9/2014: interpretazione autentica della norma contenuta nell'articolo 111, comma 2, l. fall. – 7. Una prima panoramica sull'istituto della prededuzione nel nuovo Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza.

1. Un primo sguardo all'istituto della prededuzione.

La prededuzione è uno degli istituti al servizio del fallimento e del suo funzionamento. Nello specifico la prededuzione ha come sua *sedes materiae* il capo VII della disciplina fallimentare riguardante la ripartizione dell'attivo¹. Tale fase rappresenta il cuore della procedura fallimentare, racchiude lo scopo per cui la procedura concorsuale è stata avviata, e cioè quello di soddisfare i creditori concorrenti, il cui diritto al concorso², a seguito di domanda di ammissione al passivo,

¹ Per un approfondimento su tale fase della procedura fallimentare si veda, *ex multis*, R. Provinciali, *Trattato di diritto fallimentare*, III, Milano, Giuffrè Editore, 1974, 1649 ss. per quanto riguarda la disciplina *ante* riforma della legge fallimentare; per una lettura sul tema all'indomani della riforma del 2006 si rimanda a P. Pajardi, A. Paluchowski, *Manuale di diritto fallimentare*, Settima edizione, Milano, Giuffrè Editore, 2008, 631 ss.

² È più corretto utilizzare tale espressione, in luogo a “diritto di credito”, perché nel procedimento di cui ci si occupa ciò che è oggetto di accertamento è il diritto al concorso, diritto di natura processuale, e non il diritto di credito “sostanziale” (cfr. E. F. Ricci, *Formazione del passivo fallimentare e decisione sul credito*, Milano, Giuffrè Editore, 1979, 47 ss.).

è stato accertato, ottenendo così il “biglietto” che permette loro di partecipare al concorso e di trovare finalmente la soddisfazione del proprio credito, in misura diversa e con modalità differenti a seconda della natura di tale credito, secondo quelle che sono le regole del concorso³.

In questo quadro si inserisce la prededuzione che, volendone fornire una prima sommaria definizione, possiamo identificare come quell’istituto che attribuisce al credito cui si accompagna la caratteristica di prevalere su tutti gli altri crediti concorrenti. Operativamente parlando, l’intero ammontare corrispondente ad un siffatto credito viene dedotto dalla massa attiva esistente ricavata tramite il procedimento di liquidazione dell’attivo, prima che su tale massa si apra il concorso di tutti gli altri creditori.

Bisogna, perciò, creare fin da subito un elenco di crediti originati da spese, obbligazioni a vario titolo contratte, che per la loro natura intrinseca andranno, poi, soddisfatti in prededuzione.

Come accennato, e come più volte si ripeterà nel corso del lavoro, tali crediti vengono prelevati e messi da parte prima che inizi la fase di ripartizione dell’attivo. Esulano, quindi, dalla gara indetta tra tutti gli altri crediti concorrenti e, al momento della loro soddisfazione, vengono pagati per l’intero ammontare.

Possiamo fin da subito dire che la prededuzione rappresenta una macroscopica categoria che deroga al principio che tradizionalmente illumina la disciplina del fallimento, che è il principio della *par condicio creditorum*⁴.

L’istituto della prededuzione, così embrionalmente descritto, ha subito una lunga evoluzione per il tramite dei numerosi interventi normativi che ne hanno, in parte e

³ Cfr. G. Lo Cascio, *Sulla prededucibilità dei crediti nel fallimento*, in *Giur. comm.*, 3, 1975, I, 347; T. Limardo, *La prededuzione ed i debiti di massa*, in *Dir. Fall.*, 1977, I, 169; G. Alessi, *I debiti di massa nelle procedure concorsuali*, Milano, Giuffrè Editore, 1987, 47; G. Caramazza, *Natura e funzioni del riparto finale e tutela dei creditori*, in *Fall.*, 8, 1988, 752; G. Rebecca, G. Sperotti, *Il riparto fallimentare*, Milano, Giuffrè Editore, 2008, 23.

⁴ A questo riguardo si avrà, però, modo di rilevare come il principio della *par condicio creditorum* sia stato progressivamente eroso, tanto da avere ormai una portata effettiva sempre più residuale.

con il tempo, modificato la natura, la funzione e l'incidenza sulla procedura concorsuale stessa e il suo funzionamento. È indubbio che l'istituto della prededuzione abbia progressivamente acquisito maggior importanza e complessità, tanto da essere inserito all'interno dei "Principi generali" del nuovo Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza, collocazione che ne mette chiaramente in luce l'incidenza nella moderna concorsualità.

Dopo questa rapida premessa, si intende ora esaminare il percorso evolutivo dell'istituto, partendo dalla originaria formulazione della prededuzione contenuta nella legge fallimentare, passando per i numerosi interventi normativi succedutisi nel tempo, i quali in alcuni casi hanno modificato norme esistenti, in altri casi introdottone di nuove e in altri ancora fornito interpretazioni autentiche di norme già esistenti ma che necessitavano di chiarimenti ermeneutici, per approdare alla prededuzione delineata dal Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza.

2. La prededuzione *ante* 2006.

L'istituto della prededuzione, nella originaria formulazione della legge fallimentare, il R.D. 267/1942, era racchiuso nell'articolo 111, comma 1, e da qui occorre partire se si vogliono indagare la natura, le caratteristiche e il funzionamento che tale istituto aveva al momento della sua nascita, perché sono crediti prededucibili tutti e solo quelli che il legislatore ha previsto come tali.

L'articolo 111, comma 1, n. 1 della legge fallimentare affermava che, nell'ordine di distribuzione delle somme ottenute dalla liquidazione dell'attivo, per prime dovessero essere erogate quelle «per il pagamento delle spese, comprese le spese anticipate dall'erario, e dei debiti contratti per l'amministrazione dell'esercizio dell'impresa, se questo è stato autorizzato»⁵.

Una prima considerazione che si può svolgere è che la norma non conteneva l'espressione "crediti prededucibili". Andando al contenuto della disposizione, è

⁵ Tale formulazione sarà modificata con il d. lgs. 5/2006, per la cui trattazione si rinvia *infra* (paragrafo 3 di questo capitolo).

possibile affermare, quanto alla tipologia di crediti e all'ambito di obbligazioni da cui tali crediti si originavano, che nella fattispecie descritta dall'articolo 111, comma 1, n. 1, venivano in rilievo i crediti dipendenti dall'attività del curatore. Questa affermazione è avvalorata da diverse considerazioni⁶.

Anzitutto, facendo riferimento a «spese, comprese le spese anticipate dall'erario», bisogna dirsi che l'erario poteva anticipare solo le spese connesse al compimento di atti da parte della curatela.

In secondo luogo, è il curatore l'organo amministrativo della procedura, quindi è ancora alla sua figura che faceva riferimento il sintagma «debiti contratti per l'amministrazione dell'esercizio dell'impresa».

Infine, anche la generica espressione «spese» ricomprendeva senza dubbio le spese sostenute dalla curatela.

Da un rapido esame della norma si può quindi constatare la centralità del ruolo del curatore all'interno della fattispecie delineata dall'articolo 111.

Dalla lettura della norma nella sua primissima formulazione, come detto, si evince che presentavano il carattere della prededucibilità, in quanto il legislatore stabiliva che dovessero essere pagati per primi, le spese e i debiti contratti per l'amministrazione del fallimento e per l'eventuale esercizio provvisorio dell'impresa.

Provando a raggruppare in insiemi omogenei i crediti qui contenuti, possiamo identificare due categorie: una prima categoria di crediti funzionalmente connessi al compimento degli atti tipici del curatore; una seconda categoria di crediti che derivano dagli effetti giuridici di quegli atti, nei termini di crediti che fanno capo a terzi⁷.

Quelle appena tratteggiate sono categorie, mancava quindi una definizione di “prededuazione”, essendosi il legislatore limitato ad indicare quali tipologie di obbligazioni dovessero trovare una soddisfazione prioritaria. E mancava anche l'espressione “credito”: come ben si può notare la norma era costruita “dal lato passivo”.

⁶ Nei termini che seguono E. Marinucci, *I crediti prededucibili nel fallimento*, Padova, Cedam, 1998, 9.

⁷ Così E. Marinucci, *I crediti prededucibili nel fallimento*, cit., 9.

In mancanza di una puntuale definizione, numerosi erano i dubbi e le questioni che sorgevano nell'accostarsi alla disposizione⁸.

Anzitutto ci si è chiesti, con riferimento ad un gran numero di ipotesi rinvenibili nella prassi, se i crediti che da esse si originavano rientrassero o meno nella previsione normativa. Ad esempio, svariate sono state le discussioni sulla qualificazione dei crediti sorti prima della dichiarazione di fallimento, originariamente non ricompresi nell'articolo 111, ma successivamente equiparati a spese e debiti per l'amministrazione del fallimento quando sorti nell'ambito di una procedura di amministrazione concordata, poi sfociata in fallimento, o contratti in costanza di concordato preventivo, continuato in fallimento, purché funzionali all'interesse della massa creditoria.

Vi erano dubbi poi sulla necessità o meno di conformarsi, nel trattamento di questi crediti, alle regole concorsuali ordinarie, se quindi fosse necessaria una verifica di tali crediti tramite preventiva presentazione di una domanda di ammissione al passivo e successiva soddisfazione nell'ambito del riparto dell'attivo.

Perplessità non mancavano anche sul piano della graduazione dei creditori nell'ambito di conflitti tra crediti caratterizzati tutti dal beneficio della prededuzione. In altre parole, ci si interrogava sulla possibilità di distinguere tra spese e debiti, tra spese e debiti di giustizia e spese e debiti di amministrazione e se questi tra di loro dovessero essere graduati, e nel caso in che modo, nell'eventualità di insufficienza dell'attivo⁹.

Sulla scia di una situazione così incerta e poco definita, dottrina e giurisprudenza hanno mosso i primi passi nella direzione di elaborare dei criteri per poter stabilire

⁸ Si riportano, senza pretese di esaustività, alcune delle perplessità scaturenti dall'assenza di una definizione puntuale, per come messe in luce da C. Pecoraro, *Crediti prededucibili*, in A. Caiafa, S. Romeo (a cura di), *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, Tomo secondo, Padova, Cedam, 2014, 310.

⁹ Tale questione viene problematicamente messa in luce anche da A. Jorio (a cura di), *Fallimento e concordato fallimentare*, Diretto da O. Cagnasso, G. Cottino, Tomo II, Assago (MI), UTET, 2016, 2351.

quando un credito dovesse essere considerato prededucibile; numerosi sono stati i contributi nel tentativo di creare un “comune denominatore” della prededuzione¹⁰.

Inoltre, in questa fase storica molti autori hanno speso tempo ed energie per creare una sorta di “catalogo” dei crediti prededucibili, analizzando le diverse ipotesi della prassi per determinare se, ad ognuna di esse, fosse attribuibile un trattamento del credito in prededuzione, mancando, come già sottolineato, una definizione legislativa dell’istituto¹¹.

Sono stati elaborati tre criteri¹².

Un primo criterio formulato era quello temporale o cronologico, che indicava che potevano appartenere alla categoria dei crediti prededucibili quelli sorti dopo l’apertura del fallimento. È stato elaborato anche un secondo criterio, il criterio soggettivo o della riferibilità del debito ad un organo della procedura. Vi rientravano qui i crediti derivanti dall’attività contrattuale, dall’amministrazione degli organi fallimentari. Ad esempio, appartenevano a questo insieme le obbligazioni assunte dal curatore per far funzionare la “macchina” del fallimento e raggiungere lo scopo per cui la procedura era stata avviata: soddisfare i creditori concorrenti che vantano crediti nei confronti del fallito. Infine, alcuni interpreti hanno coniato un criterio strumentale, che comportava che fosse prededucibile il debito contratto per l’amministrazione, la liquidazione dei beni del fallito nell’interesse di tutti i creditori concorrenti.

A fronte di questi tre criteri, la realtà fattuale ha messo in luce che essi, se singolarmente considerati, erano poco significativi e facilmente confutabili¹³.

Il criterio temporale, infatti, veniva immediatamente smentito da certe disposizioni della stessa legge fallimentare che davano (e danno tutt’ora) il diritto di

¹⁰ Si vedano Cass., 2912/2000; Cass. 18194/2004; Cass. 18332/2003; Cass. 10614/1998; Cass. 11379/1998; Cass. 388/2001.

¹¹ Per un lavoro in tal senso si veda E. Marinucci, *I crediti prededucibili nel fallimento*, cit.

¹² Come riportati da diversi autori, tra cui D. Calò, E. Virgintino, *I crediti prededucibili*, in A. Caiafa, *Le procedure concorsuali*, Tomo II, Padova, Cedam, 2011, 1028; A. Jorio (a cura di), *Fallimento e concordato fallimentare*, cit., 2351.

¹³ Così D. Calò, E. Virgintino, *I crediti prededucibili*, cit., 1028.

essere soddisfatti con preferenza assoluta in ipotesi di crediti pregressi riconducibili ad una attività negoziale del fallito anteriore all'apertura della procedura (cfr. articolo 72 e seguenti).

Per quanto riguarda il criterio soggettivo, erano facilmente rinvenibili debiti, certamente di massa, ma non riconducibili agli organi fallimentari e alla loro attività. Basti pensare alle spese giudiziali e alle imposte, certamente non facenti capo al soggetto "amministrazione fallimentare".

Infine, vi erano ipotesi di debiti che non avevano alcuna utilità per l'intera massa creditoria, smentendo così anche l'ultimo criterio, quello funzionale.

Se è vero, quindi, che singolarmente considerati i tre criteri non avevano una loro utilità, vero è anche che, ed a suggerirlo è stata la dottrina, il criterio soggettivo e il criterio funzionale, se combinati, potevano rendere individuabile all'interprete la fattispecie dei crediti prededucibili.

Muovendo da tale considerazione, i debiti di massa sono stati definiti come quelli «nati in occasione ed in funzione del procedimento fallimentare ad opera degli organi ad essa preposti e quelli che, pur se non contratti direttamente dal curatore, risultino, comunque, caratterizzati da un particolare nesso genetico e funzionale rispetto all'amministrazione del patrimonio del fallito e, più in generale, alla finalità della procedura»¹⁴.

Era stato, quindi, identificato come elemento caratterizzante la fattispecie l'interesse dei creditori, ritenuto elemento geneticamente parte del credito sorto¹⁵.

Tale conclusione era avvalorata anche dalla *ratio* sottesa all'art. 111, comma 1, n. 1 l. fall., rinvenuta nella soddisfazione preferenziale di quei crediti che si presumono contratti nell'interesse dell'intero ceto creditorio proprio per consentire un corretto svolgimento della procedura fallimentare e il realizzo della maggior soddisfazione possibile per i creditori concorrenti. Si potevano così ricomprendere, alla luce della

¹⁴ Cfr. G. Bozza, G. Schiavon, *L'accertamento dei crediti nel fallimento e le cause di prelazione*, Milano, 1992, Giuffrè Editore, 469.

¹⁵ In questi termini D. Calò, E. Virgintino, *I crediti prededucibili*, cit., 1029.

“ragion d’essere” della norma, anche i crediti non contratti dagli organi della procedura ma, ad esempio, sorti in capo ad un terzo.

La *ratio* della norma permetteva, a ben vedere, di ampliare l’ambito di applicazione della prededuzione, ricomprendendo un maggior numero di fattispecie rispetto a quelle letteralmente previste dall’articolo 111, comma 1, n. 1, come nel caso, già messo in luce, dei crediti antecedenti all’apertura del fallimento, che apparentemente erano lontanissimi dal precetto della norma.

Vi era, quindi, un limite logico insuperabile: che il credito sorgesse nell’interesse di tutti i creditori, non alcuni, né la maggioranza¹⁶.

È da queste ultime conclusioni raggiunte che la categoria dei crediti prededucibili è stata tradizionalmente definita come “debiti di massa” o “crediti verso la massa”, a seconda della prospettiva da cui si osserva il rapporto obbligatorio. Con questa espressione si è voluto mettere in luce la natura sostanziale di tali crediti, caratterizzati cioè dall’essere nati nell’interesse di tutto il gruppo. È possibile, così, identificare due categorie di crediti: i crediti concorsuali, propri di ciascun creditore nei confronti del fallito, i quali seguono le regole del concorso, e una categoria composita e non ben definita di crediti derivanti da spese e debiti, che contraddistinguono la classe dei crediti dotati della prededuzione. Accanto alla nozione d’uso comune di “crediti di massa”, dobbiamo mettere in rilievo il ruolo di assoluta centralità della curatela e degli organi del fallimento nell’ambito della prededuzione.

Possiamo, in conclusione, qualificare i crediti prededucibili come debiti del fallito che l’amministrazione fa propri e questo inquadramento scaturisce proprio dalla disciplina delineata dall’articolo 111 l. fall. Resta vero che la *ratio* sta nell’utilità di quei crediti per l’intera massa creditoria, ma i crediti prededucibili godono di questo trattamento in quanto la legge li configura, all’interno del fallimento, come debiti propri dell’amministrazione fallimentare¹⁷.

¹⁶ Cfr. E. Marinucci, *I crediti prededucibili nel fallimento*, cit., 11.

¹⁷ Conclusioni tratte da E. Marinucci, *I crediti prededucibili nel fallimento*, cit., 20.

Quindi, più che di “debiti di massa” è meglio parlare di “debiti dell’amministrazione” perché quest’ultima formula mette più correttamente in risalto l’imputazione giuridica di quei debiti. L’espressione “debiti della massa” non va però contrastata, se utilizzata nella consapevolezza che si tratti di una espressione ellittica, più imprecisa rispetto a quella appena sopra riportata.

In qualunque modo li si voglia chiamare, tali crediti, al pari di quelli privilegiati, erano (e sono tutt’ora) soggetti al principio di legalità, nel senso che la legge accorda una tutela ai crediti che integrano la fattispecie che il legislatore ha tratteggiato.

Tale categoria, dunque, avrebbe dovuto essere certa e definita, senza che ci fosse spazio per l’interprete.

Così invece non è stato perché negli anni, vista l’assoluta genericità dell’espressione «spese, comprese le spese anticipate dall’erario, e dei debiti contratti per l’amministrazione dell’esercizio dell’impresa, se questo è stato autorizzato», dottrina e giurisprudenza hanno ampliato o ridotto la categoria, nel tentativo di farvi rientrare o meno la panopia di ipotesi cui la prassi dava origine¹⁸.

3. La prededuzione all’indomani della riforma della legge fallimentare.

Le difficoltà interpretative e le conseguenti difformità applicative hanno spinto il legislatore a rimaneggiare la materia nella volontà di innovare il regime della prededuzione. E così, con la riforma del 2006/2007, anche la prededuzione è stata oggetto di una concreta revisione. In particolare, è stato modificato l’articolo 111, riguardante i profili sostanziali della prededuzione, ed è stato introdotto l’articolo 111 *bis*, che detta regole di carattere procedurale.

Passiamo in rassegna le due disposizioni, partendo dal nuovo articolo 111 l. fall.

Anzitutto, con il d. lgs. 9 gennaio 2006, n. 5 è stato formalizzato il termine “crediti prededucibili”: il nuovo articolo 111, comma 1, n. 1 dispone che le somme ricavate

¹⁸ Così D. Calò, E. Virgintino, *I crediti prededucibili*, cit., 1029.

dal procedimento di liquidazione dell'attivo sono erogate *in primis* «per il pagamento dei crediti prededucibili».

Si è inserito, quindi, all'interno del dettato normativo una terminologia – crediti prededucibili – che ormai la prassi aveva fatto rientrare nel linguaggio comune.

In secondo luogo, il legislatore ha introdotto un nuovo secondo comma che indica cosa può esser considerato credito prededucibile. Tale norma dispone che «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 crediti sono soddisfatti con preferenza ai sensi del primo comma n. 1)».

Sono stati, così, forniti dal legislatore tre criteri volti ad agevolare il riconoscimento dei crediti prededucibili nell'ambito dei crediti che concernono la procedura concorsuale.

Nella prima parte del secondo comma vi sono i crediti prededucibili *ex lege*, vale a dire quei crediti che la legge qualifica direttamente come prededucibili o ne dispone l'assoggettamento al regime giuridico.

La definizione «Sono considerati crediti prededucibili quelli così qualificati da una specifica disposizione di legge» è in sé tautologica¹⁹ e quindi inutile come definizione, ma permette di identificare senza significativi problemi interpretativi una serie di crediti prededucibili, quelli cioè di volta in volta individuati in specifiche norme.

Si considerino, a scopo esemplificativo: il credito per indennizzo spettante al conduttore nell'ipotesi di recesso del curatore dal contratto pendente (articolo 80 l. fall.), oppure quello derivante dal recesso dal contratto di affitto d'azienda esercitato dal curatore del fallito affittante o affittuario (articolo 79 l. fall.); il credito da controvalore in favore del titolare del diritto alla restituzione o rivendicazione di cose nella circostanza prevista dall'articolo 103, ultimo inciso, l. fall.; i crediti sorti nel

¹⁹ Così N. Graziano, A. Petteruti, V. Vitalone, *Crisi d'impresa e procedure concorsuali*, Milano, Giuffrè editore, 2017, 63.

corso dell'esercizio provvisorio dell'impresa ai sensi dell'articolo 104, comma 8, 1. fall.; il credito per il compenso spettante al curatore (articolo 113, comma 2, 1. fall.); i crediti di terzi eventualmente sorti per effetto degli atti legalmente compiuti dall'imprenditore che abbia fatto domanda di concordato preventivo (articolo 161, comma 6, 1. fall.) e salva la precisazione effettuata dall'articolo 11 d.l. 23 dicembre 2013, n. 145, convertito in legge 21 febbraio 2004, n. 9; i crediti derivanti da finanziamenti in qualsiasi forma effettuati in esecuzione di un concordato preventivo di cui all'articolo 160 e seguenti 1. fall. ovvero di un accordo di ristrutturazione dei debiti omologato ai sensi dell'articolo 182 *bis* 1. fall. (articolo 182 *quater*, comma 1, 1. fall.); i crediti derivanti da finanziamenti effettuati da soggetti indicati al precedente comma in funzione della presentazione della domanda di ammissione alla procedura di concordato preventivo o della domanda di omologazione dell'accordo di ristrutturazione dei debiti, qualora i finanziamenti siano previsti dal piano di cui all'articolo 160 1. fall. 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 (articolo 182 *quater*, comma 2, 1. fall.)²⁰.

Nella seconda parte del secondo comma il legislatore fornisce due ulteriori criteri, quello della occasionalità e quello della funzionalità. Si tratta, in entrambi i casi, di espressioni problematiche e che danno adito a dubbi interpretativi, a causa del loro carattere generale e sussidiario. Qualche notazione dicasi per ognuno, nell'ordine²¹.

Il criterio della occasionalità²² riecheggia il criterio temporale elaborato dalla dottrina, dal momento che con crediti «sorti in occasione» delle procedure concorsuali

²⁰ Elenco tratto da C. Pecoraro, *Crediti prededucibili*, in A. Caiafa, S. Romeo (a cura di), *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, cit., 312.

²¹ Per l'esposizione di entrambi i criteri D. Calò, E. Virgintino, *I crediti prededucibili*, cit., 1031; C. Pecoraro, *Crediti prededucibili*, in A. Caiafa, S. Romeo (a cura di), *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, cit., 318.

²² Per una trattazione più approfondita del tema si rinvia al paragrafo 4 del capitolo II del presente lavoro.

ci si riferisce ai crediti sorti durante la procedura²³. La *ratio* di questo criterio è quella di salvaguardare il principio di stabilità degli atti compiuti durante una procedura concorsuale, ossia sotto il controllo degli organi della procedura per tutelare coloro che hanno instaurato rapporti contrattuali con detti organi. In altre parole, il legislatore ha inteso agevolare lo svolgimento delle attività cui sono preposti gli organi concorsuali, dando ai terzi che accettano di continuare o di intraprendere relazioni commerciali con la procedura la garanzia del pagamento preferenziale, pre-dedotto dall'intero ammontare ottenuto dalla liquidazione dell'attivo, dell'intero importo: il credito prededucibile non viene pagato in moneta fallimentare. Altrimenti sarebbe difficile per gli organi della procedura instaurare rapporti con i terzi, i quali non sarebbero certamente spinti ad avere relazioni economiche con un soggetto in crisi se poi, del credito vantato nei confronti di questi, si vedono restituire solo una porzione, in proporzione con il credito degli altri creditori, secondo le regole del concorso e il principio generale della *par condicio creditorum*.

I crediti prededucibili sorti in occasione delle procedure concorsuali devono essere soddisfatti a prescindere dal conseguimento o meno di un risultato utile per la massa creditoria. L'opportunità delle spese in occasione della procedura viene, infatti, valutata con un giudizio *ex ante*. In caso quindi di erronea valutazione dell'utilità dell'operazione per i creditori tutti, si potrà eventualmente sanzionare il soggetto che ha compiuto la scelta palesemente sconveniente promuovendo una azione di responsabilità, ma non si potrà evitare di pagare i crediti corrispondenti alle spese effettuate.

Esempi di spese sostenute dagli organi della procedura che beneficiano della prededuzione sono, a titolo del tutto esemplificativo, quelle compiute per l'apposizione di sigilli, per il compimento di atti della procedura (ma anche i crediti cd. involontari derivanti dall'obbligo di risarcire i danni cagionati dall'azione illecita degli organi della procedura), per la redazione dell'inventario o la stima dei beni, per le comunicazioni ai creditori, per il compenso agli organi della procedura, per la

²³ Cfr. P. Pajardi, A. Paluchowski, *Manuale di diritto fallimentare*, cit., 637 ss.

pubblicità delle vendite immobiliari, per il reperimento e l'acquisizione della documentazione ipotecaria e catastale, come anche le spese per i giudizi in cui la curatela è parte, attiva o passiva²⁴ (discorso a parte vale per le spese relative al giudizio di opposizione alla sentenza dichiarativa di fallimento²⁵). Si ritengono, inoltre, prededucibili i crediti derivanti da atti transattivi conclusi dal curatore. Per quanto riguarda le spese di natura fiscale, perché ad esse possa essere attribuita natura prededucibile è necessario che il presupposto imponibile sia sorto dopo la dichiarazione di fallimento²⁶.

Per quanto riguarda i crediti sorti «in funzione delle procedure concorsuali»²⁷, è chiaro il riferimento al criterio funzionale elaborato in precedenza in dottrina. Con tale categoria il legislatore si è voluto riferire ai crediti che si originano da attività volte a procurare utilità al ceto creditorio. In questo modo è stata estesa l'ambito di applicazione della prededuzione anche a quei crediti, al di fuori di quelli derivanti dall'attività degli organi della procedura, che oggettivamente avvantaggiano il ceto dei creditori²⁸.

Si rileva però che l'espressione utilizzata dal legislatore è alquanto generica, tanto che si presta ad interpretazioni late.

²⁴ Fra le spese dei giudizi di cui il fallimento è parte attiva o passiva (nella persona del curatore), rientrano pacificamente nella categoria dei debiti di massa le spese effettuate per il recupero dei crediti, per l'esperimento di azioni revocatorie o di azioni di responsabilità verso amministratori e sindaci, per la costituzione di parte civile nel giudizio penale. Cfr. D. Calò, E. Virgintino, *I crediti prededucibili*, cit., 1032.

²⁵ È particolarmente controversa la natura delle spese contratte in questo giudizio. Alcuni ritengono che tali spese non abbiano natura concorsuale in quanto sorgono successivamente all'apertura della procedura e non costituiscono, in nessun caso, credito di massa per come disciplinato dall'art. 111 n. 1 l. fall. perché la legittimazione passiva del curatore e del creditore trovano titolo in situazioni giuridiche diverse. Altri invece riconoscono la prededucibilità di tali spese sul presupposto che vengano contratte nell'interesse del fallimento. Cfr. D. Calò, E. Virgintino, *I crediti prededucibili*, cit., 1032.

²⁶ Cfr. M. Agostinelli, *Sub art. 111*, in P. Pajardi, *Codice del fallimento*, VII Edizione, Milano, Giuffrè Editore, 2013, 1390.

²⁷ Per una trattazione più analitica si rimanda al paragrafo 5 del capitolo II di questo elaborato.

²⁸ Si veda M. Agostinelli, *Sub art. 111*, cit., 1390.

Attraverso tale sintagma, è pacifico che il legislatore ha voluto ricomprendere i crediti nascenti da pregresse procedure concorsuali minori²⁹. È stato, così, recepito un principio di diritto già condiviso e riconosciuto dalla giurisprudenza *ante* riforma. Infatti, nel corso degli anni si era sviluppato un interessante dibattito dottrinale e giurisprudenziale, soprattutto con riferimento alla prededucibilità dei crediti sorti durante il concordato preventivo³⁰.

Ma rimangono sul tappeto non pochi dubbi interpretativi. C'è, infatti, chi ha segnalato la difficoltà di ricomprendere nella fattispecie sia i crediti sorti prima dell'apertura della procedura minore, sia i crediti nascenti da atti di gestione non qualificabili con certezza come atti di ordinaria o straordinaria amministrazione³¹.

Alla luce dell'analisi della norma fin qui condotta, è possibile svolgere delle considerazioni finali sulla *ratio* dell'intervento normativo. Appare chiaro l'intento del legislatore del 2006 di ampliare la portata applicativa dell'istituto della prededuzione e di incoraggiare così il ricorso al concordato preventivo e alle altre procedure concorsuali minori, strumento di risoluzione e composizione della crisi di impresa, fornendo adeguate garanzie a coloro che sono disposti ad instaurare o continuare rapporti commerciali con l'impresa sottoposta a procedura³².

Si evince, dunque, che la prededuzione assume un ruolo sempre più importante nel creare le basi della moderna concorsualità, che abbandona la visione meramente liquidatoria delle procedure concorsuali per dirigersi verso la concezione delle procedure di insolvenza come strumento per una ristrutturazione aziendale ed un risanamento dell'impresa.

²⁹ In questi termini D. Calò, E. Virgintino, *I crediti prededucibili*, cit., 1035.

³⁰ Per un approfondimento su questo tema si rimanda a D. Calò, E. Virgintino, *I crediti prededucibili*, cit., 1035.

³¹ C. Pecoraro, *Crediti prededucibili*, in A. Caiafa, S. Romeo (a cura di), *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, cit., 320.

³² C. Pecoraro, *Crediti prededucibili*, in A. Caiafa, S. Romeo (a cura di), *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, cit., 319.

Resta, in ogni caso, la considerazione che anche la formulazione innovativa contenuta nel d. lgs. 9 gennaio 2006, n. 5, seppur costituendo un passo avanti rispetto al precedente testo, non è riuscita nell'intento di risolvere i dubbi interpretativi sul campo, lasciando aperte molte questioni, alcune delle quali andranno complicandosi con i numerosi interventi legislativi successivi³³.

Come sinteticamente accennato in apertura del paragrafo, con il d. lgs. 9 gennaio 2006, n. 5 ha fatto ingresso nel panorama normativo della legge fallimentare un altro articolo, concernente specificamente la prededuzione, che è l'articolo 111-*bis*, rubricato "Disciplina dei crediti prededucibili".

Tale articolo detta alcune regole di carattere procedurale, offrendo formalmente una risposta alle diverse domande che nel corso del tempo erano sorte con riguardo alla prededuzione e al suo regime. In particolare: se ed in quali casi i crediti prededucibili debbano essere sottoposti al procedimento di verifica; in quale misura debbano essere soddisfatti; quale sia la loro collocazione rispetto ai crediti assistiti da garanzia reale; se possano essere pagati anche al di fuori del procedimento di riparto.

Di tutti questi aspetti si darà conto all'interno del capitolo terzo, interamente dedicato alla disciplina dei crediti prededucibili.

4. Le novità del d.l. 78/2010: nuovo articolo 182 *quater* l. fall.

Il d.l. 31 maggio 2010, n. 78 intitolato "Misure urgenti in materia di stabilizzazione finanziaria e di competitività economica" convertito, con modificazioni, nella l. 30 luglio 2010, n. 122 è intervenuto sulla materia, introducendo, tra gli altri, l'articolo 182 *quater*. Tale disposizione è stata inserita nella legge fallimentare dall'articolo 48 ("Disposizioni in materia di procedure concorsuali") del predetto d.l. con lo scopo di rendere più sicura ed agevole la concessione di nuova finanza e la ricapitalizzazione dell'impresa in crisi tramite

³³ In senso critico nei confronti della formulazione del legislatore del 2006 C. Miele, *Art. 111*, in AA. VV., *La legge fallimentare. Commentario teorico-pratico*, M. Ferro (a cura di), Seconda edizione, Padova, Cedam, 2011, 1319.

l'erogazione, nell'ambito della procedura di concordato preventivo e negli accordi di ristrutturazione, di finanziamenti il cui rimborso è garantito dalla prededuzione³⁴.

Infatti, la materia dei finanziamenti delle imprese in crisi non era stata oggetto di specifica attenzione nella riforma della legge fallimentare del 2006, se non indirettamente³⁵. A fronte della constatazione dell'insufficienza di tali incentivi, il legislatore è intervenuto con specifici interventi, introducendo nuove disposizioni volte a dettare una disciplina a favore del ricorso alle procedure di gestione concordata della crisi d'impresa, atteso che questo era il modo migliore per tutelare l'impresa stessa, i soggetti coinvolti in quella crisi, nonché il sistema economico in generale³⁶. Così l'articolo 182 *quater*, per il tramite dell'articolo 48 del d.l. 78/2010, ha fatto il suo ingresso nell'ordinamento, trovando collocazione nel capo V (del titolo III: "Del concordato preventivo e degli accordi di ristrutturazione") riguardante l'omologazione e l'esecuzione del concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione.

Si tratta, dunque, a ben vedere, di una disposizione situata in una *sedes materiae* diversa ed estranea a quella del fallimento il cui dettato normativo riconosce la prededucibilità a crediti identificati con una specifica titolarità ed uno specifico oggetto.

³⁴ Così D. Calò, E. Virgintino, *I crediti prededucibili*, cit., 1041.

³⁵ Accorgimenti in tale direzione rinvenibili nella riforma sono stati il rafforzamento delle garanzie offerte ai potenziali finanziatori dalle esenzioni da revocatoria di cui alle lett. d), e), g) dell'art. 67, comma 3, l. fall., dalla riformulazione dell'art. 111 l. fall., che identifica come prededucibili nel fallimento i crediti sorti in occasione o in funzione di qualsiasi procedura concorsuale che presenta una sua disciplina nella legge fallimentare e quindi anche quelli derivanti da finanziamenti autorizzati, ex art. 167 l. fall., nel corso della procedura di concordato preventivo, ma non – secondo i sostenitori della mancata natura concorsuale dell'istituto – quelli sorti durante il procedimento di homologazione di un accordo di ristrutturazione dei debiti. (Cfr. F. S. Filocamo, *La prededucibilità dei crediti nel concordato preventivo e negli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Fall.*, 9, 2013, 1149).

³⁶ Così F. S. Filocamo, *La prededucibilità dei crediti nel concordato preventivo e negli accordi di ristrutturazione dei debiti*, cit., 1149.

In particolare, questa disposizione prevede che i crediti derivanti da finanziamenti in qualsiasi forma effettuati da banche e intermediari finanziari abilitati in esecuzione di un concordato preventivo ovvero di un accordo di ristrutturazione dei debiti omologato sono prededucibili ai sensi e per gli effetti dell'articolo 111 l. fall.

La norma prosegue stabilendo che ai crediti prededucibili ai sensi e per gli effetti dell'articolo 111 sono parificati i crediti derivanti da finanziamenti erogati dai soggetti indicati al comma precedente in funzione della presentazione della domanda di ammissione alla procedura di concordato preventivo o della domanda di omologazione dell'accordo di ristrutturazione dei debiti, qualora i finanziamenti siano previsti dal piano che regola il concordato preventivo 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.

Beneficiano altresì della prededucibilità, in deroga agli articoli 2467 e 2497 *quinquies* del codice civile, i finanziamenti effettuati dai soci fino alla concorrenza dell'ottanta per cento del loro ammontare.

Tale trattamento di favore è accordato anche, secondo la lettera del comma 4 dell'articolo 182 *quater*, ai compensi spettanti al professionista incaricato di predisporre la relazione che attesti la veridicità dei dati aziendali e la fattibilità del piano, nel caso di concordato preventivo, e la veridicità dei dati aziendali, la attuabilità dell'accordo e la idoneità di questo ad assicurare l'integrale pagamento dei creditori estranei all'accordo, nell'ambito di un accordo di ristrutturazione, purché la prededucibilità sia espressamente disposta nel provvedimento con cui il tribunale accoglie la domanda di ammissione al concordato preventivo ovvero nel decreto di omologazione dell'accordo di ristrutturazione dei debiti.

La disposizione si chiude con un comma 5 che afferma che 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 e dal computo della percentuale dei crediti prevista all'articolo 182 *bis* ai commi 1 e 6.

La novella introdotta ha certamente chiarito i problemi interpretativi che erano emersi in relazione alla prededucibilità dei crediti sorti in occasione o in funzione di accordi di ristrutturazione dei debiti, dal momento che l'articolo 182 *quater* è espressamente rubricato "Disposizioni in tema di prededucibilità dei crediti nel concordato preventivo, negli accordi di ristrutturazione dei debiti".

Infatti, mentre per il concordato preventivo si poteva giungere alla identificazione di una serie di crediti prededucibili perché sorti «in occasione o in funzione delle procedure concorsuali», analogo procedimento logico non era possibile per i crediti nascenti da accordo di ristrutturazione dei debiti, dal momento che tale procedura non era (ed è) qualificabile come procedura concorsuale.

Se ci si sofferma sulla lettura dei commi che compongono la disposizione, è possibile identificare i requisiti che il legislatore detta ai fini della prededuazione dei crediti ivi contemplati.

All'interno del comma 1 il legislatore introduce il principio della prededucibilità dei crediti derivanti da finanziamenti effettuati «in esecuzione» di un concordato preventivo non puramente liquidatorio (perché altrimenti non avrebbe senso l'immissione di nuova finanza), nonché di un accordo che abbia ricevuto l'omologa dal tribunale³⁷. Nel disporre quali crediti possano beneficiare della prededuazione e quali no, il legislatore detta un requisito di carattere "soggettivo" e uno di carattere "oggettivo". Per quanto attiene il primo, possono godere della prededuazione solo i crediti derivanti da finanziamenti effettuati da banche ed intermediari finanziari iscritti negli elenchi di cui agli articoli 106 e 107 del TUB. Per quanto riguarda il requisito oggettivo, è ammessa la prededuazione dei crediti generati dall'esecuzione di un concordato preventivo o un accordo di ristrutturazione dei debiti omologato ai sensi dell'articolo 182 *bis*.

L'utilizzo dell'aggettivo «omologato» al singolare potrebbe far pensare che il requisito dell'omologa sia richiesto solo per i crediti nascenti da accordo di ristrutturazione dei debiti e non anche per quelli derivanti dall'esecuzione di un

³⁷ Così S. Ambrosini, *Appunti «flash» sull'art. 182 quater della legge fallimentare*, in *ilcaso.it*, 2.

concordato preventivo. Sul punto è necessario fare un chiarimento: la fase di esecuzione di un concordato preventivo si apre solo con l'omologazione dello stesso, con la conseguenza che saranno prededucibili solo i crediti inseriti in un piano concordatario approvato con decreto di omologazione³⁸.

Senonché la condizione di omologazione cui è subordinato il trattamento di favore dei crediti derivanti da finanziamenti nell'ambito di un concordato preventivo, è stata fortemente criticata dai primissimi commentatori dell'articolo 182 *quater*, i quali hanno evidenziato che tale condizione rischia di disincentivare la concessione di nuova finanza da parte delle banche, dal momento che il provvedimento di omologazione è un evento eccessivamente incerto, oltre che potenzialmente lontano nel tempo³⁹.

Inoltre, con riferimento al requisito dell'omologazione, è utile ricordare⁴⁰ che nella formulazione dell'articolo 182 *quater*, comma 2, contenuta nel d.l. 78/2010 tale requisito era richiesto per entrambi gli strumenti di soluzione concordata della crisi, qualora si volesse beneficiare della prededucibilità dei crediti derivanti da finanziamenti strumentali all'avvio di una delle due procedure di composizione della crisi.

Il legislatore poi, in sede di conversione del d.l. 78/2010, ha compiuto una distinzione tra i finanziamenti strumentali all'accesso di queste due procedure, stabilendo che per il concordato preventivo, ai fini del trattamento in prededuzione del credito, è necessaria l'indicazione del finanziamento nel piano di concordato e deve esserci l'autorizzazione del tribunale nel decreto di ammissione alla procedura; invece, in caso di accordo di ristrutturazione, è richiesto, sempre per gli stessi fini, che la nuova finanza sia indicata nell'accordo e inoltre che l'accordo sia stato omologato con decreto del tribunale.

³⁸ In questi termini D. Calò, E. Virgintino, *I crediti prededucibili*, cit., 1041.

³⁹ In questi termini S. Ambrosini, *Appunti «flash» sull'art. 182 quater della legge fallimentare*, cit., 2; L. Stanghellini, *Diritto fallimentare: ritorno all'età della pietra*, in *lavoce.info*, 1.

⁴⁰ Così D. Calò, E. Virgintino, *I crediti prededucibili*, cit., 1041.

È possibile mettere in luce come, sia che si tratti di finanziamenti attinenti alla procedura di concordato preventivo sia che si sia all'interno di un accordo di ristrutturazione, in entrambi i casi sembri essere necessario «un vaglio dell'autorità giudiziaria al fine di evitare usi, o meglio abusi, di questa forma di tutela accordata agli operatori che erogano finanziamenti strumentali alla soluzione concordata della crisi d'impresa»⁴¹.

Quanto al terzo comma, la deroga alla disciplina della postergazione contenuta negli articoli 2467 e 2497 *quinquies* del codice civile è di immediata evidenza, dal momento che è esplicitamente sancita dal legislatore. La postergazione è un istituto introdotto con la riforma del diritto societario del 2003 e che prevede, come espresso dall'articolo 2467, che «il rimborso dei finanziamenti dei soci a favore della società è postergato rispetto alla soddisfazione degli altri creditori e, se avvenuto nell'anno precedente la dichiarazione di fallimento della società, deve essere restituito. S'intendono finanziamenti dei soci a favore della società quelli, in qualsiasi forma effettuati, che sono stati concessi in un momento in cui, anche in considerazione del tipo di attività esercitata dalla società, risulta un eccessivo squilibrio dell'indebitamento rispetto al patrimonio netto oppure in una situazione finanziaria della società nella quale sarebbe stato ragionevole un conferimento».

Ciò significa che un socio che effettua un finanziamento nelle condizioni previste dall'art. 2467 vedrà restituito il suo credito dopo che saranno soddisfatti tutti gli altri creditori.

Alla luce di ciò, ben si comprende che prevedere una espressa deroga all'istituto della postergazione costituisce, senza dubbio, uno dei modi migliori per incentivare il finanziamento soci nei confronti di una società in crisi.

⁴¹ In tal senso D. Calò, E. Virgintino, *I crediti prededucibili*, cit., 1042. A tal proposito gli autori rilevano che «condizione necessaria ma sufficiente rispetto allo scopo della norma pare essere quella dell'ammissione alla procedura concordataria da parte del tribunale, piuttosto che quella dell'omologazione».

A detta di taluni si potrebbe però intervenire sulla percentuale prededucibile del credito, attualmente indicata nell'ottanta per cento, potendo forse questa risultare troppo elevata⁴².

Venendo al quarto comma dell'articolo in analisi, il legislatore dispone che sono prededucibili i compensi spettanti al professionista attestatore, colui cioè che conferma la veridicità dei dati aziendali e la fattibilità del piano concordatario o dell'accordo di ristrutturazione, escludendo con tale formulazione i crediti degli altri professionisti che a vario titolo hanno contribuito alla predisposizione e redazione della domanda di ammissione al concordato o di omologazione dell'accordo di ristrutturazione, con un evidente trattamento di disparità degli stessi. Tale disparità è superabile attraverso una interpretazione conservativa sul piano costituzionale⁴³.

In ogni caso non si è mancato di mettere in luce che la funzione del professionista di cui agli articoli 161, comma 3, e 182 *bis*, comma 1, è l'unica indispensabile *ex lege*, rendendo la posizione di tale professionista unica all'interno del panorama delle procedure alternative al fallimento, alla quale potrebbe affiancarsi solo (tramite un'interpretazione costituzionalmente orientata o con ricorso ad una analogia) la figura del professionista attestatore *ex* articolo 162, comma 2, anche se in questo caso si tratta di una funzione solo eventualmente necessaria, dato che dipende dalla libera scelta dell'imprenditore di ricorrere alla facoltà di falcidia del privilegio⁴⁴.

Da un punto di vista strettamente letterale, bisogna rilevare⁴⁵ che anche nel quarto comma il legislatore utilizzava l'aggettivo «omologato» al singolare, dando adito a dubbi interpretativi, se cioè l'omologa fosse richiesta solo per gli accordi di ristrutturazione e non anche per la procedura di concordato preventivo, come messo in evidenza anche per il secondo comma della medesima disposizione. Anche tale

⁴² Di nuovo S. Ambrosini, *Appunti «flash» sull'art. 182 quater della legge fallimentare*, cit., 3.

⁴³ Soluzione è suggerita da S. Ambrosini, *Appunti «flash» sull'art. 182 quater della legge fallimentare*, cit., 3.

⁴⁴ In tali termini R. D'Amora, *Prededuzione e par condicio: riflessione sulle disuguaglianze funzionali*, in G. Minutoli, *Crisi di impresa ed economia criminale*, Assago (MI), IPSOA, 2011, 366.

⁴⁵ Di nuovo notazione ad opera di D. Calò, E. Virgintino, *I crediti prededucibili*, cit., 1042.

comma è stato oggetto di modifica in sede di conversione, nelle stesse modalità previste per il comma secondo.

Infine, per quanto riguarda il quinto comma, ai primi commentatori della norma è parsa discutibile, perché superflua, l'indicazione dell'esclusione del diritto di voto per i crediti di cui ai commi secondo, terzo e quarto, dal momento che sono privi di voto i creditori privilegiati e quindi, *a fortiori*, anche coloro che sono titolari del beneficio della prededuzione del loro credito. Tale riferimento potrebbe quindi venire espunto⁴⁶.

4.1. Il problema di coordinamento tra l'articolo 182 *quater* l. fall. e l'articolo 111 l. fall.

All'indomani dell'entrata in vigore dell'articolo 182 *quater* sono sorti dubbi, tanto in dottrina quanto in giurisprudenza, sul rapporto tra il nuovo articolo 182 *quater* e l'articolo 111, poiché entrambi disciplinavano (e disciplinano) l'istituto della prededuzione e dettavano (così come adesso) i criteri per stabilire quali crediti potessero essere soddisfatti in prededuzione e quali no, l'uno in maniera puntuale e specifica, l'altro con delle "definizioni" assai late di crediti prededucibili che lasciavano la possibilità di ricomprendere al loro interno le più varie fattispecie rinvenibili nella prassi (una su tutte i crediti anteriori all'apertura della procedura ma funzionali alla stessa).

Si poneva sostanzialmente un'alternativa interpretazione della nuova disposizione⁴⁷.

⁴⁶ Così S. Ambrosini, *Appunti «flash» sull'art. 182 quater della legge fallimentare*, cit., 3.

⁴⁷ Una tale alternativa è posta da L. Stanghellini, *Finanziamenti-ponte e finanziamenti alla ristrutturazione*, in *Fall.*, 2010, 1352, il quale propende per la seconda tesi, pur riconoscendo che la prima tesi non sia così facilmente scartabile, in quanto non è del tutto irragionevole pensare che il legislatore abbia voluto ricondurre a restringere il campo di azione della prededuzione in obbligazioni assunte prima della procedura di concordato. L'autore inoltre mette in luce la confusione creata dalla prededucibilità attribuita al credito del professionista attestatore del piano nel concordato, dichiarando però di non voler prendere posizione al riguardo, per la necessità di più approfondite riflessioni, eccentriche rispetto al tema indagato.

Vi era chi sosteneva che l'articolo 182 *quater* avesse compiuto, con il suo ingresso nell'ordinamento, una sorta di abrogazione tacita dell'articolo 111, per incompatibilità della nuova norma con il comma secondo dell'articolo 111. Si riteneva quindi che l'articolo 182 *quater* avesse sostanzialmente ristretto l'area dei crediti prededucibili che l'articolo 111 aveva tracciato, limitando dunque l'ambito di applicazione di quest'ultimo. In altre parole, questa disposizione andava ad abrogare il beneficio della prededuzione nel successivo, eventuale fallimento per tutti quei crediti sorti in funzione delle procedure concorsuali ma non espressamente previsti dall'articolo 182 *quater*. Questa era l'opinione prevalente della giurisprudenza di merito⁴⁸, nonché di alcuni autori⁴⁹.

Per altro verso, vi era chi intendeva l'articolo 182 *quater* come espressione della volontà del legislatore di individuare in via previa particolari ipotesi di crediti "funzionali" alle procedure concorsuali cui attribuire – per l'appunto *ex ante* anziché nel successivo (eventuale) fallimento – la garanzia del soddisfacimento del proprio

⁴⁸ Per una simile lettura Trib. Milano 26 maggio 2011, in *Fall.*, 2011, 1337 secondo cui se prima dell'introduzione dell'art. 182 *quater*, comma 4, l. fall. si poteva legittimamente dubitare della natura prededucibile del credito del professionista che assiste il debitore nella elaborazione del piano e della domanda di concordato, oggi si deve ritenere che la citata novità normativa, limitando espressamente la possibilità di riconoscere la prededuzione al credito maturato dal professionista attestatore della veridicità dei dati e della fattibilità del piano e, soprattutto, condizionando tale possibilità all'esplicito riconoscimento della prededuzione nel provvedimento con il quale il tribunale accoglie la domanda di ammissione al concordato, abbia finito con l'escludere la possibilità di riconoscere la prededuzione a crediti di professionisti diversi da quello previsto dall'art. 161, comma 3, l. fall., la cui prestazione sia stata posta in essere prima dell'apertura della procedura. Per analoghe considerazioni Trib. Terni 13 giugno 2011, in *Fall.*, 2011, 1339.

⁴⁹ Di tale avviso R. D'Amora, *Prededuzione e par condicio: riflessione sulle disuguaglianze funzionali*, cit., 365, il quale ritiene che la riforma del 2010 (nello specifico l'art. 182 *quater*) costituisca una "interpretazione autentica" dell'art. 111 e che quindi debba essere adottata la soluzione più rigorosa, tale da escludere l'invasione di crediti prededucibili ad opera di terzi nel successivo fallimento. L'art. 182 *quater* è da leggere, per non contravvenire alla *ratio* stessa della norma, nel senso di escludere la prededuzione per i creditori non ivi esplicitamente contemplati onde incorrere nello spiacevole inconveniente di una antinomia.

credito in prededuzione, senza precludere l'accesso a tale garanzia ad altri creditori dall'apporto parimenti funzionale alla procedura⁵⁰.

Si riteneva, quindi, che l'obiettivo che il legislatore aveva voluto perseguire con l'introduzione dell'articolo 182 *quater* fosse duplice: da un lato attribuire la prededucibilità ad una serie di crediti "fin da prima", secondo una valutazione di assoluta indispensabilità per la procedura (senza precludere, lo si ripete, analogo trattamento di favore per altri crediti valutati meritevoli della tutela), dall'altro indicare espressamente la possibilità di utilizzare lo strumento della prededuzione anche negli accordi di ristrutturazione, con il chiaro fine di agevolare il ricorso a soluzioni alternative al fallimento⁵¹.

Ma, in nessun caso, si ravvisava l'intento del legislatore di utilizzare l'articolo 182 *quater* come disposizione per una interpretazione «parzialmente abrogante»⁵² dell'articolo 111, comma 2, anche perché tale processo logico darebbe vita ad una operazione ermeneutica non corretta: eliminare l'articolo 111 vorrebbe dire obliterare la sola disposizione concorsuale che individua e regola la prededuzione nel fallimento, sottraendo così la base su cui si fonda lo stesso articolo 182 *quater*⁵³.

⁵⁰ Tra i sostenitori di questa soluzione interpretativa, tra gli altri S. Ambrosini, *Profili civili e penali delle soluzioni negoziate nella L. n. 122/2010*, in *Fall.*, 2011, 646; M. Ferro, F. S. Filocamo, *Art. 182 quater*, in AA. VV., *La legge fallimentare. Commentario teorico-pratico*, M. Ferro (a cura di), Seconda edizione, Padova, Cedam, 2011, 2196; S. Bonfatti, *Le procedure di composizione negoziale della crisi d'impresa: opportunità e responsabilità*, relazione al Convegno Nazionale di Reggio Emilia dell'8 ottobre 2010 su "Il sostegno finanziario dell'impresa nelle procedure di composizione negoziale delle crisi" in *ilcaso.it*; A. Patti, *La prededuzione dei crediti funzionali al concordato preventivo tra art. 111 ed art. 182 quater l. fall.*, in *Fall.*, 11, 2011, 1345, in particolare il par. 5 dedicato, appunto, al rapporto tra le due norme. *La legge fallimentare. Commentario teorico-pratico*, M. Ferro (a cura di), Seconda edizione, Padova, Cedam, 2011.

⁵¹ Cfr. A. Patti, *La prededuzione dei crediti funzionali al concordato preventivo tra art. 111 ed art. 182 quater l. fall.*, cit., 1346.

⁵² In questi termini A. Patti, *La prededuzione dei crediti funzionali al concordato preventivo tra art. 111 ed art. 182 quater l. fall.*, cit., 1346.

⁵³ Sul punto, A. Patti, *La prededuzione dei crediti funzionali al concordato preventivo tra art. 111 ed art. 182 quater l. fall.*, cit., 1346.

Non si mancava inoltre di sottolineare come tale visione fosse in palese contrasto sia con lo spirito generale della riforma della legge fallimentare – quello di agevolare e favorire l’accesso alle procedure di composizione della crisi diverse dal fallimento – sia con il principio di eguaglianza contenuto nell’articolo 3 della nostra Costituzione⁵⁴.

Infatti, ad esempio, una tale interpretazione avrebbe comportato un trattamento evidentemente deteriore per tutti gli altri professionisti, diversi dal professionista puntualmente descritto nel comma quarto dell’articolo 182 *quater*, che ugualmente avessero concorso a supportare il debitore nella presentazione della domanda di concordato (o dell’accordo di ristrutturazione).

Il problema del coordinamento viene quindi risolto (senza alcuna forzatura né irragionevole disparità di trattamento) ponendo le due norme in un rapporto di *genus* – *species*, dovendosi dunque ritenere che i crediti indicati nell’articolo 182 *quater* rientrassero nella categoria di crediti che l’articolo 111, comma 2, prevede come prededucibili in quanto «così qualificati da una specifica disposizione di legge», fermo restando che altri crediti ben avrebbero potuto fruire della prededuzione una volta riconosciuta, in sede fallimentare, la loro funzionalità o occasionalità rispetto alla procedura⁵⁵.

Solo così può dirsi ripristinato un corretto rapporto, da *genus* a *species*, tra l’articolo 111, comma 2, e l’articolo 182 *quater*.

⁵⁴ Così G. B. Nardecchia, *I crediti sorti in funzione o in occasione del concordato preventivo*, in *Fall.*, 1, 2014, 74.

⁵⁵ Sulla questione si è pronunciata anche la Corte di Cassazione, la cui Prima Sezione, con la sentenza n. 5098 del 2014, ha sposato tale seconda opzione interpretativa. La Corte, infatti, con riferimento all’articolo 182 *quater* ha affermato che si tratta di «norma speciale, inidonea ad incidere sulla disciplina generale della prededuzione nel fallimento».

4.2. La configurabilità ed il senso della prededuzione “interna” al concordato o all’accordo di ristrutturazione.

Con riguardo all’articolo 182 *quater* ci si vuole ancora interrogare su una questione: se la prededuzione *ex* articolo 182 *quater* sia configurabile solo nell’eventualità in cui si apra il successivo fallimento o se la garanzia della prededucibilità possa aversi già all’interno della procedura di concordato preventivo o dell’accordo di ristrutturazione.

Varie sono state le voci che si sono espresse su questa questione, appoggiando chi l’una chi l’altra visione della disposizione.

La prevalente dottrina si è espressa nel senso della configurabilità di una prededuzione «interna» al concordato, a prescindere dal fatto che a questa procedura segua la dichiarazione di fallimento del debitore. L’opinione prevalente⁵⁶ ha, infatti, riconosciuto l’operatività della prededuzione all’interno del concordato preventivo e con riguardo all’accordo di ristrutturazione, prima che nel successivo eventuale fallimento ritenendo incongruo accordare una tutela forte al finanziamento solo nello scenario di crisi più grave, relegandolo a mero credito soggetto alle regole del concorso in caso di soluzione della crisi mediante concordato. Nessun istituto di credito, peraltro, concederebbe un finanziamento nella speranza che il finanziato fallisca, così da poter recuperare l’intero importo del proprio credito.

Ma si sono registrate anche voci avverse⁵⁷, che hanno manifestato forti dubbi circa la possibilità di una prededuzione già all’interno del concordato, talvolta da alcuni sostenuta per il tramite dell’articolo 111 l. fall., ritenendo quest’ultima norma applicabile anche a tale fattispecie. Questa parte della dottrina ritiene che il riferimento a tale articolo sia improprio in quanto esso non è ricompreso tra le norme in generale applicabili anche al concordato preventivo *ex* articolo 169 l.fall. Ne consegue la constatazione che il richiamo all’articolo 111 avrebbe semplicemente un

⁵⁶ *Ex multis* A. Didone, *Concordato preventivo diniego di prededuzione e rimedi*, in *Fall.*, 7, 2012, 827; L. Stanghellini, *Finanziamenti-ponte e finanziamenti alla ristrutturazione*, cit., 1351.

⁵⁷ Per come riportate, anche nel loro contenuto, da F. S. Filocamo, *La prededucibilità dei crediti nel concordato preventivo e negli accordi di ristrutturazione dei debiti*, cit., 1151.

effetto prenotativo o cautelativo rispetto all'esito infausto di un concordato o di un accordo di ristrutturazione che sfoci in fallimento.

Inoltre, c'è chi ha sostenuto che la restituzione dei crediti da finanziamento erogati per permettere la continuazione dell'attività di impresa debba essere postergata rispetto al pagamento dei crediti dei creditori estranei al piano in modo da non compromettere questi ultimi; in tal modo il finanziatore beneficerà della prededuzione solo nel successivo eventuale fallimento⁵⁸.

A favore, invece, della configurabilità di una "prededuzione" interna al concordato preventivo o all'accordo di ristrutturazione sembrerebbe militare la rubrica dell'articolo 182 *quater* l.fall. ("Disposizioni in tema di prededucibilità dei crediti nel concordato preventivo, negli accordi di ristrutturazione dei debiti") ma dal testo della disposizione non è possibile trarre elementi chiari che possano confermarne l'impressione⁵⁹.

Si ritiene, quindi, necessario⁶⁰ prendere in considerazione le ricadute applicative e sistematiche delle due possibili opzioni interpretative e risolvere il quesito privilegiando quella che più manifestamente abbracci la *ratio* (incentivare il ricorso alle soluzioni concordate della crisi d'impresa) della riforma che ha voluto l'ingresso di questa disposizione nell'ordinamento.

Nell'ipotesi in cui si consideri che la prededuzione sia ravvisabile solo nel successivo fallimento, la stragrande maggioranza dei crediti da finanziamento ponte effettuati per permettere la procedura di concordato preventivo o l'accordo di ristrutturazione, crediti necessariamente anteriori al deposito della domanda, godrebbe dell'integrale soddisfazione in un numero limitatissimo di casi, e cioè nell'ipotesi di integrale pagamento di tutti i creditori ovvero, se isolata in un'apposita

⁵⁸ Cfr. F. S. Filocamo, *La prededucibilità dei crediti nel concordato preventivo e negli accordi di ristrutturazione dei debiti*, cit., 1152.

⁵⁹ In questi termini G. B. Nardecchia, *I crediti sorti in funzione o in occasione del concordato preventivo*, cit., 75.

⁶⁰ Tale suggerimento proviene da G. B. Nardecchia, cit., 75.

classe di chirografari integralmente soddisfatti, nel rispetto del divieto di alterare le cause legittime di prelazione⁶¹.

Questa configurazione andrebbe chiaramente nella direzione opposta a quella che ha guidato lo spirito della legge.

Deve quindi riconoscersi una prededucibilità già «interna» al concordato o all'accordo di ristrutturazione.

A ciò consegue che il riconoscimento della prededuzione contenuto nel decreto di ammissione costituisca una deroga al divieto di alterare le cause legittime di prelazione sancito dall'articolo 180 l.fall.

Ove si riconosca una prededuzione già all'interno del concordato preventivo o dell'accordo di ristrutturazione, si è affermato che essa si sostanzierebbe nel diritto all'integrale pagamento del credito⁶².

Di conseguenza, tale concetto di prededuzione nel concordato (o accordo di ristrutturazione) non è completamente sovrapponibile al concetto di prededuzione nel fallimento.

Infatti, il credito prededucibile nel fallimento è, oltre erogato per l'intero, restituito prioritariamente rispetto agli altri crediti.

Nel caso, invece, del concordato preventivo il credito gode solo della prima delle due qualità appena menzionate, in quanto l'ordine di soddisfazione dei crediti dipende dalla volontà delle parti, la quale viene trasfusa nel piano per i crediti sorti prima dell'ammissione alla procedura, ovvero manifestata nei contratti di finanziamento per quelli successivi.

Quindi, i termini di pagamento dei crediti prededucibili sono liberamente concordati dal debitore e dai suoi creditori, comportando che un credito prededucibile talora potrà essere soddisfatto prima, talaltra dopo l'erogazione delle somme spettanti agli altri creditori concordatari.

⁶¹ Così M. Ferro, F. S. Filocamo, *Art. 182 quater*, in AA. VV., *La legge fallimentare. Commentario teorico-pratico*, cit., 2185.

⁶² Di questo avviso G. B. Nardecchia, *I crediti sorti in funzione o in occasione del concordato preventivo*, cit., 76.

5. Il d.l. 83/2012, convertito nella l. 134/2012: nuove ipotesi di prededuzione.

La materia è stata ulteriormente rimaneggiata con il d.l. 22 giugno 2012, n. 83 successivamente convertito nella l. 7 agosto 2012, n. 134 recante «Misure urgenti per la crescita del Paese».

In particolare, è grazie all'articolo 33 contenuto nel capo III («Misure per facilitare la gestione delle crisi aziendali») del decreto che il legislatore ha messo nuovamente mano al regime della prededuzione, attraverso l'integrazione, la riscrittura e l'introduzione di alcune norme attinenti all'istituto.

Si procederà passando in rassegna le modifiche più importanti con riguardo alla prededuzione.

In primo luogo, preme portare all'attenzione l'introduzione di un comma 7 all'interno dell'articolo 161 («Domanda di concordato») con cui il legislatore ha attribuito il premio della prededucibilità ad una determinata fattispecie di crediti. Tale norma, infatti, dispone che dopo il deposito del ricorso e fino al decreto di ammissione alla procedura il debitore può compiere gli atti urgenti di straordinaria amministrazione previa autorizzazione del tribunale. Nello stesso periodo e a decorrere dallo stesso termine il debitore può altresì compiere gli atti di ordinaria amministrazione. I crediti di terzi eventualmente sorti per effetto degli atti legalmente compiuti dal debitore sono prededucibili ai sensi dell'articolo 111.

Fra le prime pronunce in giurisprudenza in applicazione della disposizione in esame si segnala quella per la quale «in tema di concordato preventivo, la valutazione in ordine al carattere di ordinaria o straordinaria amministrazione dell'atto posto in essere dal debitore senza autorizzazione del giudice delegato, ai fini della eventuale dichiarazione di inefficacia dell'atto stesso ai sensi dell'art. 167 legge fall., deve essere compiuta dal giudice di merito tenendo conto che il carattere di atto di straordinaria amministrazione dipende dalla sua idoneità ad incidere negativamente sul patrimonio del debitore, pregiudicandone la consistenza o compromettendone la capacità a soddisfare le ragioni dei creditori, in quanto ne determina la riduzione, ovvero lo grava di vincoli e di pesi cui non corrisponde l'acquisizione di utilità reali prevalenti su

questi. Alla luce di questo principio, devono ritenersi di ordinaria amministrazione gli atti di comune gestione dell'azienda, strettamente aderenti alle finalità e dimensioni del suo patrimonio e quelli che - ancorché comportanti una spesa elevata - lo migliorino o anche solo lo conservino, mentre ricadono nell'area della straordinaria amministrazione gli atti suscettibili di ridurlo o gravarlo di pesi o vincoli cui non corrispondano acquisizioni di utilità reali su di essi prevalenti»⁶³.

Da tale principio si ricava che debba essere respinta la domanda con la quale il debitore, già ammesso alla procedura di concordato preventivo con riserva *ex* articolo 161, comma 6, l. fall., chiede l'autorizzazione, ai sensi del settimo comma della norma citata, a conferire incarico professionale a determinati avvocati per la redazione del piano e della proposta di concordato preventivo e per la assistenza e consulenza della società concordataria in tutte le fasi procedurali, nonché ad altro professionista per la redazione della relazione attestata di cui all'articolo 161, comma 3, l. fall.⁶⁴.

In secondo luogo, il legislatore ha riscritto in alcuni punti il neo-introdotta articolo 182 *quater*. Nello specifico sono state soppresse le parole «da banche e intermediari finanziari [...]», eliminando quel limite soggettivo che l'articolo 182 *quater* poneva nella sua originaria formulazione al comma 1. Hanno acquistato, così, il beneficio della prededuzione i crediti derivanti da finanziamenti da chiunque effettuati in esecuzione di un concordato preventivo ovvero di un accordo di ristrutturazione dei debiti omologato.

⁶³ Così Trib. Terni 28 dicembre 2012, in *ilcaso.it*.

⁶⁴ Cfr. Trib. Terni, cit. Nel corso delle motivazioni a fondamento della decisione, tale afferma che gli atti in questione debbano, infatti, essere considerati di ordinaria amministrazione, in quanto addirittura necessari per lo svolgimento della procedura di concordato, sia sotto il profilo della consulenza ed assistenza del debitore nella predisposizione del piano e della proposta concordataria di cui si intende chiedere l'omologazione, sia per l'attestazione prescritta dall'art. 161, comma 3, l.fall. Nessuna autorizzazione è, pertanto, dovuta, ai sensi della norma in esame, anche sotto il profilo della "urgenza" che ivi connota gli atti di straordinaria amministrazione, a conferma che essa non può riguardare atti normativamente previsti per l'ordinario *iter* concordatario, salvo che essi, per una sproporzionata incidenza sul patrimonio del debitore, finiscano per inciderne oltremisura l'integrità.

Il legislatore ha altresì sostituito il terzo comma con il seguente: «in deroga agli articoli 2467 e 2497-quinquies del codice civile, il primo e il secondo comma del presente articolo si applicano anche ai finanziamenti effettuati dai soci fino alla concorrenza dell'80 per cento del loro ammontare. 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».

Infine, ha abrogato il comma 4 dell'articolo 182 *quater* che secondo l'originaria formulazione garantiva la prededuzione dei compensi spettanti al professionista incaricato di predisporre la relazione di cui agli articoli 161 comma 3, 182 *bis* comma 1 (alla condizione che ciò fosse espressamente disposto dal tribunale nel decreto di accoglimento della domanda di ammissione al concordato preventivo ovvero l'accordo sia omologato). Secondo alcuni tale soppressione va vista con favore in quanto da un lato si evitano i problemi derivanti dal coordinamento tra articolo 111 e articolo 182 *quater* in merito a tale categoria di crediti, problemi che avevano portato taluni ad una interpretazione restrittiva rispetto all'articolo 111 l.fall., dall'altro permette di superare tutte le incertezze interpretative riguardanti il regime di impugnazione del provvedimento del tribunale che nega la prededuzione⁶⁵. In questo modo il credito del professionista attestatore è ora equiparato a quello degli altri professionisti che intervengono a supporto del debitore, così che per tutti si debba fare riferimento alla fattispecie delineata dall'articolo 111 l. fall.

Questo però può far sorgere non pochi sospetti di incostituzionalità, se si pensa che in questo modo, mentre i crediti sorti con riferimento a procedure concorsuali potranno beneficiare, per il tramite dell'articolo 111, comma 2, della prededuzione, invece i crediti derivanti da accordi di ristrutturazione (qualora si aderisse alla tesi per cui tali non costituiscono una procedura concorsuale) resterebbero estranei all'applicazione dell'articolo 111, con il risultato che i professionisti che coadiuvano il debitore nella formulazione e nel deposito dell'accordo godranno del privilegio e non della prededuzione nell'eventuale successivo fallimento.

⁶⁵ Cfr. G. B. Nardecchia, *I crediti sorti in funzione o in occasione del concordato preventivo*, cit., 77.

In terzo luogo, attraverso il d.l. 83/2012 ha fatto ingresso nell'ordinamento l'articolo 182 *quinqüies* che fa da corollario a quanto disposto dall'articolo 182 *quater*. Attraverso questo articolo è possibile riconoscere, per la prima volta, la futura prededucibilità del credito derivante dal mancato recupero di un finanziamento all'impresa in crisi, addirittura precedente alla concessione del finanziamento stesso.

Nello specifico, con tale disposizione si stabilisce che sono prededucibili ai sensi dell'articolo 111 i crediti derivanti da finanziamenti (senza indicazione del soggetto finanziatore) autorizzati dal tribunale al momento (o dopo) il deposito della domanda di ammissione al concordato preventivo o della domanda di omologazione di un accordo di ristrutturazione, purché un professionista attesti che tali finanziamenti sono «funzionali alla migliore soddisfazione dei creditori».

L'autorizzazione del tribunale può riguardare anche finanziamenti individuati soltanto per tipologia ed entità, e non ancora oggetto di trattative.

Tale articolo prevede dunque ulteriori fattispecie di finanziamenti prededucibili «ai sensi dell'articolo 111».

Non sono mancati contributi in dottrina che hanno analizzato la nuova normativa, alla luce della riforma operata nel 2012, con particolare attenzione per le parole con cui il legislatore si è voluto esprimere⁶⁶.

Sicuramente l'ultimo intervento riformatore ha creato un florilegio di nuove prededuzioni, segno di una chiara propensione in favore delle soluzioni alternative al fallimento. Qui il principio della *par condicio* è venuto via via sbiadendosi con il risultato che è possibile creare una disuguaglianza funzionale, derivante dall'utilizzo della prededuzione, che potrebbe sfociare nel patologico nel caso in cui alla procedura concorsuale dovesse seguire il fallimento, rendendo la disuguaglianza funzionale una disuguaglianza *tout court* e dando vita così al «danno collaterale dell'esito infausto del ricorso alla concorsualità alternativa»⁶⁷.

⁶⁶ Ex multis A. Didone, *La prededuzione dopo la L. n. 134 del 2012 (prededuzione "ai sensi" e prededuzione "ai sensi e per gli effetti"?)*, in *Fall.*, 8, 2013, 920; R. D'Amora, *La prededuzione nell'anno di grazia 2013*, in *Osservatorio OCI*, 7.

⁶⁷ In questi termini R. D'Amora, *La prededuzione nell'anno di grazia 2013*, cit., 5.

Nell'analizzare la disciplina vigente è stata elaborata una teoria della distinzione tra prededuzione "ai sensi" e prededuzione "ai sensi e per gli effetti".

Tale tesi parte dal presupposto che il legislatore abbia fatto un uso consapevole delle parole di tal che il punto di partenza è che «a significanti diversi corrispondano anche significati diversi. Piaccia o meno il risultato finale del possibile esercizio di semantica lessicale»⁶⁸.

Così vanno valutati diversamente, quanto agli effetti, l'articolo 182 *quater*, il quale protegge il credito del finanziatore con l'espressione "ai sensi e per gli effetti dell'art. 111" e gli articoli 161, comma 7, e 182 *quinqües* in cui si parla di crediti prededucibili "ai sensi dell'art. 111".

Secondo questa tesi interpretativa l'espressione "ai sensi" costituisce un riferimento descrittivo, mentre il sintagma "per gli effetti" indica un riferimento operativo: con il primo si assolve la funzione di richiamare la disciplina di un istituto, con il secondo si identifica lo spazio di efficacia, di operatività che si intende attribuire mediante il richiamo.

Con riferimento all'articolo 182 *quater*, dunque, l'utilizzo dell'espressione "ai sensi e per gli effetti" indica che la prededuzione enucleata nell'articolo in questione è quella disciplinata dall'articolo 111 e ha lo stesso ambito di operatività dell'articolo 111.

Il legislatore utilizza, quindi, espressioni parzialmente diverse in due norme adiacenti (riferendoci all'articolo 182 *quater* e 182 *quinqües*) con la conseguenza che non si può ritenere, se non in via residuale, che tali norme abbiano significato equivalente.

Nel condurre le analisi semantiche, si amplia il quadro, ricomprendendo anche gli interventi, cronologicamente concomitanti, in materia di crediti prededucibili contenuti nella disciplina della insolvenza civile, che è stata riformata con il d. l. 179/2012 convertito nella legge 17 dicembre 2012, n. 221.

⁶⁸ Così R. D'Amora, *La prededuzione nell'anno di grazia 2013*, cit., 7, il quale è fautore della suddetta tesi.

Considerando alcune norme di questa disciplina, ci si imbatte in una prededuzione “a norma dell’art. 111” (art. 12, comma 5, l. 221/2012) e in una “soddisfazione con preferenza” (art. 13, comma 4 *bis*, e articolo 14 *duodecies* l. 221/2012) che possono essere parificate alla prededuzione “ai sensi dell’art. 111” degli articoli 161, comma 7, e 182 *quinquies*. Aggiungendosi a tali espressioni quella di prededucibilità “ai sensi e per gli effetti di cui all’art. 111”, ci si trova in un contesto lessicalmente variegato sicché «quattro significanti per un solo significato sembrano troppi. È ragionevole pensare che il legislatore abbia inteso cose parzialmente diverse⁶⁹», con la conclusione che «quando il legislatore intende ricondurre l’operatività della prededuzione all’ambito fallimentare utilizza l’espressione “per gli effetti dell’art. 111” omettendo la precisazione espressa solo quando il rinvio al fallimento è insito nello stesso contesto normativo, per cui diverrebbe pleonastico⁷⁰».

Anche con riferimento alla riforma del 2012 è sorto, in capo all’interprete, il quesito sul raggio di operatività della prededuzione, cioè se solo in ambito concordatario o anche in caso di successivo fallimento. Per rispondere è necessario esaminare più da vicino le nuove norme creatrici di prededuzione: l’articolo 161, comma 7, e l’articolo 182 *quinquies*.

Prendendo in esame la prima delle due disposizioni, preso atto della volontà del legislatore della riforma di accentuare la facoltà di autodeterminazione del debitore in un contesto di dialogo privilegiato tra il debitore e i suoi creditori, al fine di giungere ad un accordo capace di eliminare lo stato di crisi dell’impresa, è doveroso concludere che le protezioni dei crediti volontariamente concesse per il tramite dell’articolo 161, comma 7, non possano automaticamente trasmigrare in caso di successivo fallimento dell’impresa. Tale automatismo si trasformerebbe in abuso o comunque creerebbe un’irragionevole asimmetria con lo *status* dell’imprenditore che non ha avuto bisogno di tale protezione preventiva.

⁶⁹ Così R. D’Amora, *La prededuzione nell’anno di grazia 2013*, cit., 10.

⁷⁰ Conclusione cui giunge R. D’Amora, *La prededuzione nell’anno di grazia 2013*, cit., 11.

Bisogna dunque concludersi che «è, dunque, la stessa regola dell'art. 161, co. 7 che impone una nozione della prededuzione con valenza esclusivamente concordataria, sicché non causale è l'adozione della formula ridotta di qualificazione dei crediti sorti per effetto degli atti legalmente compiuti: “prededucibili ai sensi dell'art.111” e non anche “per gli effetti dell'art. 111”» così che «la prededuzione ai sensi (e non anche “per gli effetti”) dell'art. 111 rende il pungiglione dell'art. 161, co.6 come appartenente ad un'ape operosa⁷¹».

Considerando la seconda disposizione, essa è stata introdotta a causa della scarsa operatività dell'articolo 182 *quater*, almeno per quanto riguarda la disciplina contenuta nel comma 2, in quanto la protezione è soggetta a diverse condizioni, alcune delle quali incerte nella loro realizzazione. È, dunque, evidente la *ratio* intrinsecamente agevolativa della norma che ha come fine quello di permettere l'accesso a finanziamenti in tempi rapidi, così che si pone, in capo al debitore e al creditore, un'alternativa: far transitare il finanziamento attraverso la via tradizionale dell'articolo 182 *quater* oppure attraverso quella più agile dell'articolo 182 *quinquies*.

Operativamente parlando, con un *focus* sul ruolo del tribunale nel controllare e decidere riguardo al finanziamento, «nell'ambito dell'art. 182-*quater* la valutazione di funzionalità è effettuata in via preventiva dal tribunale (o dalla maggioranza qualificata dei creditori in una visione privatistica di equipollenza delle due fasi) e questa è la *ratio* di una prededuzione “ai sensi e per gli effetti dell'art. 111”, che comporta la definitività della valutazione *ex ante* non più scrutinabile dal giudice dello stato passivo, così raggiungendosi il massimo grado di certezza dei rapporti giuridici e di sicurezza per i soggetti che trattano con l'impresa in procedura. Nel contesto dell'art. 182-*quinquies* il tribunale esercita, invece, un mero controllo di legittimità sostanziale in ordine alla attestazione del professionista, designato dal debitore, sulla funzionalità del finanziamento alla migliore soddisfazione dei creditori, e dunque, non si determina un necessario vincolo simmetrico nell'eventuale successivo fallimento:

⁷¹ Cfr. R. D'Amora, *La prededuzione nell'anno di grazia 2013*, cit., 19.

questo la *ratio* e il senso del riconoscimento di una prededuzione solo “ai sensi dell’art. 111”⁷²».

L’articolo 182 *quinquies*, comma 1, mette in luce da sé la necessità di riconoscere una prededuzione “necessaria” solo all’interno della procedura da cui trae origine, confermando l’esistenza e il senso di una prededuzione avente valore relativo e non assoluto.

La conclusione cui giunge l’autore che ha elaborato questa teoria della distinzione tra prededuzione “ai sensi” e prededuzione “ai sensi e per gli effetti” è che le norme analizzate sono tutt’altro che “velenose” in quanto contribuiscono a creare nuovi spazi di autonomia privata e autodeterminazione a favore dell’imprenditore, oltre che agevolarlo al tavolo delle trattative con i suoi creditori, evitando che il ricorso a soluzioni alternative per la risoluzione della crisi d’impresa conduca alla patologia e al malfunzionamento del successivo fallimento, attraverso l’adozione della prededuzione “ai sensi dell’art. 111” – quella prededuzione che potremmo chiamare debole – che non si travasa automaticamente in caso di successivo fallimento.

Tale prededuzione debole costituisce quindi anzitutto un valido strumento (una forza quindi e non una debolezza) per l’imprenditore che in prima persona, coadiuvato dai professionisti da lui designati, si spenda per trovare modi di risoluzione della propria vicenda debitoria, ma altresì assegna un ruolo attivo anche il finanziatore, ora chiamato apertamente in gioco nella valutazione di credibilità del piano di ristrutturazione.

Tuttavia, non sono mancate le voci di dissenso verso questa teoria basata sulla distinzione tra prededuzione “ai sensi e per gli effetti” e prededuzione “ai sensi” e in particolare sulla possibilità di configurare una prededuzione valevole nel concordato e anche nel successivo fallimento (prededuzione “forte”) piuttosto che operante solo in ambito concordatario (prededuzione “debole”) a seconda dell’utilizzo dell’una o dell’altra espressione⁷³.

⁷² R. D’Amora, *La prededuzione nell’anno di grazia 2013*, cit., 23.

⁷³ In senso opposto rispetto a R. D’Amora, si veda A. Didone, *La prededuzione dopo la L. n. 134 del 2012 (prededuzione “ai sensi” e prededuzione “ai sensi e per gli effetti”?)*, cit.

Chi critica la teoria rinviene, infatti, nel diverso utilizzo delle espressioni, una mera improprietà linguistica del legislatore⁷⁴.

Vari argomenti vengono portati a sostegno di tale posizione.

Anzitutto si rileva come l'espressione "ai sensi e per gli effetti" non sia presente in alcuna disposizione del testo originario del codice di procedura civile, così come è assente nel testo originario della legge fallimentare del 1942. Al contrario, all'interno delle disposizioni sia del codice di procedura civile che della legge fallimentare si rinviene l'espressione "ai sensi".

Anche nel codice civile non si registra mai l'enunciato "ai sensi e per gli effetti" se non con una novella del 2010 (emblematica la data), in particolare negli articoli 2343 *quater*, 2443 e 2444 modificati dal d. lgs. 29 novembre 2010, n. 224.

Se si dovesse dar conto alla teoria già più volte menzionata, per cui l'espressione "ai sensi" contiene un riferimento descrittivo volto ad indicare la disciplina di un istituto cui si richiama mentre l'enunciato "per gli effetti" uno di tipo operativo, indicante lo spazio di efficacia, si dovrebbe concludere che in tutte le disposizioni (tutte nel testo del 1942) in cui il legislatore ha effettuato un richiamo "ai sensi" di una determinata norma, egli abbia voluto intendere richiamata solo la disciplina ma non anche gli effetti di questa.

Chi sostiene che non vi sia alcuna distinzione in campo pratico tra gli enunciati sopra riportati afferma che è possibile fugare qualsiasi dubbio residuo richiamando l'uso, interscambiabile, che la Corte Costituzionale fa delle due formule del rinvio.

6. Il d.l. 145/2013, convertito nella l. 9/2014: interpretazione autentica della norma contenuta nell'articolo 111, comma 2, l. fall.

Nell'ambito di un quadro normativo già sufficientemente complesso⁷⁵ per

⁷⁴ Si veda A. Didone, *La prededuzione dopo la L. n. 134 del 2012 (prededuzione "ai sensi" e prededuzione "ai sensi e per gli effetti"?)*, cit.

⁷⁵ Nell'estate del 2013, con d.l. 21 giugno 2013, n. 69, convertito dalla l. 9 agosto 2013, n. 98, è stata nuovamente in parte riformata la disciplina del concordato. In particolare, nel capo IV intitolato "Disposizioni in materia di concordato preventivo" l'articolo 82 apporta una serie di modifiche all'articolo

il susseguirsi di riforme nel giro di poco tempo, si è inserito il “decreto Destinazione Italia”, d.l. 145/2013 che, per il tramite della sua legge di conversione del 21 febbraio 2014, n. 9, ha fornito un’interpretazione autentica dell’articolo 111, comma 2.

In particolare, l’articolo 11, comma 3 *quater*, dispone: «La disposizione di cui all'articolo 111, secondo comma, del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267, e successive modificazioni, si interpreta nel senso che i crediti sorti in occasione o in funzione della procedura di concordato preventivo aperta ai sensi dell'articolo 161, sesto comma, del medesimo regio decreto n. 267 del 1942, e successive modificazioni, sono prededucibili alla condizione che la proposta, il piano e la documentazione di cui ai commi secondo e terzo del citato articolo 161 siano presentati entro il termine, eventualmente prorogato, fissato dal giudice e che la procedura sia aperta ai sensi dell'articolo 163 del medesimo regio decreto, e successive modificazioni, senza soluzione di continuità rispetto alla presentazione della domanda ai sensi del citato articolo 161, sesto comma».

Una prima considerazione che si trae dalla lettura della disposizione è che il legislatore definisce il concordato con riserva (articolo 161, comma 6) come una vera e propria procedura di concordato preventivo. Che si tratti di una mera improprietà espressiva è dimostrato dal fatto che subito dopo, ben più pertinentemente il legislatore ha subordinato l’ultrattività dell’istituto della prededuzione alla condizione che una procedura di concordato sia aperta senza soluzione di continuità ai sensi dell’articolo 163 l. fall⁷⁶.

Inoltre, si riscontra l’attribuzione al giudice di poteri autorizzatori nel merito, sulla scia della “controriforma” del sistema concorsuale avviata con il d.l. 83/2012

161 l. fall. che consistono nell’introduzione della figura del commissario giudiziale anche nel concordato cosiddetto “con riserva”. Nello specifico al comma 7 viene inserita la necessità del parere favorevole del commissario giudiziale, se nominato, perché i crediti tratteggiati dalla fattispecie possano essere prededucibili. Inoltre, sono previsti obblighi di sorveglianza da parte di tale figura (come espresso dal nuovo articolo 161, comma 8).

⁷⁶ Così F. Lamanna, *La limitata ultrattività della prededuzione secondo il decreto “Destinazione Italia” nella consecutio tra il preconcordato e le altre procedure concorsuali*, in *ilfallimentarista.it*, 6.

(convertito nella l. 134/2012), mai prima riscontrati neanche nell'originaria versione pubblicistica dell'istituto concordatario, e proseguita con il d.l. 69/2013 (convertito nella l. 98/2013).

Con l'interpretazione autentica in esame si è danneggiato l'unico istituto in grado di anticipare efficacemente la emersione della crisi, cioè il concordato con riserva. Tale tipologia di concordato presenta, infatti, due caratteristiche positive: aver la funzione di prevenire l'insolvenza e favorire la continuità aziendale.

In tale contesto, in cui potrebbe sorgere spontaneo il dubbio che a rimetterci siano i creditori concorsuali, essi sono in realtà tutelati grazie ai penetranti controlli nell'attività del debitore da parte del tribunale, e ora anche del commissario giudiziale.

Attesi i benefici derivanti da questa procedura, non si è capito perché il legislatore abbia voluto sottoporre il concordato "con riserva" a delle così stringenti condizioni: non solo che la proposta, il piano e la documentazione di cui ai commi secondo e terzo del citato articolo 161 siano presentati entro il termine, ma anche che la procedura sia aperta e che sia assente una soluzione di continuità nel passaggio dal concordato "con riserva" al concordato vero e proprio⁷⁷. Si tratta di requisiti che, in quanto oggettivi, sono facilmente verificabili, così che l'esame negativo di essi produrrà, come conseguenza, il mancato riconoscimento del beneficio della prededuzione⁷⁸.

Quindi, prima di privare di vita il concordato con riserva, l'istituto più innovativo e in linea con lo spirito del moderno sistema concorsuale, è doveroso chiedersi quale possa essere la portata dell'articolo 11, comma 3 *quater*, e se tale norma sia effettivamente di natura interpretativa o non abbia forse una connotazione innovativa⁷⁹.

⁷⁷ Cfr. P. Vella, *L'interpretazione autentica dell'art. 111 co 2, l. fall. e i nuovi orizzonti della prededuzione pre-concordataria*, in *ilcaso.it*, 5.

⁷⁸ Così M. Vitiello, *La prededuzione nel concordato preventivo dopo la conversione del decreto "Destinazione Italia"*, in *ilfallimentarista.it*, 3.

⁷⁹ In questi termini P. Vella, *L'interpretazione autentica dell'art. 111 co 2, l. fall. e i nuovi orizzonti della prededuzione pre-concordataria*, cit., 5.

La Corte Costituzionale, in svariate pronunce sul tema, in generale, dell'interpretazione autentica, ha affermato che essa può sorgere non solo in presenza di incertezze o contrasti giurisprudenziali sull'applicazione di una disposizione, ma anche «quando la scelta imposta dalla legge rientri tra le possibili varianti di senso del testo originario, così rendendo vincolante un significato ascrivibile ad una norma anteriore»⁸⁰ ma sottolinea che occorre comunque che tale scelta non contrasti con «il principio generale di ragionevolezza, che si riflette nel divieto d'introdurre ingiustificate disparità di trattamento; la tutela dell'affidamento legittimamente sorto nei soggetti, quale principio connaturato allo stato di diritto; la coerenza e la certezza dell'ordinamento giuridico; il rispetto delle funzioni costituzionalmente riservate al potere giudiziario»⁸¹.

Spostandoci poi sul contesto in cui tale intervento normativo ha preso piede, bisogna dire che il tema della prededucibilità dei crediti sorti già durante il concordato con riserva era già *sub judice*⁸². Era chiaro che l'interpretazione autentica avrebbe inevitabilmente inciso sull'esito della controversia pendente.

A questo riguardo in giurisprudenza vari giudici, appartenenti anche a gradi di giudizio diversi, si erano espressi in termini tra loro analoghi, non mancando le tesi a favore della prededucazione preconcordataria⁸³.

In dottrina, gli approcci al risultato fornito con l'interpretazione autentica sono stati vari. Vi è chi ha messo in luce alcuni elementi di valutazione che in qualche misura svuotano l'apparente problematicità e novità della disposizione interpretativa⁸⁴, chi ha ritenuto che il legislatore ha formalizzato spunti già

⁸⁰ Corte Cost. 22 novembre 2000, n. 525. In senso conforme, *ex multis*, Corte Cost. 23 luglio 2002, n. 374; Corte Cost. 7 luglio 2006, n. 274; Corte Cost. 26 giugno 2007, n. 234; Corte Cost. 23 maggio 2008, n. 170; Corte Cost. 30 gennaio 2009, n. 24; Corte Cost. 11 giugno 2010, n. 209.

⁸¹ Corte Cost. 21 ottobre 2011, n. 271.

⁸² Per approfondimento P. Vella, *L'interpretazione autentica dell'art. 111 co 2, l. fall. e i nuovi orizzonti della prededucazione pre-concordataria*, cit., 7.

⁸³ Uno su tutti Trib. Terni 17 gennaio 2014, in *ilcaso.it*.

⁸⁴ Cfr. M. Vitiello, *La prededucazione nel concordato preventivo dopo la conversione del decreto "Destinazione Italia"*, cit., 3.

riscontrabili nella giurisprudenza, imponendo vincoli che già avrebbero dovuto essere presenti ad un accorto interprete della normativa previgente sicché il danno non è particolarmente rilevante (seppur esistente per certi soggetti)⁸⁵ e chi, invece, si è mostrato dubbioso e scandalizzato dall'intervento interpretativo fornito dal legislatore, in quanto non risulta che la norma sia intervenuta a fronte di eclatanti incertezze o contrasti sull'articolo 111, né si capisce come si possa aver enucleato una terza categoria di crediti – quelli preconcordatari – nell'interpretazione ermeneutica dell'articolo 111, dato che tale categoria è assente nell'enunciato di tale articolo⁸⁶.

Non sono mancate le proposte di una lettura restrittiva della norma di interpretazione autentica, sulla base di una lunga serie di argomentazioni⁸⁷.

Questo perché l'intervento di interpretazione autentica ha fatto registrare un significativo calo del ricorso alla domanda di concordato con riserva; e dato ancora più sorprendente, tale interpretazione sembra poggiare su un equivoco in quanto la prededuzione a favore dei terzi conferisce benefici solo a tali soggetti, non anche al debitore. Infatti, tale concordato, con gli accordi che ne derivano, diminuisce le risorse disponibili rendendo più difficoltoso per il debitore, in quanto difficilmente ne verrà approvato il piano, un successivo concordato preventivo con la conseguenza che sarà dichiarato con più probabilità il fallimento.

È necessario, dunque, che il legislatore faccia chiarezza con se stesso in merito agli obiettivi che vuole raggiungere attraverso gli strumenti concorsuali perché il susseguirsi di eventi, sconnessi e inorganici, finisce per danneggiare il mercato e

⁸⁵ Di questo avviso L. Panzani, *Le nuove disposizioni sulla prededucibilità dei crediti: la disciplina dei finanziamenti*, in *ilfallimentarista.it*, 5.

⁸⁶ P. Vella, *L'interpretazione autentica dell'art. 111 co 2, l. fall. e i nuovi orizzonti della prededuzione pre-concordataria*, cit., 10.

⁸⁷ In questi termini P. Vella, *L'interpretazione autentica dell'art. 111 co 2, l. fall. e i nuovi orizzonti della prededuzione pre-concordataria*, cit. 10 e ss.

l'economia, essendo il diritto concorsuale la branca del diritto tra le più contigue al mondo economico⁸⁸.

In ogni caso, l'articolo 11, comma 3 *quater*, ha avuto vita breve: l'articolo 22, comma 7, del d.l. 24 giugno 2014 n. 91, "Decreto competitività e crescita", ha abrogato tale disposizione.

7. Una prima panoramica sull'istituto della prededuzione nel nuovo Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza.

Bisogna attendere il 2017 per un rimaneggiamento sistematico come mai si era visto prima della disciplina delle procedure concorsuali. In particolare, tramite la legge delega 155/2017 – l'oggetto della delega ha riguardato la riforma delle procedure concorsuali di cui al regio decreto 16 marzo 1942, n. 267 e della disciplina sulla composizione delle crisi da sovraindebitamento di cui alla legge 27 gennaio 2012, n. 3 – e il conseguente decreto attuativo (d. lgs. 12 gennaio 2019, n. 14), il Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza⁸⁹ (d'ora in avanti CCII) ha visto la luce del sole.

Esso, come del resto il nome stesso suggerisce, risponde alla forte e non più posticipabile esigenza, avvertita da tutti gli studiosi, interpreti e operatori del settore, di una riforma organica della materia dell'insolvenza e delle procedure concorsuali, in modo da restituire linearità e coerenza all'intero sistema normativo.

Infatti, le modifiche legislative che si sono succedute nel tempo, a partire dalla riforma del 2006 ma poi di anno in anno attraverso i copiosi interventi in materia, avevano creato un grande disordine, sintomo di dubbi interpretativi, diversità di vedute, oltreché un sempre più ampio divario tra le norme riformate e quelle non

⁸⁸ Così P. Vella, *L'interpretazione autentica dell'art. 111 co 2, l. fall. e i nuovi orizzonti della prededuzione pre-concordataria*, cit., 20.

⁸⁹ Nel presente lavoro si prende in considerazione il Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza nella sua versione più aggiornata, cioè quella contenente le modifiche apportate dal decreto correttivo del 26 ottobre 2020, n. 147.

riformate, che risentono ancora oggi di una impostazione figlia di un contesto temporale e politico ben lontano da quello attuale⁹⁰.

La necessità di una riforma era stata incalzata anche dalle sollecitazioni provenienti dall'Unione Europea: regolamenti, direttive e proposte provenienti dai diversi organi europei volti a dettare a livello nazionale regolamentazioni per intervenire anticipatamente sulle imprese in crisi, prima cioè che la situazione sia irreversibile, per preservare le parti di attività economicamente sostenibili, ma anche volte a disciplinare la liquidazione dell'attivo se è l'unica alternativa possibile.

La portata innovativa di questo Codice è facilmente rinvenibile, a partire dal fatto che vengono totalmente cambiati, sul piano definitorio, i tradizionali termini della materia. Non si parla più, ad esempio, di “fallimento”, “fallito”, in linea con una tendenza già registratasi nei principali ordinamenti europei volta ad eliminare dal soggetto debitore l'aurea di negatività e sdegno che storicamente si accompagnava a tali nomi.

Il CCII, poiché caratterizzante un quadro normativo unitario, si apre con un titolo I dedicato alle disposizioni e ai principi generali comuni al fenomeno dell'insolvenza e destinati ad operare come punti di riferimento per le varie procedure, pur mantenendo le differenziazioni necessarie in ragione della specificità delle diverse situazioni in cui l'insolvenza può manifestarsi.

Mentre la sezione dedicata alle “Disposizioni generali” è tradizionalmente presente nei codici (la si rinviene, a titolo di esempio, sia nel codice civile che nel codice di procedura civile), ben più rara è la previsione di un capo rubricato “Principi generali”⁹¹. Tale capo (il II all'interno del titolo I) è suddiviso in quattro sezioni – “Obblighi dei soggetti che partecipano alla regolazione della crisi o dell'insolvenza”, “Economicità delle procedure”, “Principi di carattere processuale”, “Giurisdizione internazionale” – non particolarmente omogenee né strettamente collegate sotto il profilo dei rispettivi contenuti e obiettivi.

⁹⁰ Così rilevato in *Relazione illustrativa del CCII*, 10 gennaio 2019, 1.

⁹¹ In questi termini S. Ambrosini, *I “Principi generali” nel codice della crisi d'impresa*, in *ilcaso.it*, 2.

Tale capo è di grande importanza per diverse ragioni. Anzitutto, come già detto, costituisce una novità assoluta. Inoltre, esso si mostra utile sul piano interpretativo: fornisce la chiave di lettura di tutte le disposizioni del Codice, la cui esegesi non può non passare attraverso la serratura dei principi generali e della *ratio* ad essi sottesa⁹².

Iniziare il Codice con un titolo I cosiffatto mette chiaramente in luce anche la volontà del legislatore di dar vita ad un lavoro organico.

Preme sottolineare che i principi contenuti nel capo II non sono gli unici principi vigenti nell'ambito delle procedure concorsuali per come riformate da quest'ultimo intervento normativo. Accanto a questi esistono, infatti, numerosi principi "inespressi" che sarà compito dell'interprete estrapolare dalla lettura delle disposizioni del Codice.

Con riguardo a tale sezione iniziale del Codice non sono mancate le critiche⁹³. Si è sostenuto infatti che è mancato il coordinamento di questi principi generali con il resto del sistema, con il risultato che spesso bisogna passare per le norme di dettaglio per darsi delle risposte, ad esempio sulle finalità delle procedure concorsuali; ulteriore conseguenza di ciò è che i principi inespressi finiscono per diventare strumento correttivo dei principi espressi.

Si è parlato dei principi generali in quanto uno di questi è di particolare interesse nell'*excursus* che si sta compiendo sulla evoluzione dell'istituto della prededuzione. Si tratta dell'unico articolo della Sezione II ("Economicità delle procedure"), l'articolo 6 rubricato "Prededucibilità dei crediti".

Tale articolo dispone che:

1. Oltre ai crediti così espressamente qualificati dalla legge, sono prededucibili:
 - a) i crediti relativi a spese e compensi per le prestazioni rese dall'organismo di composizione della crisi di impresa di cui al capo II del titolo II e dall'organismo di composizione della crisi da sovraindebitamento;

⁹² Così S. Ambrosini, *I "Principi generali" nel codice della crisi d'impresa*, in *ilcaso.it*, 2.

⁹³ Per come raccolte da S. Ambrosini, *I "Principi generali" nel codice della crisi d'impresa*, cit., 3.

b) i crediti professionali sorti in funzione della domanda di omologazione degli accordi di ristrutturazione dei debiti e per la richiesta delle misure protettive, nei limiti del 75% del credito accertato e a condizione che gli accordi siano omologati;

c) i crediti professionali sorti in funzione della presentazione della domanda di concordato preventivo nonché del deposito della relativa proposta e del piano che la correda, nei limiti del 75% del credito accertato e a condizione che la procedura sia aperta ai sensi dell'articolo 47;

d) i crediti legalmente sorti durante le procedure concorsuali per la gestione del patrimonio del debitore e la continuazione dell'esercizio dell'impresa, i crediti derivanti da attività non negoziali degli organi preposti, purché connesse alle loro funzioni, i crediti risarcitori derivanti da fatto colposo degli organi predetti, il loro compenso e le prestazioni professionali richieste dagli organi medesimi.

2. La prededucibilità permane anche nell'ambito delle successive procedure esecutive o concorsuali.

3. Non sono prededucibili i crediti professionali per prestazioni rese su incarico conferito dal debitore durante le procedure di allerta e composizione assistita della crisi a soggetti diversi dall'OCRI.

La sezione contenente l'articolo appena riportato nasce dalla esigenza di arginare i costi delle ristrutturazioni aziendali; per ottenere questo obiettivo il legislatore ha fatto leva sul contenimento della prededuzione.

In particolare, militano in tal senso le lettere b) e c) che nel garantire la prededuzione ai crediti professionali sorti in funzione della domanda di omologazione degli accordi di ristrutturazione e in funzione della presentazione della domanda di concordato preventivo, pongono un limite massimo alla misura di tale beneficio, sancendo che tali crediti potranno godere della prededuzione nella misura ridotta del 75%. Questo per evitare un eccessivo appesantimento, come spesso si è verificato nella prassi, dei crediti dei professionisti a discapito della massa dei creditori concorsuali. In entrambi i casi è inoltre prevista una condizione perché possa aversi la prededuzione: nell'un caso è necessaria l'omologazione degli accordi, nell'altro l'apertura della procedura di concordato preventivo.

Sempre nella direzione di contenere la prededuzione, ove possibile, è stato stabilito con il comma 3 che non sono prededucibili i crediti professionali per prestazioni rese su incarico conferito dal debitore durante la procedura di allerta e composizioni assistita della crisi a soggetti diversi dall'OCRI. È chiara la finalità della disposizione, anche se in questo modo rischia di disincentivare il ricorso, da parte del debitore, al supporto professionale più qualificato⁹⁴.

Al contrario, godono della piena prededucibilità i crediti legalmente sorti durante le procedure concorsuali per la gestione del patrimonio del debitore e la continuazione dell'esercizio dell'impresa, i crediti derivanti da attività non negoziali degli organi preposti, purché connesse alle loro funzioni, i crediti risarcitori derivanti da fatto colposo degli organi predetti, il loro compenso e le prestazioni professionali richieste dagli organi medesimi.

Sembra invece non trovare risposta con la riforma la questione della prededucibilità o meno dei crediti professionali in caso di soluzione negoziata della crisi non terminata con successo.

Per quanto riguarda le norme concernenti la prededuzione corrispondenti agli attuali articoli 111 e 111 *bis* della legge fallimentare, esse sono contenute negli articoli 221 e 222 del CCII (infatti per orientarsi nelle numerazioni del nuovo Codice basta aggiungere all'incirca un centinaio di numeri all'articolo attualmente in vigore).

L'articolo 221 disciplina l'ordine di distribuzione delle somme. Esso ripropone l'attuale articolo 111 per quanto riguarda il primo comma, concernente l'ordine di erogazione delle somme ricavate dalla liquidazione dell'attivo, con l'indicazione delle tre ipotesi già presenti nella legge fallimentare (nell'ordine: crediti prededucibili, crediti prelatizi e crediti chirografari) e l'aggiunta di una quarta categoria di crediti: i crediti postergati.

È assente, invece, una qualificazione dei crediti prededucibili come è attualmente prevista dal comma 2 dell'articolo 111, con la conseguenza che per delineare i crediti

⁹⁴ In questi termini S. Ambrosini, *I "Principi generali" nel codice della crisi d'impresa*, cit., 10.

che godono di questo beneficio si dovrà far riferimento a quanto disposto in tema di principi generali all'articolo 6 CCII⁹⁵.

Per quanto riguarda l'articolo 222, rubricato "Disciplina dei crediti prededucibili", esso costituisce la trasposizione sostanzialmente immutata dell'articolo 111 *bis* l. fall., riguardante le modalità di accertamento dei crediti prededucibili e il loro concreto soddisfacimento.

Nella redazione di questa norma è stata recepita una osservazione della Commissione Giustizia della Camera consistente nel rendere esplicito il collegamento con l'articolo 223 per quanto attiene all'incidenza dei debiti prededucibili sulle singole masse⁹⁶.

Queste sono le previsioni in tema di prededuzione del nuovo CCII il quale ha subito un percorso tortuoso, segnato da diversi arresti e rinvii. Infatti, già a ridosso della data di entrata in vigore si era deciso di posticipare di (almeno) un anno l'operatività del Codice, in quanto si era rilevato che il "sistema" non era (ed è) pronto ad una innovazione di tale portata, portatrice di effetti oggettivamente incerti. Successivamente un ulteriore "slittamento" è stato reso necessario dall'emergenza sanitaria dell'ultimo periodo, con il risultato che, ad oggi, il Codice dovrebbe entrare in vigore nel settembre 2021^{97 98}.

⁹⁵ Così si legge nella *Relazione illustrativa del CCII*, 10 gennaio 2019, *sub* art. 221.

⁹⁶ Cfr. *la Relazione illustrativa del CCII*, 10 gennaio 2019, *sub* art. 222.

⁹⁷ In questi termini S. Ambrosini, *La "falsa partenza" del codice della crisi, le novità del decreto liquidità e il tema dell'insolvenza incolpevole*, in *ilcaso.it*, 1.

⁹⁸ Queste ed altre tematiche riguardanti la prededuzione nel Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza saranno affrontate più approfonditamente nel capitolo IV di questo elaborato.

CAPITOLO II

DEFINIZIONE, COLLOCAZIONE SISTEMATICA E FUNZIONE DELL'ISTITUTO

SOMMARIO: 1. Definizione (semantica) dell'istituto e attuale “definizione” di crediti prededucibili nella legge fallimentare: l'articolo 111, comma 2, l. fall. – 2. (Segue) I crediti prededucibili *ex lege*. – 3. (Segue) I crediti prededucibili “in occasione o in funzione”. – 4. (Segue) I crediti prededucibili “in occasione”. – 5. (Segue) I crediti prededucibili “in funzione”. – 6. (Segue) I crediti prededucibili sorti in occasione o in funzione “delle procedure concorsuali”. – 7. La graduazione dei creditori: il rapporto tra le varie tipologie di crediti in relazione al riparto. – 8. (Segue) Distinzione tra prelazione e prededuzione: due insiemi che graduano la distribuzione del ricavato ma su piani diversi. – 9. Funzione dell'istituto della prededuzione.

1. Definizione (semantica) dell'istituto e attuale “definizione” di crediti prededucibili nella legge fallimentare: l'articolo 111, comma 2, l. fall.

Andando a cercare una definizione semantica della parola prededuzione, dopo l'indicazione che si tratta di un termine composto [*pre-* e *deduzione*] si legge: “[...] detrazione preventiva di una determinata somma da un dato ammontare prima di operare su questo successive operazioni contabili⁹⁹”.

Si tratta ora di calare questa definizione generica, nel ben più specifico sistema del fallimento.

La fase del fallimento in cui si svolgono operazioni su masse di liquidità (nella definizione “operazioni contabili”) è quella della ripartizione dell'attivo, che, come espresso già in apertura del lavoro, costituisce il cuore della procedura fallimentare. Infatti, l'intera attività svolta dal curatore, così come il senso stesso dell'esistenza di tale figura, consiste nell'amministrare, nel miglior modo possibile, il patrimonio del debitore fallito, recuperare i crediti e i beni che, secondo le regole espresse nella legge

⁹⁹ Così voce “Prededuzione” in Vocabolario Treccani.

fallimentare, si possono recuperare (grazie all'arma dell'azione revocatoria) per poi procedere alla liquidazione dell'attivo, cercando di ottenere la massa liquida più grande possibile (grazie alle pregresse operazioni appena indicate). La fase di liquidazione dell'attivo, antecedente o concomitante alla fase di riparto, permette al curatore di ottenere dalla vendita dei beni del patrimonio del fallito le liquidità necessarie (o quante è possibile ricavarne) a ripagare i creditori concorrenti.

È in questo momento che entra in gioco l'istituto della prededuzione. Infatti, tale istituto, accompagnandosi ad un determinato credito, dopo che si è ottenuta una massa liquida (il "dato ammontare" della definizione sopra riportata), consente (e anzi obbliga) di prelevare prima, cioè sottrarre dalla massa liquida generatasi ("detrazione preventiva di una determinata somma"), l'importo corrispondente a quel determinato credito dotato del beneficio della prededuzione. E così avviene per tutti i crediti che sono stati riconosciuti dalla procedura come crediti prededucibili.

Si crea così, prima della ripartizione vera e propria, una massa distinta di crediti che, in quanto prelevati in misura pari all'intero dell'importo di ciascun credito, godranno (salvo il caso in cui l'attivo sia insufficiente persino a pagare la massa dei crediti prededucibili) della certezza della soddisfazione, la quale avverrà per l'intero.

Una conferma di ciò è rinvenibile anche in giurisprudenza. È stato, infatti, messo in luce che per i crediti prededucibili è prevista una «modalità di pagamento che impone il prelievo di somme dall'attivo fallimentare prima di ogni altra operazione di pagamento al fine di fornire alla procedura il credito e la liquidità indispensabili per il suo svolgimento e la sua gestione» così che «la prededuzione sottrae il credito cui essa è attribuita al concorso con gli altri crediti anteriori, con la conseguenza che il credito va pagato non solo comunque per intero, anche in mancanza di beni oggetto di privilegio ma anche prima dei tempi ordinari di riparto, e prima del pagamento previsto per i crediti concorsuali sforniti di prededucibilità. La prededuzione, infatti, presupponendo una soddisfazione anteclassa, supera la graduazione fra crediti concorrenti»¹⁰⁰.

¹⁰⁰ Trib. Milano 29 maggio 2013.

Dell'attuale nozione di crediti prededucibili si è già parlato nel primo capitolo del presente lavoro ma pare utile soffermare maggiormente la propria attenzione.

L'espressione "crediti prededucibili", nata come "invenzione del linguaggio pratico"¹⁰¹, ha fatto la sua prima comparsa in ambito legislativo negli articoli 20 e 52 del d. lgs. 270/1999¹⁰² e ha ottenuto una definizione espressa all'interno dell'articolo 111, comma 2, l. fall. ora in esame, che stabilisce che «Sono considerati 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»¹⁰³. Viene, in questo modo, superata la dicotomia prevista dalla legge fallimentare del 1942 tra "spese" e "debiti contratti per l'amministrazione dell'esercizio dell'impresa"¹⁰⁴: il legislatore con la riforma del 2006 ha previsto, all'interno dell'articolo 111, comma 2, l. fall., tre macrocategorie di crediti prededucibili che si procederà a passare in rassegna.

¹⁰¹ F. Lamanna, *Il nuovo procedimento di accertamento del passivo*, Milano, Ipsoa, 2006, 217.

¹⁰² Art. 20: 1. I crediti sorti per la continuazione dell'esercizio dell'impresa e la gestione del patrimonio del debitore dopo la dichiarazione dello stato di insolvenza sono soddisfatti in prededuzione, a norma dell'art. 111, primo comma, n. 1), della legge fallimentare.

Art. 52: 1. I crediti sorti per la continuazione dell'esercizio dell'impresa e la gestione del patrimonio del debitore sono soddisfatti in prededuzione a norma dell'art. 111, primo comma, n. 1), della legge fallimentare, anche nel fallimento successivo alla procedura di amministrazione straordinaria.

¹⁰³ Per una completa analisi della disposizione cfr. *ex multis* P. Pajardi, *Codice del fallimento*, VII Edizione, Milano, Giuffrè Editore, 2013; AA. VV., *La legge fallimentare. Commentario teorico-pratico*, M. Ferro (a cura di), Seconda edizione, Padova, Cedam, 2011; AA.VV., *La legge fallimentare dopo la riforma*, a cura di A. Nigro, M. Sandulli, V. Santoro, tomo II, Torino, Giappichelli Editore, 2010; A. Maffei Alberti, *Commentario breve alla legge fallimentare*, Sesta edizione, Padova, Cedam, 2013; A. Jorio (diretto da) e M. Fabiani (coordinato da), *Il nuovo diritto fallimentare*, tomo II, Bologna, Zanichelli Editore, 2007; C. Cavallini (diretto da) *Commentario alla legge fallimentare*, Milano, Egea, 2010.

¹⁰⁴ Cfr. A. Coppola, *Art. 111*, in A. Maffei Alberti, *Commentario breve alla legge fallimentare*, Sesta edizione, Padova, Cedam, 2013, 774.

2. (Segue) I crediti prededucibili *ex lege*.

I crediti prededucibili *ex lege* sono senza dubbio la categoria meno problematica tra quelle configurate dal legislatore della riforma del 2006. In tale categoria vi rientrano i crediti configurati come prededucibili da una specifica disposizione di legge, anche per il tramite di una terminologia differente, purché di significato analogo¹⁰⁵.

È possibile rinvenire disposizioni di questo tipo sia all'interno della legge fallimentare¹⁰⁶ che in leggi speciali¹⁰⁷.

Si tratta quindi di una categoria tipizzata¹⁰⁸, in virtù del criterio legale adottato dal legislatore: rientrano in questo primo gruppo solo i crediti che il legislatore ha testualmente previsto come tali o per i quali ha fatto esplicito rinvio all'articolo 111 l. fall.¹⁰⁹ Si deve dire, però, che rispetto ai crediti che potrebbero beneficiare della

¹⁰⁵ In questi termini F. Dimundo, *Crediti prededucibili: categorie*, in *ilfallimentarista.it*, 2018, 3. Cfr. anche A. Silvestrini, *Sub art. 111*, in *La legge fallimentare dopo la riforma*, a cura di A. Nigro, M. Sandulli, V. Santoro, tomo II, Torino, Giappichelli Editore, 2010, 1553.

¹⁰⁶ Per una elencazione esemplificativa, si veda il paragrafo 3 del capitolo I di questo scritto.

¹⁰⁷ A titolo d'esempio: l'art. 30 della l. 11 dicembre 2012, n. 220 (recante "*modifica alla disciplina del condominio negli edifici*"), che, per il caso di fallimento di un condomino, dispone che i contributi per le spese di manutenzione ordinaria e straordinaria nonché per le innovazioni sono prededucibili ai sensi dell'art. 111 l. fall.; l'art. 52, comma 5, del d. lgs. 6 settembre 2011, n. 159 (c.d. codice antimafia), che accorda ai titolari di diritti personali di godimento o un diritto reale di garanzia su beni sottoposti a confisca definitiva un equo indennizzo in prededuazione; l'art. 1, lett. c), del d.l. 6 luglio 2010, n. 103 (convertito con modificazioni dalla l. 4 agosto 2010, n. 127), che equipara ai crediti prededucibili di cui all'art. 111 l. fall. i crediti derivanti da nuovi finanziamenti a favore di Nuova Tirrenia s.p.a. vantati da banche o intermediari finanziari; i già citati artt. 20 e 52 del d. lgs. 8 luglio 1999, n. 270.

¹⁰⁸ Così *ex multis* M. Spadaro, *La prededucibilità dei crediti professionali sorti in funzione di una procedura minore nel fallimento consecutivo: tra adeguatezza funzionale e utilità per i creditori*, in *Fall.*, 5, 2014, 541; O. Cagnasso, L. Panzani (diretto da), *Crisi d'impresa e procedure concorsuali*, Tomo secondo, Assago, UTET giuridica, 2016, 2221.

¹⁰⁹ Si veda A. Coppola, *Art. 111*, in A. Maffei Alberti, *Commentario breve alla legge fallimentare*, cit., 774.

prededuzione, solo una parte piuttosto limitata è esplicitamente definita come “crediti prededucibili”¹¹⁰.

3. (Segue) I crediti prededucibili “in occasione o in funzione”.

Le ulteriori due categorie previste dal legislatore nella definizione normativa racchiusa nel comma secondo dell'articolo 111 l. fall. hanno dato adito a svariati problemi esegetici. Data la natura di criterio generale, sussidiario e di chiusura¹¹¹ dell'espressione crediti “sorti in occasione o in funzione delle procedure concorsuali”, vi è stato fin da subito uno schieramento di interpreti e dottrina su due fronti contrapposti¹¹².

Un primo orientamento, senza dubbio più “tradizionalista”, rinveniva nell'intervento del legislatore della riforma unicamente l'intento di codificare risultati interpretativi già raggiunti in materia mentre era in vigore la legge fallimentare del 1942¹¹³. Partendo dalla considerazione che le norme riguardanti la prededucibilità dei crediti abbiano carattere eccezionale, dato che costituiscono una deroga al principio della *par condicio creditorum*, si è concluso che tali disposizioni dovessero essere interpretate restrittivamente. Chi abbracciava questo orientamento riteneva, dunque, che il nuovo secondo comma dell'articolo 111 avesse un “significato minimale”¹¹⁴ e che le espressioni “in occasione” e “in funzione” andassero considerate come sostanzialmente equivalenti: la prima, indicando un criterio temporale, servirebbe per stabilire che possono essere considerati crediti prededucibili quelli sorti durante una procedura concorsuale (anche se non per forza nell'interesse dell'intera massa creditoria); la seconda, invece, pur alludendo ad un criterio finalistico e non anche

¹¹⁰ Cfr. C. Miele, *Art. 111*, in AA. VV., *La legge fallimentare. Commentario teorico-pratico*, cit., 1319.

¹¹¹ C. Miele, *Art. 111*, in AA. VV., *La legge fallimentare. Commentario teorico-pratico*, cit., 1319.

¹¹² Nell'esposizione di tali schieramenti è stata seguita l'impostazione offerta da F. Dimundo, *Crediti prededucibili: categorie*, cit., 3.

¹¹³ Si veda A. Ruggiero, *Sub artt. 111 e 111-bis*, in *Il nuovo diritto fallimentare*, Commentario diretto da A. Jorio e coordinato da M. Fabiani, tomo II, Bologna, Zanichelli Editore, 2007, 1833.

¹¹⁴ Trib. Udine 6 marzo 2010, in *ilcaso.it*.

cronologico, non permetterebbe di estendere la prededuzione a quei crediti, funzionali al fallimento o altra procedura concorsuale, sorti prima dell'uno o dell'altra. L'espressione "in funzione" sarebbe stata, piuttosto, inserita dal legislatore per superare la concezione liquidatoria del concordato preventivo e consentire il riconoscimento della prededuzione al credito della banca che avesse mutuato le somme stabilite dal tribunale corrispondenti alle spese di giustizia *ex* articolo 163 comma 2, n. 4, così come al credito del terzo che avesse concesso finanziamenti per consentire l'esatto funzionamento della procedura, una volta avvenuta l'omologa del concordato.

Quindi, secondo questa corrente il comma 2 dell'articolo 111 l. fall. va letto come se ci fosse scritto "in occasione e in funzione", non avendo le due espressioni un significato autonomo, con la conseguenza che possano essere considerati prededucibili i crediti che, al contempo, siano funzionali alla procedura e siano sorti nell'ambito di questa: in questo modo sarà possibile un controllo del giudice¹¹⁵.

Gli argomenti a favore di questa lettura hanno percorso due direttici. Da un lato, si è messo in luce il presupposto necessario per la fruizione della prededuzione, consistente in un ampio sistema di controlli e garanzie volti ad accertare l'effettiva funzionalità del credito per la massa creditoria e in grado di dare certezza e stabilità agli atti compiuti da chi entra in rapporto con gli organi della procedura. Tale sistema di controlli di legittimità non potrebbe essere messo in atto nel caso di crediti sorti anteriormente alla procedura, con il risultato che si avrebbe un proliferare sconsiderato del beneficio della prededuzione a diretto discapito dei creditori¹¹⁶. A sostegno di questa impostazione si segnala anche una decisione della Corte di Cassazione¹¹⁷, che in motivazione ha adottato la congiunzione "e" in luogo della

¹¹⁵ Si veda D. Calò, E. Virgintino, *I crediti prededucibili*, cit., 1037.

¹¹⁶ D. Calò, E. Virgintino, *I crediti prededucibili*, cit., 1037; R. D'Amora, *Prededuzione e par condicio: riflessione sulle disuguaglianze funzionali*, cit., 363; in giurisprudenza, Trib. Varese 11 aprile 2011, in *ilcaso.it*; Trib. Firenze 26 marzo 2008, in *Foro it.*; Trib. La Spezia 5 aprile 2012, Trib. Bolzano 14 febbraio 2014, in *ilfallimentarista.it*.

¹¹⁷ Cass., 14 febbraio 2011, n. 3582.

disgiuntiva “o”, affermando che, ai fini della determinazione dei debiti di massa, «non è determinante il profilo temporale, bensì quello funzionale, cioè la genesi del debito per atto degli organi fallimentari - e non di un terzo creditore - in occasione e per le finalità della procedura».

In tale passaggio si sottolinea anche la necessità di un intervento degli organi della procedura nella genesi del credito, confermando che, prese isolatamente, le due espressioni non sono in grado di costituire un criterio per individuare la prededuzione ma che il legislatore si è espresso con la disgiuntiva “o” per ricomprendere nella fattispecie anche i crediti sorti in occasione (cioè nel corso) della procedura concorsuale ma non funzionali all’intera massa creditoria¹¹⁸.

Dall’altro lato, si è sostenuto che «l’espressione “in funzione”, adottata dall’art. 111 di per sé non contiene un sicuro riferimento temporale, tuttavia esso lo riceve *aliunde*, ovvero dal sistema»¹¹⁹. Ciò è stato avvalorato invocando due norme: l’articolo 67, comma 3, lett. g) e l’articolo 167, comma 2, l. fall.

L’articolo 67, comma 3, lett. g) stabilisce che non sono soggetti a revocatoria i pagamenti di debiti liquidi ed esigibili eseguiti alla scadenza per ottenere la prestazione di servizi strumentali all’accesso alle procedure concorsuali e di concordato preventivo. Quindi, per i crediti antecedenti all’apertura della procedura e strumentali all’accesso a questa, il legislatore garantisce già una stabilità, non permettendo l’esercizio dell’azione revocatoria. In questo contesto, il riconoscimento della prededuzione sarebbe contraddittorio in quanto non è possibile né logico configurare un credito di massa revocabile quanto al pagamento effettuato. In altre parole, non ha senso parlare di revocatoria quando si è nell’ambito di un credito prededucibile, perché la prededuzione presuppone un pagamento che non è lesivo della *par condicio creditorum*, che si vuole tutelare con la revocatoria¹²⁰.

¹¹⁸ Così, in motivazione, Trib. Pistoia 24 ottobre 2011, in *ilcaso.it*; per identico rilievo cfr. anche Trib. Trento 25 ottobre 2012, in *Osservatorio OCI*, e Trib. Prato 14 giugno 2012, in *ilcaso.it*.

¹¹⁹ R. D’Amora, *La prededuzione fra presente e futuro*, in *Osservatorio OCI*, 4.

¹²⁰ A. Castiello D’Antonio, *I nuovi incentivi per le procedure di composizione negoziale delle crisi: profili civilistici*, in *La ristrutturazione dei debiti civili e commerciali*, a cura di S. Bonfatti e G. Falcone,

L'articolo 167, comma 2, stabilisce che una serie di atti specificamente indicati e, in genere, gli atti di straordinaria amministrazione sono inefficaci rispetto ai creditori anteriori al concordato, se effettuati senza l'autorizzazione scritta del giudice delegato. Da ciò si ricaverebbe che i debiti di massa sono meritevoli di soddisfazione prioritaria solo se sono stati sottoposti al vaglio dell'autorità giudiziaria, dato che, se si ritenesse diversamente, si avrebbe la situazione, incomprensibile, per cui gli atti sorti nel corso della procedura debbano essere sottoposti a tale controllo, mentre quelli originatisi in un momento antecedente all'apertura di essa sarebbero prededucibili senza un controllo preventivo¹²¹.

A questa lettura appena esposta se ne contrappone una seconda, decisamente più innovativa, secondo la quale con la riforma del 2006 il legislatore, per il tramite dell'articolo 111, ha significativamente ampliato la categoria della prededuzione¹²² ed «impone una interpretazione maggiormente ampia rispetto all'orientamento dottrinale e giurisprudenziale consolidatosi sotto il precedente sistema legislativo»¹²³.

I sostenitori di questo orientamento ritengono che le due espressioni abbiano valenza autonoma, così che il legislatore abbia voluto ricomprendere tanto i crediti sorti nell'ambito di una procedura concorsuale (identificati quindi sulla base di un criterio temporale) quanto i crediti strumentali alla stessa, sulla base della sola funzionalità di essi, prescindendo da qualsiasi collocazione temporale di questa tipologia di crediti. È sufficiente, quindi, che venga integrata una sola delle due categorie, autonomamente considerata, perché possa essere accordato il beneficio della prededuzione. Il legislatore, infatti, ha utilizzato la disgiuntiva “o”, con l'intento

Milano, Giuffrè Editore, 2011, 63; C. Costa, *Esenzione dall'azione revocatoria e prededuzione nelle procedure stragiudiziali di risanamento delle imprese*, in *Dir. Fall.*, 2010, I, 536; per questa lettura si veda altresì D. Calò, E. Virgintino, *I crediti prededucibili*, cit., e A. Didone, *Il controllo giudiziale sulla nuova prededuzione del finanziamento dei soci “postergabile”*, in *Le Società*, 9, 2011, 1087.

¹²¹ Trib. Pordenone 8 ottobre 2009, in *ilcaso.it*; Trib. Udine 15 ottobre 2008, *ilcaso.it*; Trib. Bari 17 maggio 2010, in *Dir. Fall.*, 2012; Trib. Terni 22 marzo 2012.

¹²² Così Trib. Milano 20 agosto 2009, in *Fall.*, 2009; Trib. Prato 24 giugno 2011, in *ilcaso.it*.

¹²³ Trib. Treviso 16 giugno 2008.

di porre le alternative, necessarie e autosufficienti l'una dall'altra, in grado di qualificare un credito come prededucibile¹²⁴.

Non si è mancato di criticare l'orientamento più restrittivo su diversi fronti.

Anzitutto, le norme in materia di prededuzione non costituiscono alcuna deroga alla *par condicio creditorum*: il principio della *par condicio* è un criterio che regola il concorso ed opera solo per i creditori anteriori all'apertura della procedura, non anche quindi per i crediti sorti successivamente a questa, a seguito dell'assunzione di obbligazioni funzionali allo svolgimento della procedura¹²⁵.

Inoltre, la legge fallimentare stessa prevede dei casi in cui la prededuzione può configurarsi anche in assenza di un vaglio da parte degli organi della procedura da momento che si può avere la prededuzione di crediti sorti prima dell'apertura della procedura nei casi in cui il curatore subentri in alcuni rapporti contrattuali pendenti (articoli 74 e 82, comma 2, l. fall.) e anche la giurisprudenza ha ammesso il pagamento in prededuzione dei crediti per indennità di preavviso maturati prima del fallimento¹²⁶.

Anche l'argomento, basato sull'articolo 67, comma 3, lett. g), della inconciliabilità tra prededuzione ed esenzione da revocatoria non è da tenere in considerazione, in quanto la prededuzione attiene al credito mentre la revocabilità o non revocabilità attiene al pagamento¹²⁷.

¹²⁴ M. Fabiani, *Diritto fallimentare. Un profilo organico*, Bologna, Zanichelli Editore, 2011, 299; A. Coppola, *Art. 111*, cit., 774; A. Didone, *La prededuzione dei crediti tra nuovo art. 111 e nuovo art. 182-quater l. fall. prima e dopo la l. n. 134 del 2012*, in *Giust. civ.*, 2013, I, 63 ss.; M. Vitiello, *Attestazione di veridicità e fattibilità nelle soluzioni concordate della crisi d'impresa: profili problematici*, in *ilfallimentarista.it*, 2011, 4; A. Patti, *La prededuzione dei crediti funzionali al concordato preventivo tra art. 111 ed art. 182 quater l. fall.*, cit., 1343; V. Zanichelli, *I concordati giudiziali*, Milano, UTET giuridica, 2010, 207 ss.; per un riscontro giurisprudenziale si veda Trib. Salerno 19 luglio 2012, in *ilcaso.it*.

¹²⁵ E. Frascaroli Santi, *La ripartizione dell'attivo*, in *Diritto fallimentare*, coord. da A. Maffei Alberti, Bologna, Monduzzi Editore, 2002, 356.

¹²⁶ Consiglio nazionale Dottori Commercialisti ed Esperti Contabili, *La prededucibilità nel fallimento dei crediti professionali sorti in occasione o in funzione delle procedure concorsuali di cui alla legge fallimentare*, in *commercialisti.it*, 2010, 13.

¹²⁷ Così ancora Consiglio nazionale Dottori Commercialisti ed Esperti Contabili, *La prededucibilità*, cit., 14.

Per quanto riguarda il timore dei sostenitori della tesi più restrittiva che una maggior “liberalità” possa causare un incontrollato proliferare dei crediti (“in funzione”) prededucibili, esso è subito smentito dal rilievo che anche questi crediti, in sede di verifica del passivo, vengono valutati, seppur a posteriori, dal giudice delegato relativamente alla strumentalità e all’utilità rispetto all’intera massa creditoria¹²⁸.

Incontestabile è pure il dato testuale dell’articolo 111, comma 2, che non lascia spazio all’affermazione per cui il credito è prededucibile se è al contempo sorto durante la procedura concorsuale e in funzione di questa, che sostanzialmente oblitera la volontà del legislatore di attribuire autonomia ai due criteri¹²⁹.

Dottrina e giurisprudenza hanno quindi riconosciuto la prededucibilità anche ai crediti che «siano venuti ad esistenza al di fuori dei limiti temporali della procedura, purché legati ad essa da un nesso di propedeuticità»¹³⁰, cioè i crediti «non sorti per effetto di attività degli organi del fallimento ma funzionali alla massa in quanto destinati ad apportare vantaggi a tutti i creditori»¹³¹.

A dare maggior autorevolezza all’impostazione più liberale sono state alcune decisioni della Corte di Cassazione¹³², la quale si è espressa sul tema anzitutto rimarcando il carattere innovativo dell’articolo 111, comma 2, 1. fall. e, successivamente, sottolineando da un lato la necessità di intendere i parametri della occasionalità e della funzionalità come autonomi ed alternativi, mettendo in luce anche la *ratio* della disposizione di favorire l’accesso alla concordato, dall’altro la

¹²⁸ G. Ciervo, *Prededucibilità dei crediti sorti «in funzione» della procedura concorsuale*, in *Giur. comm.*, 2013, II, 779; L. D’Orazio, *Nuovi orizzonti della prededuzione del professionista nel concordato preventivo*, in *Giur. mer.*, 2011, 1304 ss.

¹²⁹ L. Boggio, *Crediti sorti «in funzione» del concordato preventivo: prededuzione ... ma non troppo*, in *Fall.*, 12, 2009, 1417.

¹³⁰ S. Ambrosini, *La ripartizione dell’attivo*, in S. Ambrosini, G. Cavalli, A. Jorio, *Il fallimento*, in *Trattato di diritto commerciale*, dir. da G. Cottino, volume XI, Padova, Cedam, 2009, 662.

¹³¹ E. Mattei, *Della ripartizione dell’attivo*, in *Fallimento e altre procedure concorsuali*, dir. da G. Fauceglia e L. Panzani, II, Milano, UTET giuridica, 2009, 1282; Trib. Prato 24 giugno 2011, cit.

¹³² Cass., 24 gennaio 2014, n. 1513, Cass., 5 marzo 2014, n. 5098, Cass., 17 aprile 2014, n. 8958, Cass. 14 marzo 2014, n. 6031.

fragilità della impostazione contraria, laddove questa sostenga, sulla base degli articoli 167 e 168 l. fall., che la prededuzione possa essere accordata solo se il credito sia stato vagliato, con riferimento alla congruità e strumentalità dell'obbligazione, dal giudice (e, quindi, il credito sia sorto durante una procedura concorsuale aperta).

4. (Segue) I crediti prededucibili “in occasione”.

Nell'ambito dell'analisi del criterio della occasionalità, vanno ricompresi in questa categoria i crediti sorti nel corso del fallimento (o di altra procedura concorsuale disciplinata dalla legge fallimentare), cioè quei crediti che si sono originati dopo l'apertura della procedura, per effetto dell'attività degli organi della procedura. Il legislatore combina tra loro, quindi, un criterio cronologico e uno soggettivo¹³³. La stessa Cassazione¹³⁴ chiarisce che il criterio dell'occasionalità, racchiuso nel comma secondo dell'articolo 111, «deve essere integrato, per avere senso compiuto, con un implicito elemento soggettivo e cioè quello della riferibilità del credito all'attività degli organi della procedura; in difetto di una tale integrazione il criterio in questione sarebbe palesemente irragionevole in quanto porterebbe a considerare prededucibili, per il solo fatto di essere sorti in occasione della procedura, i crediti conseguenti ad attività del debitore non funzionali ad esigenze della stessa (...)».

Con l'espressione “in occasione” si intende quindi ricomprendere tutti quei crediti che conseguono geneticamente all'attività degli organi della procedura. Non è necessario, come già messo in luce, che tali crediti siano anche funzionali alla procedura. La Corte di Cassazione¹³⁵ ha, infatti, precisato che «la funzionalità alle esigenze della procedura non può costituire un criterio integrativo di quello cronologico, poiché tale funzionalità è autonomamente considerata come causa della prededucibilità dei crediti». È, però, evidente che «nella maggior parte dei casi, i debiti

¹³³ A. Ruggiero, *Sub artt. 111*, cit., 1842; R. D'Amora, *La prededuzione fra presente e futuro*, cit., 3; A. Silvestrini, *Sub art. 111*, in *La legge fallimentare dopo la riforma*, a cura di A. Nigro, M. Sandulli, V. Santoro, tomo II, Torino, Giappichelli Editore, 2010, 1555.

¹³⁴ Cass., 24 gennaio 2014, n. 1513, cit.

¹³⁵ Cass., 24 gennaio 2014, n. 1513, cit.

riconducibili ad atti degli organi del fallimento sono anche (almeno astrattamente) idonei al conseguimento degli scopi della procedura concorsuale», ma d'altra parte non si possono escludere «casi in cui l'attività del curatore comporti soltanto costi, senza alcun vantaggio per i creditori»¹³⁶; in tal senso basti pensare, ad esempio, ai debiti derivanti da fatto illecito verificatosi in corso di procedura e in connessione con il suo svolgimento¹³⁷.

Si può concludere che in questa categoria rientrano obbligazioni assunte nel corso della procedura e inerenti a questa e non obbligazioni sorte per esigenze differenti, quali quelle personali del fallito¹³⁸. La giurisprudenza che ha avuto modo di esprimersi su tali crediti ha affermato che i crediti nati “in occasione” riflettono «oneri da sopportare, anche se non deliberati, quali conseguenze di circostanze coinvolgenti la procedura»¹³⁹ e che il criterio dell'occasionalità «evidenzia che il credito sorge nel corso della procedura concorsuale (criterio temporale) o comunque in relazione ad essa», e consente quindi di qualificare come prededucibili «i crediti sorti in conseguenza dell'attività gestionale della curatela fallimentare, ossia le obbligazioni conseguenti all'attività negoziale posta in essere dal curatore in relazione all'amministrazione della massa attiva»¹⁴⁰.

In questa sottocategoria rientrano sostanzialmente tutti quegli oneri, spese e costi derivanti dall'attività del fallimento, compiuta per permettere il raggiungimento degli scopi della procedura, i quali necessitano, proprio per garantire il conseguimento delle finalità della procedura, di un regime di stabilità. Tale categoria riecheggia, per

¹³⁶ In questi termini E. Forgillo, *La ripartizione dell'attivo*, in *Fallimento e concordati*, a cura di P. Celentano e E. Forgillo, Torino, UTET, 2008, 957; analogamente R. Vivaldi, *La ripartizione dell'attivo*, in *Trattato delle procedure concorsuali*, dir. da L. Ghia, C. Piccininni, F. Severini, III, Torino, UTET giuridica, 2010, 274; A. Silvestrini, *La ripartizione dell'attivo dopo la riforma della legge fallimentare*, in *Fall.*, 12, 2006, 1481; A. Silvestrini, *Sub art. 111*, in *La legge fallimentare dopo la riforma*, cit., 1555.

¹³⁷ L. Stanghellini, *Le crisi di impresa fra diritto ed economia. Le procedure di insolvenza*, Bologna, il Mulino, 2007, 286.

¹³⁸ M. Fabiani, *Diritto fallimentare*, cit., 299.

¹³⁹ Trib. La Spezia 5 aprile 2012, in *Osservatorio OCI*.

¹⁴⁰ Trib. Salerno 19 luglio 2012, in *ilcaso.it*.

contenuto, la formulazione del 1942 dell'articolo 111, laddove accordava la prededuzione alle spese e debiti contratti per l'amministrazione del fallimento e la prosecuzione dell'esercizio dell'impresa.

Seguendo la sistematizzazione offerta da una dottrina¹⁴¹, rientrano in questo sottoinsieme (l'elenco che segue è a titolo esemplificativo): le spese affrontate dal curatore per la gestione della procedura¹⁴²; le spese dei giudizi in cui il curatore è parte¹⁴³; le obbligazioni tributarie il cui presupposto sia maturato dopo la

¹⁴¹ Cfr. G. Bozza, G. Schiavon, *L'accertamento dei crediti nel fallimento e le cause di prelazione*, cit., 481 ss.

¹⁴² Spese per la registrazione della sentenza di fallimento, per l'apposizione dei sigilli, per la redazione dell'inventario, per l'invio ai creditori dell'avviso ex art. 92 l. fall. e della comunicazione ex art. 97, comma 1, l. fall., per il procedimento di verifica del passivo, per le stime, per la pubblicità delle vendite fallimentari, per la procedura di riparto; le spese per il funzionamento del comitato dei creditori e, se deliberato ai sensi dell'art. 37 *bis* ultimo comma l. fall., per il pagamento del relativo compenso; il compenso del curatore ai sensi dell'art. 39 l. fall.; il compenso dei professionisti (geometri, architetti, legali ecc.) nominati dal curatore per adempiere agli obblighi assegnatigli dalla legge; il compenso del coadiutore del curatore, da quest'ultimo nominato tramite preventiva autorizzazione del comitato dei creditori (art. 32, comma 2, l. fall.); le spese per la cancellazione delle iscrizioni e delle trascrizioni sull'immobile trasferito in sede di vendita fallimentare (Cass., 28 giugno 1969, n. 2237, in *Foro it.*, 1969, I, 2135; E. Marinucci, *I crediti prededucibili nel fallimento*, cit., 24).

¹⁴³ In particolare, le spese per i compensi degli avvocati e procuratori dallo stesso nominati, e degli altri collaboratori (diversi dal coadiutore) incaricati di svolgere attività in senso tecnico nell'interesse del fallimento (ad esempio consulenti tecnici di parte nominati in giudizi per revocatoria o in procedimenti di accertamento tecnico preventivo promossi dalla curatela). Con riguardo al credito del difensore per l'assistenza prestata al debitore *in bonis* prima, e, su autorizzazione del giudice delegato, al curatore poi, è prospettata una soluzione differente: occorre distinguere tra prestazioni anteriori e prestazioni successive alla dichiarazione di fallimento, riservando solo a queste ultime il pagamento in prededuzione (Si veda E. Marinucci, *I crediti prededucibili nel fallimento*, cit., 30; G. Bozza, G. Schiavon, *L'accertamento dei crediti*, cit., 487; *contra* Trib. Trieste 18 agosto 1954, in *Giust. civ.*, 1954, I, 1661); le spese per il giudizio di rendiconto ai sensi dell'art. 116 l. fall., se il conto viene approvato dal giudice delegato senza contestazioni, ovvero se le contestazioni, una volta sollevate, siano composte bonariamente dalle parti (A. Trinchi, *Sub art. 111 e 111-bis*, in *Commentario alla legge fallimentare*, dir. da C. Cavallini, Milano, Egea, 2010, 1191; A. Vitale, *I debiti della massa nel fallimento. Individuazione delle fattispecie*, Milano, Giuffrè Editore, 1975, 111; Cass., 17 aprile 1968, n. 1132, in *Giur. it.*, 1968); le spese per il giudizio di

dichiarazione di fallimento o nell'antecedente concordato preventivo¹⁴⁴; le spese legali liquidate alla controparte nei giudizi avviati dal curatore o contro questi promossi, al termine dei quali il curatore è risultato soccombente, nonché le spese legali riguardanti giudizi promossi da o contro il fallito prima del fallimento nei quali il curatore sia poi subentrato e sia risultato perdente¹⁴⁵; le spese sostenute e i debiti

omologazione del concordato fallimentare; le spese per la prosecuzione *ex art.* 107, comma 3, l. fall. dei giudizi di esecuzione in corso (Cass., 8 maggio 2009, n. 10599; cfr. anche Cass., 10 dicembre 2008, n. 28984).

¹⁴⁴ Come quella relativa all'I.C.I. dovuta per ciascun anno di possesso dell'immobile inerente al periodo di durata della procedura concorsuale (Trib. Mantova 4 dicembre 2003, in *Fall.*, 2004, 452; Cass., 28 marzo 2012, n. 5035, Cass., 28 febbraio 2013, n. 5015); l'obbligo di pagamento della tassa di possesso di cui all'art. 5, comma 31, e ss. d.l. 30 dicembre 1982, n. 953 (convertito nella L. 28 febbraio 1983, n. 53), relativa a veicoli di proprietà della fallita (Cass., 9 settembre 2004, n. 18194); le spese per la registrazione della sentenza dichiarativa di fallimento (G. Bozza, G. Schiavon, *L'accertamento dei crediti*, cit., 494).

¹⁴⁵ G. Bozza, G. Schiavon, *L'accertamento dei crediti*, cit., 498; C. Miele, *Sub art. 111*, cit., 1320; E. Marinucci, *I crediti prededucibili nel fallimento*, cit., 30; in giurisprudenza cfr. Trib. Milano 18 ottobre 1962, in *Mon. trib.*, 1963, 905; Trib. Milano 20 gennaio 2010, il quale – ragionando a contrario – ha escluso che potessero farsi gravare in prededuzione sulla massa le spese processuali riguardanti giudizi promossi da terzi contro una società prima della sua ammissione all'amministrazione straordinaria, nei quali gli organi della procedura non si erano costituiti e rispetto ai quali la procedura era quindi rimasta sempre estranea. Un giudice di merito sostiene che godrebbe della prededuzione il credito per prestazioni professionali vantato dal difensore del fallito, vincitore in un procedimento giudiziale da questi azionato in costanza di fallimento e nell'inerzia del curatore al fine di contestare un'illegittima pretesa di terzi, dato che si tratta di un credito collegato al venir meno di un'obbligazione del fallito (e quindi della procedura), qualificabile come spesa della procedura medesima (Trib. Palermo 20 aprile 2012, in *Osservatorio OCI*). La prededuzione assiste non solo le spese di controparte successive al fallimento, ma anche quelle anteriori, dato che il credito si origina con la sentenza di condanna (Cass., 7 febbraio 1961, n. 259 in *Dir. Fall.*, 1961); non assiste, invece, le spese poste a carico del debitore poi fallito da una sentenza che definisce una fase di giudizio, quando il curatore sia subentrato al fallito nella fase successiva (App. Lecce 22 novembre 1954, in *Dir. Fall.*, 1954, II, 656). Vanno senza dubbio pagate in prededuzione le somme che il curatore si è impegnato a riconoscere alla controparte a seguito della definizione, da parte della curatela stessa, di una lite in via transattiva, atteso che la fonte dell'obbligo è, in questo caso, un contratto stipulato da un organo della procedura e finalizzato alla tutela degli interessi dell'intero ceto creditorio (Trib. Salerno 19 luglio

contratti dal curatore per l'individuazione, l'acquisizione, la gestione e la conservazione dei beni che fanno parte dell'attivo fallimentare¹⁴⁶; i debiti derivanti da rapporti contrattuali instaurati *ex novo* dal curatore con terzi¹⁴⁷; i debiti contratti dal curatore per effetto della prosecuzione di rapporti contrattuali pendenti che non si sciolgono per effetto del fallimento, ovvero a seguito del volontario subentro in rapporti giuridici pendenti, se maturati dopo la dichiarazione di fallimento¹⁴⁸; i debiti derivanti dalla decisione del curatore di sciogliersi da rapporti giuridici pendenti; i debiti derivanti dall'acquisizione di beni sopravvenuti *ex* articolo 42 l. fall.¹⁴⁹; i debiti contratti dal curatore per la prosecuzione dell'attività in presenza di esercizio provvisorio dell'impresa¹⁵⁰; i debiti derivanti dall'attività *latu sensu* non negoziale del

2012, cit.; in dottrina cfr. D. Calò, E. Virgintino, *I crediti prededucibili*, cit., 1033, e E. Marinucci, *I crediti prededucibili nel fallimento*, cit., 27).

¹⁴⁶ Compresi i costi di bonifica ambientale che avvantaggiano gli immobili acquisiti alla massa (Cass. 7 marzo 2013, n. 5705, in *Fall.*, 2013).

¹⁴⁷ Ad esempio, gli oneri condominiali non pagati da colui che abita l'immobile in forza di un contratto stipulato con il curatore (Trib. Palermo 26 settembre 2003, in *Fall.*, 2004).

¹⁴⁸ Con riguardo ad alcuni contratti di durata la legge fallimentare e il legislatore speciale prevedono, peraltro, che debbano beneficiare della prededuzione anche oneri maturati prima del fallimento: ciò si verifica, nello specifico, per i contratti ad esecuzione continuata o periodica, per quelli di assicurazione, di locazione, di *leasing* e di *factoring*.

¹⁴⁹ In particolare, le passività del complesso aziendale che il curatore abbia acquisito ai sensi di tale norma, anche quando non direttamente collegate all'acquisto e alla conservazione di singoli beni aziendali.

¹⁵⁰ Deve escludersi la prededuzione per i crediti maturati prima della dichiarazione di fallimento con riferimento a contratti pendenti e per quelli successivi al termine dell'esercizio provvisorio. Questi ultimi sorgono, infatti, solo se la curatela, al termine dell'esercizio provvisorio, ha optato per il subentro del contratto, e in tal caso assumono natura prededucibile; i crediti *ante* fallimento assumono o meno natura prededucibile a seconda che, sempre al termine dell'esercizio provvisorio, il curatore abbia scelto di subentrare o di sciogliersi dal contratto, atteso che l'art. 104, comma 9, l. fall. prescrive che la disciplina dettata dagli artt. 72 e ss. – la quale prevede che in caso di subentro nei contratti pendenti il curatore ne assuma i relativi obblighi – trovi applicazione solo dopo la cessazione dell'esercizio provvisorio (si vedano Trib. Busto Arsizio 3 dicembre 2010, in *unijuris.it* confermato sul punto da Cass., 19 marzo 2012, n. 4303; cfr. anche Trib. Busto Arsizio 18 gennaio 2012, in *ilcaso.it*, per il quale la lettera dell'art. 104 l.fall. è inequivoca nel riconoscere la prededuzione soltanto ai crediti sorti in pendenza dell'esercizio provvisorio,

curatore, dato che ai fini del riconoscimento della prededuzione è sufficiente «una apprezzabile connessione causale» dell'obbligazione «con l'attività funzionale dell'ufficio fallimentare»¹⁵¹.

5. (Segue) I crediti prededucibili “in funzione”.

Il criterio della funzionalità permette di valutare se ad oneri connessi ad attività o iniziative poste in essere da terzi prima della dichiarazione di fallimento o dell'apertura di altra procedura concorsuale, e quindi senza diretto controllo degli organi di quest'ultima, possa essere accordato il beneficio della prededuzione. In altre parole, «ogni qualvolta gli oneri sopportati da terzi o da singoli creditori siano relativi ad atti i cui effetti ridondano a vantaggio di tutti i creditori (e non soltanto di una parte

e non anche a quelli sorti precedentemente, anche se relativi a contratti pendenti ad esecuzione periodica o continuata).

¹⁵¹ Così Cass., 11 novembre 1998, n. 11379; conforme Cass., 23 aprile 1998, n. 4190; in dottrina si veda E. Frascaroli Santi, *La ripartizione*, cit., 356. Tali, quindi: i debiti risarcitori derivanti da fatto illecito del curatore (Cass., 18 novembre 2010, n. 23353, Cass., 11 novembre 1998, n. 11379, Cass., 25 luglio 1997, n. 6976; Trib. Trento 4 ottobre 2001, in *Giur. mer.*, 2002, 356; in dottrina v. L. Stanghellini, *Le crisi di impresa fra diritto ed economia. Le procedure di insolvenza*, cit., 287. Rientrano in questa categoria, nello specifico, i debiti risarcitori (con responsabilità contrattuale o extracontrattuale) per danni dovuti alla continuazione dell'attività imprenditoriale dopo l'apertura della procedura concorsuale; il debito risarcitorio derivante da occupazione abusiva, da parte del fallimento, di un immobile già occupato a titolo di locazione dal fallito per l'esercizio dell'impresa, ed in relazione al quale era stata pronunciata sentenza di sfratto definitiva in epoca antecedente all'apertura della procedura concorsuale (Cass., 11 novembre 1998, n. 11379, cit.); il debito risarcitorio derivante dalla circolazione, *post* fallimento e per iniziativa o tramite il consenso del curatore, di un veicolo della società fallita (Cass., 18 novembre 2010, n. 23353, cit.); il debito risarcitorio nei confronti del terzo proprietario per la perdita di beni di quest'ultimo acquisiti all'attivo fallimentare (Cass., 8 maggio 2009, n. 10599, cit.; Cass., 10 dicembre 2008, n. 28984, cit.); il debito derivante da gestione di affari altrui svolta a favore della procedura da un terzo e da cui l'amministrazione abbia tratto vantaggio ai sensi dell'art. 2028 c.c.; il debito derivante da arricchimento senza causa ottenuto dalla procedura a danno di un terzo che subisca una corrispondente diminuzione patrimoniale ai sensi dell'art. 2041 c.c. (si veda sul punto E. Marinucci, *I crediti prededucibili nel fallimento*, cit., 91).

cospicua di essi), appare del tutto razionale riconoscere a quei crediti il rango e la qualità di crediti prededucibili»¹⁵².

C'è chi ha sostenuto, per evitare una eccessiva dilatazione della categoria, che perché possa aversi prededuzione debba esserci un rapporto di inerenza necessaria, non essendo sufficiente che l'obbligazione sia contratta al servizio della procedura. È necessario, cioè, che «quel risultato non possa essere diversamente perseguito, ovvero possa essere sì perseguito ma con minore efficienza e con minori benefici collettivi»¹⁵³. In altre parole, il parametro della funzionalità «va ancorato al requisito della utilità per la stessa da intendersi come necessaria strumentalità rispetto alla procedura e come rispondenza al suo scopo ed all'interesse della massa dei creditori»¹⁵⁴.

Anche la Corte di Cassazione, in diverse pronunce dopo la riforma, ha abbracciato l'impostazione più cauta per interpretare il criterio della funzionalità, affermando – tra le altre – 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 dal dettato normativo deve intendersi riferito al nesso, non tanto cronologico né solo teleologico, tra

¹⁵² Così A. Silvestrini, *Sub art. 111*, in *La legge fallimentare dopo la riforma*, cit., 1555; analogamente R. Vivaldi, *La ripartizione*, cit., 274; in giurisprudenza si veda Trib. Prato 24 giugno 2011, in *ilcaso.it*, per il quale il nesso di funzionalità fra credito e procedura concorsuale è «ravvisabile quando la spesa sostenuta per l'attività che è fonte del credito, sia definibile come utile per la massa dei creditori».

¹⁵³ M. Fabiani, *Diritto fallimentare. Un profilo organico*, cit., 299.

¹⁵⁴ In questo senso F. Lamanna, *I crediti prededucibili perché “funzionali” alle procedure concorsuali previste dall'art. 111, comma 2, l. fall.*, in *ilfallimentarista.it*, 2013, 4; sul punto cfr. anche A. Patti, *La prededuzione*, cit., 1344, per il quale la locuzione “in funzione” consente di qualificare come prededucibili i crediti «sorti in necessaria (nel senso, s'intende, della corrente prassi operativa) correlazione, tanto strumentale (quale mezzo di predisposizione all'accesso) quanto finalistica (in vista del conseguimento dell'accesso), con la presentazione della domanda di ammissione a concordato preventivo»; in giurisprudenza v. Trib. Prato 14 giugno 2012, in *Fall.*, 2012, 1479, per il quale il credito (nel caso di specie si tratta di credito per indennità di occupazione di un immobile maturato, dopo la risoluzione del contratto di locazione, nel periodo tra la presentazione della domanda di concordato preventivo e la dichiarazione di fallimento), è prededucibile se è riscontrabile l'inerenza necessaria e funzionale alla procedura.

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 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»¹⁵⁵.

Sempre la Corte di Cassazione, in un'altra pronuncia, ha affermato che ai fini del riconoscimento della prededuzione dei crediti nel fallimento, il necessario nesso occasionale o funzionale con la procedura concorsuale, di cui all'articolo 111 l. fall., va inteso non solo con riferimento al collegamento tra l'insorgere del credito e gli scopi della procedura, ma anche in relazione alla circostanza che il pagamento del credito, ancorché avente natura concorsuale, rientri negli interessi della massa creditoria¹⁵⁶, e dunque risponda agli scopi della procedura stessa, in quanto utile alla gestione fallimentare. Questo in quanto la prededuzione – secondo i giudici di legittimità - attua un meccanismo soddisfacente volto a regolare non soltanto le obbligazioni della massa sorte al suo interno, ma anche tutte quelle che interferiscono con l'amministrazione fallimentare ed influiscono sugli interessi dell'intero ceto creditorio¹⁵⁷. La Corte di Cassazione ha precisato, in altra fattispecie (seppur regolata dalle norme previgenti), che il credito derivante dall'attività professionale prestata per l'ammissione alle procedure di amministrazione concordata e concordato preventivo può essere qualificato come prededucibile se nel concreto risultino sia il nesso di funzionalità tra tale attività ed il buon esito della procedura, sia l'effettiva utilità per i creditori che da ciò abbiano tratto giovamento¹⁵⁸.

In questi casi, poiché si tratta di obbligazioni non assunte direttamente dagli organi della procedura, la valutazione sulla natura prededucibile o meno del credito, e in particolare sulla sua idoneità a soddisfare gli interessi dell'intera massa creditoria, è

¹⁵⁵ Cass., 5 marzo 2012, n. 3402; *contra* Trib. Bolzano 14 febbraio 2014, in *ilfallimentarista.it*, e Trib. Pavia 26 febbraio 2014, in *ilcaso.it*.

¹⁵⁶ Cfr. anche M. Agostinelli, *Sub art. 111*, in P. Pajardi, *Codice del fallimento*, cit., 1392.

¹⁵⁷ In questi termini Cass., 13 dicembre 2013, n. 27926.

¹⁵⁸ Cass., 8 aprile 2013, n. 8534.

effettuata *ex post* dal giudice delegato in sede di verifica ovvero dal tribunale in sede di opposizione allo stato passivo¹⁵⁹.

Esempi di crediti che godono della prededuzione per il tramite del parametro funzionale sono gli obblighi indennitari per le miglitorie e le addizioni su immobili acquisiti dal fallimento¹⁶⁰, apportate dal promissario acquirente *in bonis* o dal compratore il cui acquisto sia stato revocato o sia inopponibile alla massa per tardività della trascrizione¹⁶¹ e le spese per il ricorso tributario proposto dall'amministratore della società fallita nell'inerzia del curatore¹⁶².

6. (Segue) I crediti prededucibili sorti in occasione o in funzione “delle procedure concorsuali”.

Come ultimo parametro perché un credito possa essere qualificato come prededucibile il legislatore prevede che esso debba essere sorto nell'ambito delle procedure concorsuali disciplinate dalla legge fallimentare. Integrano, senza dubbio, questo presupposto il fallimento, il concordato preventivo e la liquidazione coatta amministrativa. Non si pongono più problemi nel caso di amministrazione controllata, abrogata dalla riforma del 2006¹⁶³, e per l'ipotesi di fallimento successivo ad un piano

¹⁵⁹ In questo senso si veda Trib. Prato 14 giugno 2012, cit., il quale ha affermato che la circostanza che il credito sia considerato nella proposta di concordato preventivo tra le passività prededucibili non comporta che, nel successivo fallimento, esso conservi tale natura, «spettando al giudice delegato, nel contraddittorio tra il curatore e con gli altri creditori, verificarne in sede di accertamento del passivo la natura e la collocazione».

¹⁶⁰ Si veda M. Agostinelli, *Sub art. 111*, in P. Pajardi, *Codice del fallimento*, cit., 1393.

¹⁶¹ Cfr. A. Silvestrini, *Sub art. 111*, cit., 1556; R. Vivaldi, *La ripartizione dell'attivo*, cit., 275; A. Trinchì, *Sub art. 111 e 111-bis*, cit., 1196; in giurisprudenza v. Cass., 6 marzo 1958, n. 751, in *Dir. Fall.*, 1958, II, 22, e Trib. Catania 30 luglio 1982, *ivi*, 1983, II, 582.

¹⁶² E. Lo Mundo, *Sub art. 111*, in *Codice commentato del fallimento*, dir. da G. Lo Cascio, Milano, Ipsoa, 2008, 1054; A. Trinchì, *Sub art. 111 e 111-bis*, cit., 1196.

¹⁶³ Prima dell'abrogazione dell'amministrazione controllata la giurisprudenza si era occupata della prededuzione nel rapporto tra la procedura di amministrazione controllata e il fallimento; si vedano, *ex multis*, Cass. 4370/1977; Cass., 2728/1978. In dottrina si segnala U. Apice, *Prededucibilità dei crediti sorti in pendenza di amministrazione controllata nel fallimento consecutivo*, in *Fall.*, 6, 1986, 650 ss.

di risanamento attestato ai sensi dell'articolo 67, comma 3, lett. d), l. fall., dato che è pacifico che tale piano non sia in alcun modo riconducibile ad una delle procedure concorsuali della legge fallimentare cui fa riferimento l'articolo 111, non essendoci né alcun effetto distintivo tra l'insieme delle obbligazioni antecedenti il piano e quelle successive, né alcuni divieto di azioni esecutive o cautelari per i creditori pregressi né alcuna sanzione di inopponibilità per i creditori concorsuali di atti dispositivi compiuti dal debitore in favore dei singoli creditori pregressi¹⁶⁴.

Per quanto riguarda l'amministrazione straordinaria, la giurisprudenza di merito ha sostenuto che, poiché il testo dell'articolo 111 fa riferimento alle procedure concorsuali "di cui alla presente legge", non è possibile ricomprendere nella fattispecie l'amministrazione straordinaria. Essa, infatti, trova la propria disciplina, speciale e dunque estranea alla legge fallimentare, nel d. lgs. 8 luglio 1999, n. 270, che contiene un articolo 20 riguardante il regime della prededuzione nell'amministrazione straordinaria, «non compatibile con l'altra dianzi richiamata»¹⁶⁵.

Gli accordi di ristrutturazione sono stati oggetto dei maggiori dubbi, per quanto concerne la qualificazione da attribuire ad essi. Si identificano due fronti di pensiero contrapposti: la tesi autonomista e la tesi processual-pubblicistica¹⁶⁶.

¹⁶⁴ In questa direzione, *ex multis*, M. Fabiani, *Diritto fallimentare. Un profilo organico*, cit., 717; L. Stanghellini, *Finanziamenti-ponte e finanziamenti alla ristrutturazione*, cit., 1347; C. Costa, *Esenzione dall'azione revocatoria e prededuzione nelle procedure stragiudiziali di risanamento delle imprese*, cit., 539, il quale si interroga se l'esclusione della prededuzione in presenza di piani attestati non comporti quindi la "morte" di questo istituto.

¹⁶⁵ Così Trib. Pordenone 4 settembre 2014, in *Fallimenti e società*, il quale aggiunge che, anche se tale art. 20 rinvia all'art. 111, comma 1, l. fall., tale rinvio ha la sola funzione «di richiamare l'ordine di graduazione dei crediti, restando estranea al rinvio, per quanto sopra, la sopravvenuta estensiva disciplina dei presupposti della prededuzione per le procedure di cui alla legge fallimentare». Lo stesso dicasi per l'amministrazione straordinaria cosiddetta "speciale" disciplinata dal d.l. 23 dicembre 2003, n. 347 poi convertito con modificazioni nella legge 18 febbraio 2004, n. 39 (c.d. legge Marzano).

¹⁶⁶ Termini tratti da F. Dimundo, *Crediti prededucibili: categorie*, cit., 15.

I sostenitori della prima tesi, soprattutto all'indomani della riforma della legge fallimentare del 2006, ritenevano che l'accordo di ristrutturazione non potesse essere ritenuto una procedura concorsuale, dovendosi piuttosto attribuire all'istituto natura contrattuale. Ciò sulla base di due ordini di motivi, l'uno di tipo formale, quale il tenore delle rubriche del titolo III (*"Del concordato preventivo e degli accordi di ristrutturazione"*) e del capo V (*"Dell'omologazione e dell'esecuzione del concordato preventivo. Degli accordi di ristrutturazione dei debiti"*), l'altro di tipo sostanziale che riguardava, ad esempio, i diversi presupposti oggettivi e soggettivi degli accordi e del concordato preventivo, la possibilità di trattare in maniera differenziata ciascun creditore aderente all'accordo, l'efficacia di quest'ultimo limitata ai soli creditori aderenti così come l'assenza di effetti dell'iniziativa del debitore sulle azioni esecutive e cautelari dei singoli creditori¹⁶⁷.

All'indomani della riforma della legge fallimentare restava, invece, del tutto minoritaria la tesi contraria, cioè quella della prededucibilità dei crediti sorti in occasione o in funzione di un accordo di ristrutturazione, fondata anch'essa su ragioni di carattere formale e sostanziale¹⁶⁸.

Le due tesi hanno continuato a contrapporsi, in maniera pressoché identica, anche negli anni successivi alla riforma, anche se progressivamente si sono registrati sempre più consensi a favore della tesi processual-pubblicistica, visto che i numerosi recenti interventi legislativi hanno modificato l'originaria fisionomia dell'istituto, avvicinandolo sempre più alla struttura di una procedura concorsuale. Per citare solo alcuni degli elementi che hanno spinto verso un'identificazione degli accordi di

¹⁶⁷ G. Terranova, *I nuovi accordi di ristrutturazione: il problema della sottocapitalizzazione dell'impresa*, in *Dir. Fall.*, 2012, I, 3; A. Nigro, D. Vattermoli, *Diritto della crisi delle imprese. Le procedure concorsuali*, Seconda edizione, Bologna, il Mulino, 2012, 392; S. Ambrosini, *Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Trattato di diritto commerciale*, dir. da G. Cottino, XI.1, Padova, Cedam, 2008, 168; per una completa rassegna dei vari argomenti spesi a supporto della tesi autonomista si veda P. Valensise, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti nella legge fallimentare*, Torino, Giappichelli Editore, 2012, 125 ss.

¹⁶⁸ Fra gli altri E. Forgillo, *La ripartizione dell'attivo*, cit., 959; R. Vivaldi, *La ripartizione dell'attivo*, cit., 277.

ristrutturazione nell'ambito delle procedure concorsuali, si portano all'attenzione la previsione, introdotta dal d.l. 83/2012, della dilazione forzata dei creditori non aderenti (articolo 182 *bis*, comma 1, l. fall.); quella forma di spossessamento attenuato prevista dall'ultimo comma dell'articolo 182 *quinqüies*, in virtù della quale il debitore che presenta l'accordo di ristrutturazione o il pre-accordo, nel caso in cui intenda pagare creditori anteriori per prestazioni essenziali per la prosecuzione dell'attività, e ciò sia certificato da un professionista, deve munirsi della preventiva autorizzazione del tribunale¹⁶⁹; infine, le regole di tutela di crediti fiscali e contributivi stabilite dall'articolo 182 *ter* l. fall., in caso di transazione fiscale o previdenziale¹⁷⁰.

Nonostante le riforme del 2012 e del 2013, continuava però ad essere presente la ritrosia, tanto in dottrina quanto in giurisprudenza, nel riconoscere la prededuzione ai crediti sorti in occasione o in funzione di accordi di ristrutturazione. Si riteneva, infatti, che continuassero a difettare i requisiti tipici della concorsualità, dato che mancavano un provvedimento giudiziale che sancisse l'apertura della procedura, con conseguente nomina degli organi deputati a gestirla, l'idoneità dell'accordo di ristrutturazione a eliminare lo stato di crisi anche senza l'omologazione del tribunale e l'universalità degli effetti prodotti dall'accordo, tanto sul piano soggettivo quanto sul piano oggettivo; inoltre non si assisteva all'apertura del concorso formale tra i creditori ed al blocco degli interessi sui debiti chirografari; infine, non era prescritta l'osservanza della *par condicio creditorum*, con la conseguente possibilità di riservare ai creditori chirografari un trattamento migliore di quello contemplato a certi privilegiati¹⁷¹.

¹⁶⁹ M. Fabiani, *Riflessioni precoci sull'evoluzione della disciplina della regolazione concordata della crisi d'impresa*, in *ilcaso.it*, 2012.

¹⁷⁰ L. Boggio, *Concordato preventivo, accordi di ristrutturazione e prededuzione: crediti professionali e oltre*, in *Giur. it.*, 2013, 1828.

¹⁷¹ B. Inzitari, *Gli accordi di ristrutturazione ex art. 182-bis legge fallim.: natura, profili funzionali e limiti dell'opposizione degli estranei e dei terzi*, in *Dir. Fall.*, 2012, I, 14; S. Ambrosini, *Accordi di ristrutturazione dei debiti e finanziamenti alle imprese in crisi. Dalla "miniriforma" del 2005 alla l. 7 agosto 2012, n. 134*, Bologna, Zanichelli Editore, 2012, 108; V. Giorgi, *Misure per facilitare la gestione*

Anche la giurisprudenza di quegli anni si è espressa in senso analogo, definendo gli accordi di ristrutturazione come «un insieme di contratti, qualificati dalla loro “comprensione” in un procedimento, non assimilabile alle procedure concorsuali, se non per la sua funzione di disciplinare la soluzione ad una temporanea o definitiva crisi dell’impresa», e ponendo l’accento sul fatto che, mancando un concorso dei creditori e quindi il principio di *par condicio* tra di essi, si dovesse escludere ogni inerenza degli accordi di ristrutturazione al concetto di procedura concorsuale¹⁷².

Come corollario della tesi che nega la natura di procedura concorsuale agli accordi di ristrutturazione vi è che si deve escludere la possibilità di applicare la consecuzione tra procedure, così come la prededuzione dei crediti maturati in funzione dell’accesso ad un accordo di ristrutturazione¹⁷³.

In chiusura, si segnala che a partire dal 2018 la giurisprudenza di legittimità, con un orientamento innovativo e per certi versi inatteso, si è espressa, in una serie di decisioni, a favore del riconoscimento della natura di procedura concorsuale agli accordi di ristrutturazione¹⁷⁴. Questo intervento della Corte di Cassazione ha, di fatto, attenuato il dibattito sul tema, che però, ad oggi, non può dirsi spento.

delle crisi aziendali” ed accordi di ristrutturazione del debito, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2013, 1234 ss., e Trib. Ravenna 10 ottobre 2013, in *ilcaso.it*.

¹⁷² Trib. Milano 2 marzo 2013, in *Giur. it.*, 2013; cfr. altresì Trib. Verona 16 febbraio 2015, in *unijuris.it*.

¹⁷³ S. Ambrosini, *Accordi di ristrutturazione*, cit., 110.

¹⁷⁴ Si veda a questo riguardo Cass., 18 gennaio 2018, n. 1182, la quale, nell’ambito della decisione sulla natura prededucibile o meno del compenso ai professionisti che avevano assistito un’impresa nella stipula di un accordo di ristrutturazione omologato ma che poi non aveva prodotto gli effetti auspicati e dopo 16 mesi dall’omologa l’impresa era fallita, aveva accordato il beneficio della prededuzione *ex art. 111 l. fall.* al credito del professionista in quanto l’accordo di ristrutturazione “appartiene agli istituti del diritto concorsuale” e il credito è sorto “in funzione” dell’accesso alla procedura (cfr. anche Cass., 25 gennaio 2018, n. 1896). A distanza di pochi mesi la Cassazione ha affrontato nuovamente l’argomento, questa volta in maniera più approfondita, giungendo alla conclusione che l’accordo di ristrutturazione è una procedura concorsuale (cfr. Cass. 12 aprile 2018, n. 9087). Per giungere a questa conclusione la Cassazione pare semplificare, o meglio ridurre, la soglia minima per ricondurre uno strumento messo a disposizione dall’ordinamento fallimentare al sistema delle vere e proprie procedure concorsuali (in questi termini M.

Secondo alcuni la strada verso la “concorsualizzazione” degli accordi di ristrutturazione è ulteriormente spianata dall’emanando Codice della Crisi d’impresa e dell’insolvenza¹⁷⁵.

Dopo aver chiarito cosa è considerato “procedura concorsuale di cui alla presente legge”, è bene passare in rassegna il trattamento riservato (nel senso di indagare se è attribuibile la prededucibilità o meno) ai crediti sorti in una procedura (si prenderanno in esame le ipotesi di concordato preventivo, amministrazione straordinaria e accordi di ristrutturazione) che sia, in seguito, sfociata nel fallimento.

Parte della dottrina¹⁷⁶ e la giurisprudenza prevalente negavano la prededucibilità dei debiti sorti durante la procedura di concordato preventivo «stante la funzione soddisfattoria di questa procedura rispetto alla quale è estranea ed indifferente l’eventuale continuazione dell’esercizio dell’impresa da parte del debitore concordatario»¹⁷⁷.

Arato, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti tra la giurisprudenza della Cassazione e il Codice della crisi e dell’insolvenza*, in *Crisi d’Impresa e Insolvenza*, 2018, *ilcaso.it*). In termini analoghi all’ultima Cassazione citata si veda anche Cass., 21 giugno 2018, n. 16347.

¹⁷⁵ Cfr., tra gli altri, M. Arato, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti tra la giurisprudenza della Cassazione e il Codice della crisi e dell’insolvenza*, in *Crisi d’Impresa e Insolvenza*, 2018, *ilcaso.it*. L’autore afferma che, con l’introduzione di un procedimento unitario per l’accesso ai vari istituti di regolazione della crisi, il legislatore ha di fatto concorsualizzato l’istituto, con la conseguenza che in un futuro prossimo sarà molto difficile sostenere che l’accordo di ristrutturazione non costituisca una procedura concorsuale.

¹⁷⁶ Cfr. *ex multis* G. Alessi, *I debiti di massa nelle procedure concorsuali*, cit., 40; G. Lo Cascio, *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, Milano, Ipsoa, 1998, 617.

¹⁷⁷ Cass., 14 luglio 1997, n. 6352; Cass. 5 agosto 1996, n. 7140; Cass. 27 ottobre 1995, n. 11216; Cass., 12 luglio 1994, n. 6556; Cass. 5 febbraio 1993, n. 1444; Cass. 26 giugno 1992, n. 8013; Cass. 5 febbraio 1988, n. 1258; Cass. 5 maggio 1988, n. 3325; quanto alla giurisprudenza di merito, Trib. Velletri 11 gennaio 1993, in *Fall.*, 1993, 1151; *contra* Trib. Bergamo 11 aprile 1995, in *Fall.*, 1995, 1155. In via eccezionale si era attribuito il beneficio della prededucazione di tali debiti se la continuazione dell’impresa costituiva elemento essenziale della proposta di concordato (Cass., 12 marzo 1999, n. 2192; Cass., 5 agosto 1996, n. 7140). Sul tema si veda anche S. Pacchi Pesucci, *Concordato preventivo e prededucazione*, in *Giur. Comm.*, 1980, I, 575 ss. In particolare, l’autrice sostiene l’inadeguatezza della tesi che nega la prededucazione per errore di impostazione.

In senso opposto rispetto all'affermato principio generale, una pronuncia della Corte di Cassazione¹⁷⁸ ammette che se al concordato segue il fallimento, «i compensi ed i rimborsi di spesa dovuti al commissario giudiziale e al liquidatore debbono essere pagati in prededuzione sull'attivo del fallimento conseguente, ai sensi dell'art. 111, n. 1» perché «sia il commissario giudiziale, sia il liquidatore, nel caso di cui all'art. 182, agiscono nell'interesse della massa dei creditori»¹⁷⁹.

Vi era anche chi riteneva che la prededucibilità delle spese fosse giustificata «non in relazione all'utilità che hanno determinato per la massa, ma per essere state contratte per l'amministrazione del patrimonio e per l'esercizio provvisorio dell'impresa del debitore, dovendo operarsi una interpretazione estensiva dell'art. 111, n. 1»¹⁸⁰.

Con riferimento alle spese eseguite durante un concordato preventivo, comprese quelle che si è dovuto sostenere per poter accedere alla procedura, per lungo tempo la giurisprudenza prevalente ha ritenuto che tali spese non potessero essere qualificate come prededucibili, vista la natura liquidatoria della procedura¹⁸¹. Con il novellato articolo 111, che considera prededucibili i crediti sorti in occasione o in funzione delle procedure concorsuali di cui alla legge fallimentare, si è messo in luce che è necessario ridelineare il citato orientamento¹⁸².

Attualmente l'orientamento maggioritario è quello che riscontra nell'uso del plurale del nuovo testo dell'articolo 111, ultimo comma l. fall., laddove fa riferimento

¹⁷⁸ Cass., 3 ottobre 1983, n. 5753, in *Dir. Fall.*, 1988, II, 391.

¹⁷⁹ Cfr. A. Roma 29 aprile 1991, FI, 1992, I, 154; Trib. Parma 17 marzo 1998.

¹⁸⁰ Così Trib. Milano 18 dicembre 1978, in *Fall.*, 1979, 834. Cfr. anche Trib. Monza 3 gennaio 1991; Trib. Genova 17 novembre 1995; A Milano 31 marzo 1995. Quest'ultimo ha deciso che è prededucibile, nel successivo fallimento, il credito sorto in pendenza di concordato preventivo se collegato al buon esito della procedura. A conferma del principio cfr. anche Cass., 9 settembre 2002, n. 13056.

¹⁸¹ Cass., 12 marzo 1999, n. 2192; Trib. Roma 27 luglio 2000.

¹⁸² A questo riguardo, seppur *incidenter tantum*, si è espressa la Corte di Cassazione nella pronuncia del 25 luglio 2007, n. 16426 affermando la ammissibilità della prededuzione anche nel concordato preventivo, a patto che si riferisca a debiti contratti per la massa, contratti cioè per la gestione e lo svolgimento della procedura nell'interesse di tutti i creditori.

ai crediti sorti nelle procedure concorsuali di cui alla legge fallimentare, la volontà del legislatore di garantire la prededuzione dei debiti sorti nel corso delle procedure concorsuali minori (una su tutte: il concordato preventivo), poi sfociate nel fallimento¹⁸³. La giurisprudenza di merito ritiene, però, che perché possa aversi la prededuzione è necessario che si sia effettivamente verificata l'ammissione alla procedura di concordato preventivo¹⁸⁴.

Vi è, invece, chi¹⁸⁵ ritiene che la prededuzione debba essere garantita sia alle spese eseguite nel corso della procedura minore, sia a quelle anteriori ma ad essa funzionali. Tramite l'applicazione del criterio funzionale è possibile ricomprendere nella prededucibilità anche spese sorte prima dell'ammissione. Quindi, in virtù del nesso di funzionalità alla presentazione della procedura, è possibile configurare la prededuzione indipendentemente dalla successiva ammissione della procedura da parte del tribunale, perché il nesso di funzionalità è ugualmente presente. Peraltro, il novellato articolo 161, comma 7, l. fall. stabilisce la prededucibilità dei crediti di terzi eventualmente sorti per effetto degli atti legalmente compiuti dal debitore dopo il deposito del ricorso e fino al decreto *ex* articolo 163 l. fall.

Per fare una sintesi sul panorama dei crediti sorti in relazione alla procedura di concordato preventivo, anzitutto bisogna escludere che qualsiasi debito contratto

¹⁸³ F. Vigotti, *La ripartizione dell'attivo fallimentare*, in AA.VV., *Il diritto fallimentare riformato*, a cura di G. Schiano di Pepe, Padova, Cedam, 2007, 468; cfr. anche A. Silvestrini, *Sub art. 111*, in *La legge fallimentare dopo la riforma*, cit., 1554.

¹⁸⁴ In questa direzione si segnala un tribunale, che ha riconosciuto la prededucibilità del credito del professionista attestatore perché il concordato era stato ammesso, anche se i creditori, poi, lo avevano bocciato in sede di votazione, sostenendo che la *ratio* dell'attuale articolo 111 è quella di facilitare il ricorso alle procedure concorsuali minori (così Trib. Milano, 20 agosto 2009; cfr. anche Trib. Udine, 15 ottobre 2008, che ha negato la prededuzione al professionista che aveva redatto la domanda di concordato dato che quest'ultimo non era stato ammesso dal tribunale *ex art.* 162).

¹⁸⁵ Boggio L., *Crediti sorti "in funzione" del concordato preventivo: prededuzione...ma non troppo*, in Fall., 2009, 1415.

dall'imprenditore benefici della prededuzione¹⁸⁶. Sicuramente deve trattarsi di debiti sorti legittimamente e, dunque, dotati di autorizzazione del giudice delegato se derivanti da atti di straordinaria amministrazione; se, invece, sono sorti a seguito di atti di ordinaria amministrazione, occorre compiere una distinzione: i debiti di mera gestione potranno essere prededucibili se la continuazione dell'esercizio dell'impresa sia stata prevista nel piano¹⁸⁷; nel caso di debiti non strettamente inerenti all'esercizio dell'impresa, essi potranno godere della prededuzione nel successivo fallimento solo se contratti "in funzione" della procedura, apportando, in particolare, un'utilità per l'intera massa creditoria¹⁸⁸.

Con riferimento all'amministrazione straordinaria, in vigore della legge n. 95/1979, i debiti sorti prima dell'inizio della procedura erano qualificati come debiti della massa da soddisfare in prededuzione dall'articolo 4 d.l. n. 414/1981, convertito in l. n. 544/1981 con riferimento all'indennità di anzianità dovuta ai dipendenti dell'impresa, dall'articolo 1 d.l. n. 185/1982, convertito in l. n. 381/1982 per quanto riguarda i debiti originatisi da rapporto di lavoro subordinato o nei confronti di soggetti stranieri le cui azioni cautelari o esecutive avessero fatto da ostacolo alla continuazione dell'esercizio dell'impresa armatoriale e dall'articolo 3, lett. e) l. n. 546/1983 per i debiti contratti per l'acquisto di bietole¹⁸⁹.

¹⁸⁶ Si veda A. Silvestrini, *Sub art. 111*, in *La legge fallimentare dopo la riforma*, cit., 1556. Per un approfondimento sulla possibilità o meno di riconoscere la prededuzione per i crediti dei professionisti derivanti da prestazioni rese nell'ambito del concordato preventivo inammissibile o rinunciato si veda F. Autelitano, *Concordato preventivo inammissibile o rinunciato e prededuzione dei crediti professionali*, in *dirittobancario.it*; G. B. Nardecchia, *Le mobili frontiere della prededuzione*, in *Fall.*, 4, 2021, 478 ss., il quale affronta la tematica fornendo un commento ad una recente decisione della Corte di Cassazione, il cui principio di diritto espresso sembra voler mettere in discussione l'orientamento giurisprudenziale affermatosi negli ultimi anni (cfr. Cass. 15 gennaio 2021, n. 639).

¹⁸⁷ Cfr. L. Guglielmucci, *Diritto fallimentare*, Torino, Giappichelli Editore, 2017, 258.

¹⁸⁸ Cfr. A. Silvestrini, *Sub art. 111*, in *La legge fallimentare dopo la riforma*, cit., 1556.

¹⁸⁹ In questi e nei seguenti termini A. Coppola, *Art. 111*, in A. Maffei Alberti, *Commentario breve alla legge fallimentare*, cit., 780.

La nuova procedura di amministrazione straordinaria è contenuta nel d. lgs. 8 luglio 1999, n. 270 in attuazione della legge delega 30 luglio 1998, n. 274, che prevede, all'articolo 20 che «i crediti sorti per la continuazione dell'esercizio dell'impresa e la gestione del patrimonio del debitore dopo la dichiarazione dello stato d'insolvenza sono soddisfatti in prededuzione, a norma dell'art. 111, primo comma, n. 1 l.fall.» e ribadisce, per il tramite dell'articolo 52, la natura prededucibile di tali crediti anche nel fallimento consecutivo alla procedura di amministrazione straordinaria¹⁹⁰.

Infine, la possibilità di estendere la prededuzione nel fallimento alle spese sorte in occasione o in funzione degli accordi di ristrutturazione dei debiti *ex* articolo 182 *bis* dipende dalla qualifica ad essi attribuita¹⁹¹. Come visto, a partire dal 2018, la qualificazione sembra sempre più propendere per l'attribuzione, agli accordi di ristrutturazione, della natura concorsuale.

7. La graduazione dei creditori: il rapporto tra le varie tipologie di crediti in relazione al riparto.

Una volta esaminata con più attenzione l'attuale definizione di crediti prededucibili, è necessario porre la propria attenzione sull'ordine di distribuzione delle somme ricavate dalla liquidazione dell'attivo, sulla graduazione delle diverse categorie di crediti e dei creditori all'interno di ciascuna. Le disposizioni rilevanti a questo riguardo sono gli articoli 111, 111 *bis* e 111 *ter*. È necessario fin da subito fare una precisazione: nella fase di ripartizione dell'attivo l'unitarietà della massa passiva fallimentare (che emerge in diverse disposizioni della legge fallimentare, una su tutte l'articolo 44 l. fall. che dispone che gli atti e i pagamenti compiuti dal fallito dopo la dichiarazione di fallimento sono inefficaci rispetto ai creditori) perde consistenza.

¹⁹⁰ Cfr. V. Zanichelli, *La nuova disciplina del fallimento e delle altre procedure concorsuali dopo il d. lgs. 12.9.2007, n. 169*, Torino, UTET giuridica, 2008, 321, il quale estende la prededucibilità anche alle spese sorte in occasione della procedura disciplinata dal d.l. 347/2003 (c.d. decreto Marzano).

¹⁹¹ Cfr. A. Silvestrini, *Sub art. 111*, in *La legge fallimentare dopo la riforma*, cit., 1554; A. Trinchì, *Sub art. 111 e 111-bis*, in *Commentario alla legge fallimentare*, cit., 1186.

Infatti, in questa fase la massa passiva si frantuma in tante sottomasse quante sono le categorie di crediti che prendono parte alla distribuzione¹⁹².

L'articolo 111, norma cardine del sistema, detta l'ordine di distribuzione delle somme, stabilendo che al primo posto vi sono i crediti prededucibili; in secondo luogo devono essere pagati i crediti ammessi con prelazione sulle cose vendute secondo l'ordine assegnato dalla legge; infine devono trovare soddisfazione i creditori chirografari, in proporzione dell'ammontare del credito per cui ciascuno di essi fu ammesso, compresi i crediti ammessi con prelazione, qualora non sia stata ancora realizzata la garanzia, ovvero per la parte per cui rimasero non soddisfatti da questa. All'interno di ogni singola classe deve poi essere creata una ulteriore graduatoria, tra i creditori ivi ricompresi, con riguardo all'ordine di soddisfacimento: il momento temporale che si valuta per il corretto posizionamento del creditore è la data del riparto e non la data di esecutorietà dello stato passivo¹⁹³.

La disposizione contiene anche un secondo comma, introdotto come già detto con la riforma della legge fallimentare del 2006, che chiarisce cosa debba essere considerato credito prededucibile, di cui si è già parlato approfonditamente negli scorsi paragrafi di questo capitolo.

Questa disposizione traduce sul piano del diritto positivo il principio generale (in quanto sancito all'interno dell'articolo 2741, comma 1, c.c.) della *par condicio creditorum*, il principio cioè della «parità di situazione e di trattamento dei creditori esistenti al momento dell'apertura della procedura»¹⁹⁴. Infatti, con l'apertura del fallimento tutti i creditori anteriori a questo momento hanno diritto di prendere parte alla procedura e trovare soddisfazione del loro credito in eguale proporzione sul patrimonio del fallito, salvo le cause legittime di prelazione e le eccezioni consentite dalla legge. Nonostante siano stati e siano tuttora ancora fortemente discussi il

¹⁹² Così A. Nigro, D. Vattermoli, *Diritto della crisi delle imprese*, cit., 256.

¹⁹³ Si veda C. Perago, *I pagamenti nel fallimento*, in C. Cecchella [et al.], *Il processo di fallimento*, Volume II, Torino, Giappichelli Editore, 2014, 772.

¹⁹⁴ Così A. Nigro, D. Vattermoli, *Diritto della crisi delle imprese*, cit., 40.

fondamento e la portata del principio¹⁹⁵, si può affermare che esso costituisca il principio organizzativo centrale delle procedure concorsuali, faro che guida il curatore al momento in cui effettivamente bisogna ripartire le somme tra i creditori concorrenti.

Al fine di agevolare l'applicazione del principio della *par condicio creditorum*, il legislatore ha introdotto, sempre con la riforma del 2006, l'articolo 111 *ter* l. fall., rubricato "Conti speciali". Con tale disposizione il legislatore prevede esplicitamente la creazione di due masse attive distinte: da un lato, la massa liquida attiva immobiliare, costituita dalle somme ricavate dalla liquidazione dei beni immobili, e dei loro frutti e pertinenze, nonché dalla quota proporzionale di interessi attivi liquidati sui depositi delle relative somme; dall'altro lato, la massa liquida attiva mobiliare, costituita da tutte le altre entrate, che possono derivare da esazioni di crediti, da vendite (di beni mobili ovviamente), dall'esercizio provvisorio dell'impresa, dall'affitto d'azienda, da azioni di reintegrazione del patrimonio del debitore, ecc¹⁹⁶.

Con riguardo a ciascuna delle due singole sottomasse, il curatore deve tenere un conto autonomo. In particolare, egli deve tenere un conto delle vendite dei singoli beni immobili oggetto di privilegio speciale e di ipoteca e un analogo, ma separato conto dei singoli beni mobili o gruppo di mobili oggetto di pegno e privilegio speciale, indicando analiticamente, per ciascuno dei due conti, le entrate e le uscite di carattere

¹⁹⁵ Da un lato, vi è chi considera il principio della *par condicio creditorum* come un principio generale dell'ordinamento, espressione di principi di equità e di giustizia distributiva che deve guidare nell'interpretazione di tutte le norme delle procedure concorsuali. Dall'altro lato vi è chi identifica nel principio della *par condicio* un mero "principio direttivo", uno "strumento tecnico" (come potrebbero essercene altri ma che il nostro legislatore ha scelto come regolatore del sistema) di attuazione del concorso, la cui portata è confinata alle norme in cui trovi esplicitazione. Cfr. A. Nigro, D. Vattermoli, *Diritto della crisi delle imprese*, cit., 40.

¹⁹⁶ Per una esamina più approfondita si veda, *ex multis*, A. Coppola, *Art. 111 ter*, in A. Maffei Alberti, *Commentario breve alla legge fallimentare*, cit., 789; M. Agostinelli, *Sub art. 111 ter*, in P. Pajardi, *Codice del fallimento*, cit., 1408; A. Ruggiero, *Sub art. 111 ter*, in *Il nuovo diritto fallimentare*, Commentario diretto da A. Jorio e coordinato da M. Fabiani, tomo II, Bologna, Zanichelli Editore, 2007, 1849.

specifico e della quota di quelle di carattere generale imputabili a ciascun bene o gruppo di beni secondo un criterio proporzionale.

È chiaro come l'esistenza di tali "conti separati" agevoli il soddisfacimento dei creditori che vantano cause legittime di prelazione nonché l'esatta applicazione in concreto del principio della *par condicio creditorum*, atteso che «i creditori che vantano una causa legittima di prelazione sono preferiti rispetto ai chirografari soltanto se il bene oggetto del loro privilegio è presente nella massa attiva fallimentare e nei limiti in cui detto bene risulti capiente rispetto al credito vantato»¹⁹⁷.

Di seguito, qualche parola su ciascuna delle categorie di crediti menzionate all'articolo 111, ad eccezione dei crediti prededucibili, ai quali sarà dedicato interamente il prossimo paragrafo.

Una volta ripartiti i crediti prededucibili, il legislatore prevede che ad essere soddisfatti successivamente¹⁹⁸ siano i crediti ammessi con prelazione, la cui collocazione all'interno della categoria è stabilita dalle norme del codice civile inerenti all'ordine dei privilegi¹⁹⁹ (articoli 2777 e seguenti). Per vero, il n. 2 dell'articolo 111, mantenendo la formulazione originaria del 1942, parla di «crediti ammessi con prelazione sulle cose vendute» ma non vi sono dubbi che il legislatore

¹⁹⁷ Osservazione di A. Nigro, D. Vattermoli, *Diritto della crisi delle imprese*, cit., 256.

¹⁹⁸ La subordinazione dei crediti privilegiati rispetto ai crediti prededucibili non è assoluta; basti pensare alle somme ricavate dalla liquidazione dei beni oggetto di pegno e di ipoteca che non vengono utilizzate per il pagamento dei crediti prededucibili per la parte destinata, per esplicita disposizione di legge (articolo 111 *bis*, comma 3), ai creditori garantiti. Cfr. A. Nigro, D. Vattermoli, *Diritto della crisi delle imprese*, cit., 259.

¹⁹⁹ La nozione generale di privilegio è contenuta nell'articolo 2745 c.c. che dispone che «Il privilegio è accordato dalla legge in considerazione della causa del credito. La costituzione del privilegio può tuttavia dalla legge essere subordinata alla convenzione delle parti; può anche essere subordinata a particolari forme di pubblicità».

intenda ricomprendere ogni tipo di prelazione e, quindi, tanto i privilegi generali quanto quelli speciali^{200 201}.

Ne è conferma anche l'articolo 111 *quater* l. fall., che prevede che i crediti assistiti da privilegio generale e i crediti garantiti da privilegio speciale mobiliare, cui si deve aggiungere anche la categoria dei crediti pignoratizi²⁰², concorrano in un'unica graduatoria il cui ordine di preferenza è indicato all'articolo 2778 c.c. (per quanto concerne il rapporto tra privilegiati generali e speciali mobiliari) e all'articolo 2781 c.c. (per quanto concerne quello esistente tra privilegiati speciali mobiliari e pignoratizi). Per quanto riguarda la massa liquida immobiliare, dal momento che non è prevista un'unica graduatoria (perché non esiste nel nostro ordinamento la causa di prelazione data dal privilegio generale immobiliare) vengono create tante graduatorie quanti sono gli immobili venduti, al loro interno articolate secondo il seguente ordine: al primo posto vi sono i privilegiati speciali immobiliari, seguiti dai creditori ipotecari, secondo l'ordine di iscrizione e infine i titolari di crediti con collocazione sussidiaria sugli immobili (nel caso in cui questi non abbiano trovato completa soddisfazione per il tramite della distribuzione delle somme appartenenti alla massa liquida mobiliare)²⁰³.

In generale, per i creditori che vantano un pari grado di preferenza all'interno della categoria si applica la regola della proporzionalità (articolo 2782 c.c.).

Al terzo posto nell'ordine di distribuzione delle somme ottenute dalla liquidazione dell'attivo vi sono i creditori chirografari, cioè i titolari di quei crediti che fin dall'ammissione sono stati considerati privi di qualunque causa legittima di prelazione. In Italia questa categoria, stante il proliferare incontrollato dei privilegi ad

²⁰⁰ P. Pajardi, A. Paluchowski, *Manuale di diritto fallimentare*, cit., 641; C. Perago, *I pagamenti nel fallimento*, in C. Cecchella [et al.], *Il processo di fallimento*, cit., 782.

²⁰¹ *Ex* articolo 2746 c.c. «Il privilegio è generale o speciale. Il primo si esercita su tutti i beni mobili del debitore, il secondo su determinati beni mobili o immobili».

²⁰² Così A. Nigro, D. Vattermoli, *Diritto della crisi delle imprese*, cit., 260.

²⁰³ Si veda A. Nigro, D. Vattermoli, *Diritto della crisi delle imprese*, cit., 260.

opera del legislatore, finisce per essere residuale²⁰⁴. Con riguardo a questa categoria di crediti, anche il testo riformato continua a prevedere che in caso di insufficienza dell'attivo tali crediti vadano distribuiti «in proporzione dell'ammontare del credito per cui ciascuno di essi fu ammesso» (articolo 111, comma 1, n. 3). Trattandosi di crediti privi di qualsiasi causa di prelazione, è necessario un diverso criterio – quello scelto dal legislatore nazionale è quello della proporzionalità – che permetta di stabilire in che modo debbano essere distribuite le somme all'interno di questa categoria. La regola della proporzionalità comporta, dunque, una distribuzione in maniera omogenea delle perdite dovute all'incapienza del patrimonio del fallito. Il criterio della proporzionalità si applica anche, per come dispone il legislatore, ai crediti ammessi con prelazione, qualora non sia stata ancora realizzata la garanzia, ovvero per la parte per cui rimasero non soddisfatti da essa. Per la miglior dottrina, le due ipotesi contenute nel n. 3 sono diverse tra loro: la prima ipotesi (pagamento dei creditori chirografari in proporzione dell'ammontare del loro credito) si applica sia nel caso di riparti parziali sia al momento del riparto finale, costituendo un valore generale; la seconda ipotesi (il pagamento dei creditori ammessi con prelazione per i quali non sia stata ancora realizzata la garanzia o per la parte per cui rimasero insoddisfatti da questa, opera solo nelle ipotesi di riparti parziali²⁰⁵.

Non menzionati dalla disposizione in esame, ma che per chiudere il sistema vale la pena citare, sono i crediti subordinati²⁰⁶. Essi costituiscono l'ultima categoria di creditori destinata ad essere soddisfatta dalle somme ottenute dalla liquidazione dell'attivo, essendo a loro volta successivi ai crediti chirografari. Questa categoria di crediti può trovare soddisfazione solo una volta che sono stati pagati per intero tutti i crediti chirografari. Si capirà bene che per i titolari di crediti subordinati la

²⁰⁴ P. Pajardi, A. Paluchowski, *Manuale di diritto fallimentare*, cit., 641; C. Perago, *I pagamenti nel fallimento*, in C. Cecchella [et al.], *Il processo di fallimento*, cit., 785.

²⁰⁵ Così C. Perago, *I pagamenti nel fallimento*, in C. Cecchella [et al.], *Il processo di fallimento*, cit., 786.

²⁰⁶ Questa categoria si rinviene, tra gli altri, in A. Nigro, D. Vattermoli, *Diritto della crisi delle imprese*, cit., 261.

soddisfazione rappresenta ne più ne meno che un'illusione. L'unico strumento a disposizione dei creditori subordinati è, una volta che sia chiusa la procedura, l'esercizio di azioni esecutive individuali sui beni dell'ex fallito. Inutile dire che qualora dovesse aprirsi nuovamente un concorso, ancora una volta sarebbero per l'appunto subordinati ai creditori chirografari rimasti insoddisfatti dai riparti endofallimentari.

8. (Segue) Distinzione tra prelazione e prededuzione: due insiemi che graduano la distribuzione del ricavato ma su piani diversi.

Una volta passate in rassegna le diverse categorie di crediti e l'ordine di distribuzione delle somme, ci si vuole ancora soffermare, seppur brevemente, sui crediti di cui al n. 1 e al n. 2 dell'articolo 111 comma 1, l. fall., cioè i crediti prededucibili e i crediti ammessi con prelazione. In particolare, si pone l'attenzione sul concetto di prededuzione e quello di prelazione, due istituti che attribuiscono al credito cui si accompagnano il beneficio del "venir prima di altri", ma in due modi e su piani differenti.

Prededuzione e prelazione, come ha affermato la Corte di Cassazione²⁰⁷, esprimono «concetti eterogenei ed inconfondibili: la prededuzione è una qualità meramente procedurale dei cd. crediti 'verso la massa' che fa sì che, all'interno del processo fallimentare, essi debbano essere soddisfatti con priorità rispetto a quelli concorsuali, mentre la prelazione è una qualità sostanziale dei crediti, che esprime il titolo di preferenza che va ad essi accordato sia all'interno che fuori da detto processo».

La Corte di Cassazione si è nuovamente espressa sul tema con una decisione di qualche anno successiva²⁰⁸, di cui si riporta di seguito un passaggio particolarmente illuminante: «L'essenza della prededuzione è tradizionalmente definita in dottrina come il diritto dei creditori della massa di essere soddisfatti nei limiti della capienza

²⁰⁷ Cass. 3 marzo 2011, n. 5141.

²⁰⁸ Cass. 11 giugno 2019, n. 15724.

dell'attivo realizzato con precedenza assoluta rispetto ai creditori concorrenti e prima del riparto.

L'istituto si differenzia radicalmente dal privilegio.

Il privilegio infatti è una prelazione accordata in considerazione della causa del credito, ex art. 2741 c.c., comma 2, e art. 2745 c.c., e consiste in una qualità del credito che, in caso di concorso con altri creditori nell'esecuzione forzata, consente una soddisfazione prioritaria; la prededuzione invece è un'operazione di prelevamento che si realizza tramite la separazione delle somme necessarie per la copertura delle spese della procedura dal ricavato dell'espropriazione forzata dei beni del debitore».

Dunque, il privilegio ha natura sostanziale e si trova in un rapporto di accessorietà con il credito garantito, in quanto ne presuppone l'esistenza e lo segue. Esso nasce, quindi, fuori e prima del processo esecutivo, all'interno del quale rappresenta una eccezione alla *par condicio creditorum*²⁰⁹. La prededuzione, invece, ha natura procedurale perché nasce e si realizza in tale ambito, attribuendo una precedenza rispetto a tutti i creditori sull'intero patrimonio del debitore²¹⁰. In altre parole, essa attribuisce una precedenza processuale, in ragione della strumentalità dell'attività da cui il credito consegue agli scopi della procedura, onde renderla più efficiente²¹¹.

Si può facilmente notare che gli istituti accordano una preferenza rispetto agli altri creditori, ma essi operano su due piani diversi. Come corollario di ciò, è necessario sottolineare che il fatto che un credito sia prededucibile non vuol dire che non possa anche essere munito di una causa di prelazione, potendosi figurare l'ipotesi di crediti prededucibili privilegiati o anche garantiti da ipoteca²¹².

²⁰⁹ Cfr. ex multis A. Trinchì, *Sub art. 111 e 111-bis*, in *Commentario alla legge fallimentare*, cit., 1209; G. Alessi, *I debiti di massa nelle procedure concorsuali*, cit., 28.

²¹⁰ Si veda, ex multis, A. Cavalaglio, *I crediti prededucibili nelle procedure concorsuali*, in *Dir. Fall.*, 2010, I, 466; A. Trinchì, *Sub art. 111 e 111-bis*, in *Commentario alla legge fallimentare*, cit., 1173.

²¹¹ Cass. 11 giugno 2019, n. 15724, cit.

²¹² Un esempio di credito prededucibile collocato al privilegio si rinviene nella stessa legge fallimentare, e nello specifico nel quarto comma dell'articolo 80, il quale stabilisce che il credito per l'indennizzo che sorge a seguito del recesso dal contratto di locazione immobiliare è soddisfatto in prededuzione ai sensi dell'articolo 111 l. fall. con il privilegio di cui all'articolo 2764 c.c.

La presenza di cause di prelazione all'interno della categoria dei crediti prededucibili permetterà, inoltre, di procedere ad una gradazione nella soddisfazione dei creditori prededucibili, qualora ci fosse una situazione di insufficienza di attivo tale da impedire addirittura il pagamento integrale della classe dei crediti prededucibili.

Quindi la diversa natura del privilegio e della prededuzione comporta che quest'ultima si possa sovrapporre al privilegio, senza estinguerlo, e che i crediti prededucibili possano assumere natura chirografaria o privilegiata²¹³.

A livello pratico, entrambi i benefici accordano un “venir prima” rispetto agli altri creditori e forniscono, a parte il caso di insufficienza dell'attivo, la garanzia della soddisfazione integrale del credito (a differenza del trattamento riservato ai creditori chirografari che otterranno soddisfazione in proporzione all'ammontare del proprio credito), ma il “prima” si articola in maniera differente. Nel caso della prededuzione, l'ammontare corrispondente al credito prededucibile viene dedotto prima, prima di effettuare le operazioni di riparto tra i vari altri creditori. Dall'ammontare che si ottiene dalla liquidazione dell'attivo, il curatore detrae la somma corrispondente ai crediti prededucibili inerenti al fallimento, atteso che la prededuzione dà al creditore la garanzia di un pagamento certo (tranne nel caso di insufficienza dell'attivo), oltretutto integrale. Una volta che è stato detratto quanto corrispondente alla categoria dei crediti prededucibili, si avviano le operazioni di ripartizione dei creditori concorrenti veri e propri. È qui che entra in gioco il titolo di prelazione, che accorda ai crediti cui si accompagna (secondo l'ordine stabilito dalle disposizioni contenute nel codice civile) il diritto a che essi vengano prelevati prima, in misura corrispondente all'ammontare del credito, di tutti gli altri. Il creditore prededucibile, dunque, non entra mai in conflitto con la massa dei creditori del debitore, essendo il suo credito messo da parte prima ancora di toccare la massa liquida disponibile per i

²¹³ Così R. Vivaldi, *La ripartizione dell'attivo*, in *Trattato delle procedure concorsuali*, dir. da L. Ghia, C. Piccininni, F. Severini, III, Torino, UTET giuridica, 2010, 273.; sul tema si veda anche A. Patti, *La prededuzione dei crediti funzionali al concordato preventivo tra art. 111 ed art. 182 quater l. fall.*, cit., 1342.

creditori, essendo questa costituita dalle somme che residuano a seguito dell'operazione di detrazione di quanto dovuto in prededuzione. I creditori il cui credito è dotato dell'accessorio della prelazione entrano in relazione con la massa creditoria, uscendone “vincitori” nel senso che, secondo l'ordine dei privilegi, riceveranno subito la soddisfazione del loro credito.

Si accenna qui solamente che la supremazia della prededuzione nei confronti degli altri creditori, compresi quelli prelatizi, non è assoluta, essendo configurati dal legislatore stesso²¹⁴ casi in cui il creditore privilegiato ha una preferenza (in senso etimologico, quindi portar prima, anteporre; in altre parole: venir prima) soddisfattiva rispetto al creditore in prededuzione²¹⁵.

9. Funzione dell'istituto della prededuzione.

Giunti a questo punto della trattazione sembra giusto interrogarsi sulla funzione e sul senso di questo istituto. Scorrendo i vari interventi normativi che si sono succeduti nel corso degli anni, si è avuto modo di constatare che la prededuzione ha via via acquisito un ruolo sempre più importante all'interno delle procedure concorsuali. Questo è per la maggior parte dipeso dal mutamento di concezione sulla funzione delle procedure concorsuali.

Inizialmente, e per lungo tempo, le procedure concorsuali, concordato preventivo *in primis*, erano viste dal legislatore – lo dimostra la mancanza di specifiche disposizioni di tutela dei creditori “finanziatori” dell'impresa – in ottica puramente liquidatoria. Infatti, non era previsto alcun tipo di protezione per il soggetto che contraesse con il debitore in procedura di ristrutturazione. Anche la giurisprudenza muoveva da una impostazione analoga, riscontrandosi pronunce quali: «I crediti nascenti da obbligazioni contratte nel corso della procedura di concordato preventivo, in caso di successivo fallimento, non possono essere soddisfatti "in prededuzione" stante la funzione meramente liquidatoria del concordato, rispetto alla quale è estranea

²¹⁴ Articolo 111 *bis*, comma 2, l. fall.

²¹⁵ Per un maggior approfondimento si rinvia al capitolo III, paragrafo 3 di questo scritto.

(in quanto meramente eventuale) la continuazione dell'esercizio dell'impresa da parte del debitore»²¹⁶. Mancando la garanzia della prededuzione, era alta la diffidenza a finanziare e più genericamente a far nascere rapporti giuridici con l'impresa sottoposta a procedura.

È stato il mutamento di pensiero, che si è riflesso sia in giurisprudenza che a livello legislativo, che ha portato a concepire le procedure concorsuali come strumento per il risanamento dell'impresa in crisi e di conseguenza ha fornito una tutela maggiore a tali soggetti. E nel valutare quale strumento potesse essere adoperato per dare certezza e stabilità ai rapporti giuridici di quei soggetti che decidevano di assumere una posizione attiva nell'ottica della ristrutturazione si è pensato di allargare l'ambito di operatività della prededuzione.

Quindi, se agli inizi la prededuzione era vista come strumento per garantire il pagamento delle spese contratte dagli organi del fallimento per poter far funzionare la procedura e permettere il raggiungimento dello scopo per cui essa era stata aperta, pian piano tale visione è mutata, approdando al senso del sistema moderno della prededuzione, che è quello di «dare certezza ai rapporti giuridici: chi tratta con l'imprenditore in procedura deve avere la ragionevole certezza di poter recuperare il proprio investimento, altrimenti non tratta e le procedure di risanamento tornano ad essere una utopia»²¹⁷.

Si potrebbe far presente che un altro modo per il creditore per ottenere una tutela sarebbe quello delle garanzie ordinarie, ma non sempre ci sono beni sui quali prestarle oppure essi sono già gravati da altre garanzie. Inoltre, si è osservato come la garanzia prestata dall'imprenditore in crisi sia atto revocabile nel successivo fallimento. Questo invece non accade nel caso della prededuzione. Di qui la sua funzione chiave nel quadro del superamento della crisi d'impresa²¹⁸.

²¹⁶ Cass. 14 luglio 1997, n. 6352.

²¹⁷ In questi termini R. D'Amora, *Prededuzione e par condicio: riflessione sulle disuguaglianze funzionali*, cit., 369.

²¹⁸ Cfr. R. D'Amora, *Prededuzione e par condicio: riflessione sulle disuguaglianze funzionali*, cit., 369.

CAPITOLO III

DISCIPLINA PROCESSUALE DEI CREDITI PREDEDUCIBILI

SOMMARIO: 1. Modalità di accertamento dei crediti prededucibili. – 2. Modalità di soddisfazione dei crediti prededucibili. – 3. (Segue) Il conflitto tra creditori prededucibili e creditori muniti di garanzia reale (pegno e ipoteca).

1. Modalità di accertamento dei crediti prededucibili.

Le modalità di accertamento e di soddisfazione dei crediti prededucibili hanno trovato una più chiara e completa disciplina con l'introduzione, per il tramite della riforma della legge fallimentare del 2006, dell'articolo 111 *bis* l. fall²¹⁹. Tale articolo, che ha ricevuto una parziale “correzione” con il d. lgs. 169/2007, regola importanti aspetti della disciplina dei crediti prededucibili, rispondendo ai numerosi dubbi ed incertezze interpretative presenti in materia. Se, quindi, l'articolo 111 inquadra la disciplina dei crediti prededucibili sotto il profilo del diritto sostanziale, la norma in commento affronta le problematiche di ordine processuale²²⁰.

Nel vigore della legge fallimentare del 1942 si riteneva che in capo al titolare di un credito prededucibile ci fossero tre rimedi possibili in caso di mancato pagamento da parte del curatore: far verificare il proprio credito nelle modalità previste per l'accertamento del passivo fallimentare dagli articoli 92 e seguenti della legge

²¹⁹ Per una accurata analisi della disposizione cfr. *ex multis* P. Pajardi, *Codice del fallimento*, VII Edizione, Milano, Giuffrè Editore, 2013; AA. VV., *La legge fallimentare. Commentario teorico-pratico*, M. Ferro (a cura di), Seconda edizione, Padova, Cedam, 2011; AA.VV., *La legge fallimentare dopo la riforma*, a cura di A. Nigro, M. Sandulli, V. Santoro, tomo II, Torino, Giappichelli Editore, 2010; A. Maffei Alberti, *Commentario breve alla legge fallimentare*, Sesta edizione, Padova, Cedam, 2013; A. Jorio (diretto da) e M. Fabiani (coordinato da), *Il nuovo diritto fallimentare*, tomo II, Bologna, Zanichelli Editore, 2007; C. Cavallini (diretto da) *Commentario alla legge fallimentare*, Milano, Egea, 2010.

²²⁰ Cfr. M. Agostinelli, *Sub art. 111 bis*, in P. Pajardi, *Codice del fallimento*, cit., 1402.

fallimentare²²¹; proporre un giudizio ordinario di cognizione finalizzato all'accertamento del credito prededucibile²²² o attivare il procedimento monitorio, ovvero azionare la pretesa nei confronti del fallimento nelle forme dell'esecuzione individuale²²³, nel caso in cui si trattasse di credito di massa assistito da titolo esecutivo; infine, proporre reclamo al tribunale *ex* articolo 26 l. fall. contro la mancata adozione del decreto autorizzativo al prelievo dell'importo.

La giurisprudenza del Supremo Collegio sosteneva la necessità della verifica dei crediti prededucibili nelle forme degli articoli 92 e seguenti l. fall., distinguendo,

²²¹ In questa direzione Cass., 29 gennaio 2002, n. 1065 che afferma che «Nella procedura fallimentare operano i principi del concorso formale e sostanziale, in virtù dei quali, da un lato, i creditori, fatti salvi gli eventuali diritti di prelazione, possono partecipare solo in proporzione delle rispettive ragioni ("par condicio creditorum") alla distribuzione del ricavato fallimentare e, d'altro canto, tutte le posizioni creditorie verso il fallito sono sottoposte ad un accertamento unitario, quali che siano i titoli e quali che possano essere, in astratto, le domande proponibili. Ciò discende univocamente dagli artt. 51 e 52 e dagli artt. 92 e segg. della legge fallimentare. Pertanto, ogni diritto di credito, una volta dichiarato il fallimento, è tutelabile esclusivamente nelle forme previste dagli artt. 92 e segg. del R.D. 16 marzo 1942, n. 267 (legge fallimentare). La previsione di un'unica sede concorsuale per l'accertamento del passivo comporta la necessaria concentrazione presso un unico organo giudiziario delle azioni dirette all'accertamento dei crediti e l'inderogabile osservanza di un rito funzionale alla realizzazione del concorso dei creditori». Nello stesso senso Cass., 18 novembre 2010, n. 23353; Cass., 15 gennaio 2003, n. 515; Cass., 29 gennaio 2002, n. 1065; Cass., 17 gennaio 2001, n. 553; Cass., 12 gennaio 2001, n. 388; Cass., 14 giugno 2000, n. 8111; Cass., 16 novembre 1999, n. 12670; Cass., 11 novembre 1998, n. 11379; Cass., 6 agosto 1998, n. 7704; Cass., 12 novembre 1994, n. 9526; Cass., 1 ottobre 1994, n. 7993; Cass., 4 aprile 1991, n. 3505; Cass., 6 giugno 1989, n. 2743; Cass. 5 luglio 1988, n. 4421; Cass. 22 ottobre 1984, n. 5345. In dottrina cfr. M. Zoppellari, *Art. 111-bis*, in *Il nuovo fallimento*, a cura di F. Santangeli, Milano, Giuffrè Editore, 2006, 548; R. Provinciali, *Trattato di diritto fallimentare*, cit., 1655, secondo il quale i creditori della massa dovevano seguire la procedura per le insinuazioni tardive; C. Trentini, *Accertamento dei crediti di massa nelle procedure concorsuali*, in *Fall.*, 2, 1994, 119.

²²² App. Venezia 26 luglio 1967, in *Giur. it.*, 1968, I, 266; Trib. Roma 29 novembre 1963, in *Giur. it.*, 1964, I, 195 e Trib. Milano 21 novembre 1957, in *Dir. Fall.*, 1957, II, 824; Trib. Monza 30 settembre 1982, in *Dir. Fall.*, 1983, II, 176; Trib. Ascoli Piceno 23 novembre 1972, in *Giur. it.*, 1973, I, 2, 422; Trib. Napoli 31 dicembre 1960, in *Dir. Fall.*, 1961, II, 167.

²²³ Si vedano Trib. Monza 30 settembre 1982, in *Dir. Fall.*, 1983, II, 176; Trib. Firenze 30 maggio 1963, in *Giur. tosc.*, 1963, 880.

nello specifico, tra debiti di massa legittimamente assunti dal curatore e da lui non contestati e debiti di massa contestati dal curatore quanto ad esistenza, ammontare e prededucibilità. Con riferimento alle due categorie appena menzionate, il Supremo Collegio sosteneva che i primi erano esenti da una procedura di verifica, attesa la certezza e la mancata contestazione dei crediti; per i secondi, invece, si rinveniva la necessità di una verifica davanti al giudice delegato.

Quindi, non potevano essere fatti valere mediante processo ordinario di cognizione o in sede monitoria, né mediante procedimento endofallimentare attivato con l'istanza del giudice delegato e proseguito con il successivo reclamo al tribunale contro il provvedimento negativo al riguardo, essendo tale procedimento affetto da radicale nullità²²⁴.

L'orientamento che sosteneva che per compiere la verifica dei crediti prededucibili fosse necessario applicare le regole per l'accertamento del passivo è stato quello recepito dal legislatore della riforma fallimentare del 2006.

Infatti, il primo comma dell'articolo 111 *bis* l. fall. dispone che i crediti prededucibili devono essere accertati con le modalità di cui al capo V, vale a dire secondo le regole stabilite per l'accertamento del passivo, come del resto è sancito anche dall'articolo 52, comma 2, l. fall. che dispone che ogni credito, anche se dotato di titolo di prelazione o se prededucibile *ex* articolo 111, comma 1, n. 1, così come ogni diritto reale o personale, mobiliare o immobiliare, deve essere accertato secondo le norme stabilite dal capo V, salvo diverse disposizioni di legge (cd. concorso formale). Si impone, così, anche ai creditori che vantino una pretesa da soddisfare in prededucazione l'onere di presentare un'istanza di insinuazione al passivo, escludendo altresì la possibilità, per gli stessi, di avviare azioni esecutive ordinarie nei confronti della massa, in armonia con quanto disposto dal riformato articolo 51 l. fall., che impone il divieto di azioni esecutive e cautelari individuali anche ai crediti maturati in corso di fallimento²²⁵.

²²⁴ Sul tema Cass., 28 dicembre 2010, n. 26211; Cass., 11 ottobre 2012, n. 17327.

²²⁵ In questi termini A. Coppola, *Sub art. 111-bis*, in *La legge fallimentare dopo la riforma*, a cura di A. Nigro, M. Sandulli, V. Santoro, tomo II, Torino, Giappichelli Editore, 2010, 1563.

Questo per favorire, secondo quanto si legge nella Relazione al d. lgs. n. 5/2006, una uniformità applicativa della ripartizione dell'attivo.

Emerge, dunque, chiaramente l'intento del legislatore di sottoporre al concorso formale anche i crediti prededucibili, così che tutti i creditori concorrenti possano prendere parte al relativo accertamento. In questo modo ognuno potrà conoscere l'importo degli altri crediti, le eventuali cause di prelazione e il relativo grado e potrà contestare quei crediti (come i crediti prededucibili) che, se ammessi, prevarranno sugli altri in sede di ripartizione dell'attivo. In questo modo si accoglie un'opinione, largamente condivisa e diffusa già in passato, secondo la quale in presenza di crediti prededucibili contestati si dovesse fare ricorso al tipico procedimento di accertamento del passivo in contraddittorio con tutti i possibili interessati²²⁶.

Perciò, essendo i crediti prededucibili assoggettati alle regole del concorso formale, il titolare di un credito di questa tipologia deve presentare domanda di ammissione al passivo, che sarà depositata, in funzione del momento in cui sorge il credito, tempestivamente oppure in via tardiva ovvero "ultratardiva".

Se il credito prededucibile è sorto dopo la chiusura dell'udienza per la verifica del passivo (ma non oltre il termine di dodici mesi dal deposito del decreto di esecutività dello stato passivo) si potrà chiedere l'accertamento di esso, ove contestato, unicamente nelle forme dell'insinuazione tardiva, cioè secondo quanto disposto nell'articolo 101, comma 2, l. fall²²⁷.

In caso di ultratardività nel deposito della domanda (questa fattispecie si integra quando è decorso il termine di dodici mesi appena menzionato e persiste fino a quando non siano esaurite tutte le ripartizioni dell'attivo fallimentare), quest'ultima dovrà

²²⁶ Così Cass., 29 gennaio 2002, n. 1065, cit.; Cass., 17 gennaio 2001, n. 553, cit.; Cass., 14 giugno 2000, 8111, cit. Per la riaffermazione del principio, anche dopo la riforma, cfr. Cass., 10 febbraio 2016, n. 2694; Cass., 13 agosto 2015, n. 16844.

²²⁷ Art. 101, comma 2, l. fall.: Il procedimento di accertamento delle domande tardive si svolge nelle stesse forme di cui all'articolo 95. Il giudice delegato fissa per l'esame delle domande tardive un'udienza ogni quattro mesi, salvo che sussistano motivi d'urgenza. Il curatore dà avviso a coloro che hanno presentato la domanda, della data dell'udienza. Si applicano le disposizioni di cui agli articoli da 93 a 99.

essere ritenuta ammissibile, dato che la necessità dell'accertamento di un credito prededucibile potrebbe sorgere in un periodo successivo al termine di dodici mesi decorrente dal deposito del decreto di esecutività dello stato passivo medesimo ed è oggettivamente impossibile presentare una domanda di insinuazione al passivo prima ancora che sia sorto il credito che la giustifica²²⁸, non integrandosi così l'ipotesi di ritardo imputabile al creditore ai sensi e per gli effetti dell'articolo 101, comma 4, l. fall. Questo concetto ha trovato conferma nelle parole di chi ha affermato che «il credito prededucibile, per essere tale e potendo crearsi in qualsiasi momento della procedura per il semplice fatto di trovare causa nel suo svolgimento, non tollera termini neanche finali per la presentazione della domanda. Pertanto, non è mai oggettivamente qualificabile come tardivo, mancando la possibilità di indicare un termine temporale di riferimento, non si pongono mai problemi di imputabilità o meno del ritardo e non deve scontare ovviamente le conseguenze ricollegate alla tardività in senso stretto con riguardo alle modalità di soddisfazione del credito»²²⁹.

La necessità della non sottoposizione della domanda di insinuazione al passivo in relazione ai crediti prededucibili al termine dell'anno dal deposito del decreto di esecutività dello stato passivo costituisce l'orientamento maggioritario. In questo panorama si è, però, inserita una recentissima pronuncia della Corte di Cassazione²³⁰, la quale, come un fulmine a ciel sereno, si è espressa in senso opposto, destando preoccupazione nei soggetti titolari di crediti integranti i requisiti necessari per chiedere di essere soddisfatti in prededuzione. Tale Corte, infatti, ha affermato il seguente principio: «l'insinuazione al passivo dei crediti sorti nel corso della procedura fallimentare non è soggetta al termine di decadenza previsto dalla L. Fall.,

²²⁸ A. Coppola, *Sub art. 111-bis*, in *La legge fallimentare dopo la riforma*, cit., 2010, 1564; A. Coppola, *Art. 111 bis*, in A. Maffei Alberti, *Commentario breve alla legge fallimentare*, cit., 786.

²²⁹ Così A. Cavalaglio, *Le dichiarazioni tardive di crediti*, in *Dir. Fall.*, 2009, 324. In tale senso anche A. Coppola, *Art. 111 bis*, in A. Maffei Alberti, *Commentario breve alla legge fallimentare*, cit., 785; S. Bonfatti, P. F. Censoni, *Manuale di diritto fallimentare*, Padova, Cedam, 2009, 371; E. Marinucci, *Note sulla disciplina processuale dei crediti prededucibili dopo le riforme*, in *Riv. dir. proc.*, 2012, II, 1011.

²³⁰ Cass., 17 febbraio 2020, n. 3872.

art. 101, comma 1 ed u.c.; tale insinuazione tuttavia incontra comunque un limite temporale, da individuarsi - in coerenza e armonia con l'intero sistema di insinuazione che è attualmente in essere e sulla scorta dei principi costituzionali di parità di trattamento di cui all'art. Cost. e del diritto di azione in giudizio di cui all' art. 24 Cost. - nel termine di un anno, espressivo dell'attuale sistema in materia, decorrente dal momento in cui si verificano le condizioni di partecipazione al passivo fallimentare»²³¹.

Per concludere sul tema della tardività del credito, si precisa che il decreto correttivo (d. lgs. 169/2007) ha abrogato il comma 2 della norma in esame perché dava vita ad un difetto di coordinamento tra l'articolo 111 *bis* e l'articolo 101 l. fall. Tale secondo comma, infatti, considerava tardivi i crediti sorti dopo l'adunanza di verifica dello stato passivo (o dopo l'udienza alla quale essa sia stata differita), mentre l'articolo 101 dispone che un credito è già tardivo se la relativa domanda è presentata meno di trenta giorni prima dell'udienza fissata per la verifica del passivo. Questa discrasia avrebbe potuto riflettersi in un diverso ingiustificato trattamento dei creditori concorsuali rispetto a quelli della massa, motivo per cui già prima dell'intervento del legislatore si riteneva di portata generale la norma che impone il rito disciplinato all'articolo 101 per le domande trasmesse dopo la scadenza di trenta giorni prima dell'adunanza di verifica, anche se relative a crediti della massa sorti anteriormente alla chiusura, dato che valgono anche per i crediti di massa gli stessi principi di ordine processuale che hanno determinato la forma dell'insinuazione tardiva per i crediti concorsuali²³².

Subito dopo aver enunciato il principio generale dell'assoggettamento alle regole dell'accertamento del passivo, il legislatore introduce due eccezioni, valutando che ci sono delle situazioni in cui prevedere la sottoposizione al concorso formale comporterebbe un inutile spreco di tempo e risorse economiche. Di qui la previsione di un'esenzione dal dovere di soggiacere al procedimento di accertamento del passivo

²³¹ In senso conforme Cass., 10 luglio 2019, n. 18544; Cass., 7 novembre 2019, n. 28799. Inoltre, si segnala la recentissima Cass., 13 maggio 2021, n. 12735.

²³² In questi termini M. Agostinelli, *Sub art. 111 bis*, in P. Pajardi, *Codice del fallimento*, cit., 1403.

per due categorie di crediti: i crediti di massa non contestati per collocazione e ammontare, anche se sorti durante l'esercizio provvisorio, e quelli sorti a seguito di provvedimenti di liquidazione di compensi dei soggetti nominati ai sensi dell'articolo 25 l. fall. In questa seconda categoria rientrano, in particolare, i crediti dei professionisti che hanno prestato la propria attività intellettuale all'interno della procedura e su incarico degli organi di quest'ultima (delegati e coadiutori del curatore, avvocati nominati dal curatore, arbitri nominati dal giudice delegato su proposta del curatore, stimatori ecc.).

Come già detto, per queste categorie di crediti si è ritenuta eccessivamente dispendiosa la soggezione al procedimento di accertamento del passivo, essendo sufficiente, come strumento di accertamento, il provvedimento emesso *de plano* dal giudice delegato²³³. Resta salva, per i crediti appartenenti alla seconda delle due categorie appena menzionate, la possibilità di impugnare il provvedimento con il reclamo *ex* articolo 26 l. fall.

In relazione alla prima categoria, quella dei crediti non contestati per collocazione e ammontare, è accordata l'esenzione dalla necessità della verifica per i crediti sorti dopo la dichiarazione di fallimento e non anche quelli sorti anteriormente. È possibile trovare una conferma di questa affermazione in quello che è stato definito²³⁴ come il rapporto biunivoco, che è stato delineato dal legislatore, tra esenzione dal concorso formale ed esenzione dal concorso sostanziale. Il terzo comma dell'articolo 111 *bis* l. fall., infatti, stabilisce che possono essere soddisfatti al di fuori del procedimento di riparto i crediti, liquidi, esigibili e non contestati "sorti nel corso del fallimento". Quindi, dovendo «ritenersi incongruo limitare il pagamento fuori concorso ai crediti non contestati sorti nel corso del fallimento, senza limitare al contempo solo a questi ultimi l'operatività dell'esenzione dal concorso formale, sembra conseguente

²³³ Cfr. M. Agostinelli, *Sub art. 111 bis*, in P. Pajardi, *Codice del fallimento*, cit., 1403.

²³⁴ Con formula di F. Lamanna, *Sub artt. 51 e 52*, in *Commentario alla legge fallimentare.*, diretto da C. Cavallini, I, Milano, Egea, 2010, 1053.

concludere che i crediti prededucibili ‘anteriori’ siano sempre soggetti all’onere di accertamento nelle forme della verifica del passivo»²³⁵.

Per quanto riguarda i soggetti che possono operare contestazione sull’esistenza, collocazione e/o ammontare dei crediti, sicuramente vi sono gli organi della procedura²³⁶, e quindi: il curatore, che all’atto di ricevere istanza di pagamento in prededuzione può dare riscontro negativo, non ritenendo dovuto il pagamento, oppure rimanere inerte (non chiedendo l’autorizzazione al pagamento al giudice delegato o al comitato dei creditori, pur essendoci sufficienza dell’attivo), manifestando così il suo diniego²³⁷; il giudice delegato, in sede di autorizzazione al pagamento *ex* articolo 111 *bis*, comma 4, 1. fall., o al momento dell’emissione del mandato di pagamento, ovvero su sollecitazione del comitato dei creditori avanzata nelle forme del ricorso *ex* articolo 36 l. fall. contro l’autorizzazione al pagamento accordata dal curatore; il comitato dei creditori, nel caso in cui sia richiesta a tale organo, e non al giudice delegato, l’autorizzazione al pagamento ai sensi dell’articolo 111 *bis*, comma 4, 1. fall.

Il fallito e i creditori, invece, non essendo previsto dal legislatore alcun obbligo di informativa nei loro confronti, verranno generalmente a conoscenza del pagamento del credito in prededuzione solamente “a cose fatte”, cioè dopo che il giudice delegato o il comitato dei creditori abbiano autorizzato il pagamento e il curatore vi abbia già dato corso; non sembra, dunque, possibile per questi soggetti sollevare delle contestazioni sui crediti²³⁸. In questo caso, il fallito e i creditori avranno come unico

²³⁵ Così ancora F. Lamanna, *Sub artt. 51 e 52*, cit., 1053. Nella medesima direzione L. D’Orazio, *Sub artt. 92-97*, in *Commentario alla legge fallimentare*, dir. da C. Cavallini, I, Milano, Egea, 2010, 707; in termini dissenzienti, invece, S. Pacchi, *Sub art. 111-bis*, in *La riforma della legge fallimentare*, a cura di A. Nigro, M. Sandulli, tomo II, Torino, Giappichelli Editore, 2006, 684, per la quale sono sottoposti, invece, alla verifica tutti i crediti in prededuzione, anteriori e non al fallimento.

²³⁶ Cfr. F. Dimundo, *Crediti prededucibili*, in *ilfallimentarista.it*, 6.

²³⁷ Così E. Marinucci, *Note sulla disciplina processuale dei crediti prededucibili dopo le riforme*, in: *Riv. dir. proc.*, 2012, 1014.

²³⁸ Per tale rilievo M. P. Fuiano, *La ripartizione dell’attivo*, in *Diritto delle procedure concorsuali*, a cura di G. Trisorio Liuzzi, Milano, Giuffrè Editore, 2013, 291; dello stesso avviso sono A. Ruggiero, *Sub artt. 111 e 111-bis*, cit., 1846; S. Pacchi, *Sub art. 111-bis*, cit., 685; C. Trentini, *Decreto di liquidazione del*

strumento a disposizione il reclamo *ex* articolo 36 l. fall. (contro il pagamento eseguito dal curatore o l'autorizzazione concessa dal comitato dei creditori) o il reclamo *ex* articolo 26 l. fall. (contro l'autorizzazione concessa dal giudice delegato)²³⁹.

Vi è un unico caso in cui fallito e creditori sono messi nella condizione di poter contestare un credito prededucibile, cioè quando il creditore titolare di un siffatto credito abbia presentato domanda di insinuazione tempestiva o tardiva e il curatore abbia di conseguenza depositato in cancelleria il progetto di stato passivo nei quindici giorni prima dell'udienza di verifica. In questo contesto il fallito e i creditori che intendono opporsi al riconoscimento di un determinato credito o contestarne il *quantum* o il rango di prededucibile possono formulare osservazioni ai sensi dell'articolo 95 l. fall. oppure in sede di verbalizzazione all'udienza di verifica innanzi al giudice delegato²⁴⁰.

Per i creditori vi è anche un ulteriore rimedio a disposizione, che è l'opposizione *ex* articolo 98, comma 3, l. fall. contro il provvedimento del giudice delegato che abbia ammesso al passivo il credito prededucibile nonostante le contestazioni²⁴¹. Si tende ad escludere, in quanto «eccessivo e non richiesto dalla legge» che la reazione dei creditori debba assumere le forme della revocazione²⁴².

compenso del difensore del fallimento, inesistenza di attivo ed interesse ad agire, in *Fall.*, 2008, 661; G. Impagnatiello, *L'accertamento del passivo*, in *Dir. delle procedure concorsuali*, cit., 239.

²³⁹ Cfr. P. Celentano, *Accertamenti del passivo e ripartizioni dell'attivo*, in *Fall.*, 9, 2011, 1133; F. Platania, *Osservazioni a Cass.*, 9 gennaio 2013, n. 339, in *Fall.*, 2013, 940.

²⁴⁰ Cfr. G. Limitone, *Art. 111 bis*, in AA. VV., *La legge fallimentare. Commentario teorico-pratico*, M. Ferro (a cura di), Seconda edizione, Padova, Cedam, 2011, 1336; A. Coppola, *Sub art. 111-bis*, in *La legge fallimentare dopo la riforma*, cit., 2010, 1565, il quale aggiunge che si tratta, in ogni caso, di ipotesi dalla ricorrenza assai marginale, dato che dovrebbe trattarsi di crediti prededucibili sorti nei primi centoventi giorni dalla pubblicazione della sentenza dichiarativa di fallimento (lasso di tempo che può essere innalzato fino a centottanta giorni «in caso di particolare complessità della procedura» *ex* articolo 16, comma 1, n. 4).

²⁴¹ G. Limitone, *Art. 111 bis*, cit., 1337.

²⁴² Così C. Ferri, *La ripartizione dell'attivo nel fallimento*, in *Riv. dir. proc.*, 2006, 1284.

A chiusura del tema della contestazione, è necessario sottolineare che perché si possa parlare di non contestazione di un credito è necessario che il soggetto che potrebbe sollevare le contestazioni (curatore, comitato dei creditori, giudice delegato) ne sia venuto a conoscenza e abbia potuto esprimersi sul punto. Perciò, se il giudice delegato ha liquidato una notula di un incaricato, autorizzando la relativa spesa, senza informare il curatore, ovvero senza chiedere l'autorizzazione al pagamento integrato al comitato dei creditori, oppure se il curatore ha provveduto ad un pagamento senza che il giudice delegato ne fosse a conoscenza, non può certamente dirsi integrato il requisito della non contestazione da parte di questi soggetti²⁴³.

Per quanto riguarda i crediti della seconda categoria, cioè quelli sorti a seguito di provvedimenti di liquidazione di compensi, l'esenzione dalle regole del concorso formale è assoluta, vale a dire, quindi, anche se sono controversi nell'*an* o nel *quantum*²⁴⁴. In tal caso, infatti, le relative pretese non devono formare oggetto di previa insinuazione al passivo, in quanto c'è già una pronuncia di implicito accertamento²⁴⁵ sull'*an* e sul *quantum* ricavata dal decreto del giudice delegato che ha liquidato (o non liquidato) il compenso dell'ausiliario. Esse dovranno, semmai, essere sottoposte al controllo di cui all'articolo 26 l. fall²⁴⁶, presupponendosi reclamato il decreto tramite il quale il giudice delegato ha liquidato (o si è rifiutato di liquidare) il

²⁴³ Così G. Limitone, *Art. 111 bis*, in AA. VV., *La legge fallimentare. Commentario teorico-pratico*, cit., 1338.

²⁴⁴ In questi termini A. Nigro, D. Vattermoli, *Diritto della crisi delle imprese. Le procedure concorsuali*, Bologna, il Mulino, 2017, 258; E. Marinucci, *Note sulla disciplina*, cit., 2012, 1008; F. S. Filocamo, *L'accertamento dello stato passivo nella nuova legge fallimentare*, in *La nuova legge fallimentare "rivista e corretta"*, a cura di S. Bonfatti e G. Falcone, Milano, Giuffrè Editore, 2008, 83.

²⁴⁵ Così G. Limitone, *Art. 111 bis*, in AA. VV., *La legge fallimentare. Commentario teorico-pratico*, cit., 1336.

²⁴⁶ F. Lamanna, *Sub artt. 51 e 52*, cit., 1052; S. Bonfatti, P. F. Censoni, *Manuale di diritto fallimentare*, cit., 405; G. Guizzi, *Il passivo*, in *Diritto fallimentare. Manuale breve*, Milano, Giuffrè Editore, 2008, 279; diversamente L. D'Orazio, *Sub artt. 92-97*, in *Commentario alla legge fallimentare*, cit., 707, secondo il quale i crediti sorti a seguito di liquidazione di compensi, se non contestati, devono essere accertati nelle forme di cui agli articoli 92 e seguenti l. fall., mentre se vi è contestazione il relativo accertamento deve seguire le modalità previste dall'articolo 26 l. fall.

compenso dell'incaricato²⁴⁷. Vi è, però, chi ritiene che oggetto della contestazione sia il rifiuto del curatore di corrispondere i compensi, con la conseguenza che l'impugnazione dovrebbe essere decisa dal giudice delegato²⁴⁸, la cui decisione sarebbe poi impugnabile ex articolo 26 l. fall., meccanismo che causerebbe una ridondante duplicazione di seconde istanze²⁴⁹.

Il caso in cui il tribunale decida, ex articolo 102 l. fall., di non procedere all'accertamento del passivo a causa della previsione di insufficiente realizzo non costituisce motivo di esenzione dalla procedura di accertamento dei crediti prededucibili ai sensi degli articoli 92 e seguenti, con la conseguenza che si dovrà effettuare la verifica dei crediti prededucibili e di quelli per le spese di procedura, dal momento che la disciplina concorsuale non esclude l'onere del curatore di procedere alla soddisfazione di tali crediti²⁵⁰. Ciò è stato confermato, anche se solo con riferimento al compenso del legale nominato dalla procedura, anche dalla giurisprudenza di legittimità²⁵¹, che si è espressa nel senso della necessità di liquidare il compenso al legale nominato dal curatore anche se l'attivo è insufficiente, dato che la soddisfazione è solamente rinviata nel tempo.

2. Modalità di soddisfazione dei crediti prededucibili.

Nella seconda parte della disposizione il legislatore si occupa della disciplina delle modalità di pagamento dei crediti prededucibili, stabilendo la regola per cui «i crediti prededucibili sorti nel corso del fallimento che sono liquidi, esigibili, e non contestati per collocazione e per ammontare, possono essere soddisfatti al di fuori del

²⁴⁷ Così P. Pajardi, A. Paluchowski, *Manuale di diritto fallimentare*, cit., 639; S. Pacchi, *Sub art. 111-bis*, in *La riforma della legge fallimentare*, cit., 685.

²⁴⁸ M. R. Grossi, *La riforma della legge fallimentare: commento e formule della nuova disciplina delle procedure concorsuali e dell'amministrazione straordinaria*, Milano, Giuffrè Editore, 2006, 1546.

²⁴⁹ G. Limitone, *Art. 111 bis*, in AA. VV., *La legge fallimentare. Commentario teorico-pratico*, cit., 1336.

²⁵⁰ Cfr. A. Coppola, *Sub art. 111-bis*, in *La legge fallimentare dopo la riforma*, cit., 1566.

²⁵¹ Così Cass., 13 luglio 2007, n. 15671.

procedimento di riparto se l'attivo è presumibilmente sufficiente a soddisfare tutti i titolari di tali crediti». È facile desumere che affinché possa trovare applicazione la regola appena enunciata è necessario che concorrano tre condizioni: che i crediti siano sorti nel corso del fallimento, anche se nati con riferimento all'esercizio provvisorio, dato che esso, in pendenza di fallimento, è uno dei possibili modi di svolgimento della procedura concorsuale; che i crediti siano liquidi, esigibili e non contestati, compresi i crediti che siano diventati tali dopo una soluzione positiva di una precedente contestazione; infine, che l'attivo sia presumibilmente sufficiente per pagare integralmente tutti i titolari di crediti prededucibili, senza, quindi, che si debba ricorrere alla graduazione degli stessi in sede di ripartizione dell'attivo.

In questi casi il pagamento deve essere autorizzato dal comitato dei creditori ovvero dal giudice delegato. In passato²⁵² l'alternativa tra comitato dei creditori e giudice delegato era sancita da un importo monetario: se superiore a 25.000 euro l'autorizzazione doveva essere rilasciata dal giudice delegato, altrimenti era compito del comitato dei creditori.

Oggi il legislatore prevede che il curatore possa richiedere l'autorizzazione indifferentemente al comitato dei creditori o al giudice delegato²⁵³, con l'avvertimento che una volta che il curatore ha interpellato uno dei due organi, ha consumato la sua facoltà. Ciò significa che qualora l'organo cui è stata richiesta l'autorizzazione non dovesse accordarla, non sarebbe possibile per il curatore procedere ad una seconda richiesta all'altro organo, nonostante l'identità di contenuto²⁵⁴. È stato messo in luce

²⁵² Originariamente la disposizione ora in esame era contenuta nell'articolo 111 *bis*, quarto comma, per come introdotto dal d. lgs. 5/2006.

²⁵³ Per effetto della modifica operata dal d. lgs. 169/2007. La *Relazione illustrativa del Governo sulla nuova legge fallimentare* afferma che la citata autorizzazione è resa in via alternativa per mezzo di un decreto del giudice delegato oppure di un provvedimento votato dal comitato dei creditori. In dottrina cfr., tra gli altri, M. Agostinelli, *Sub art. 111 bis*, in P. Pajardi, *Codice del fallimento*, cit., 1407.

²⁵⁴ In questa direzione V. Zanichelli, *La nuova disciplina del fallimento e delle altre procedure concorsuali dopo il d. lgs. 12.9.2007, n. 169*, cit., 325; conformi A. Coppola, *Sub art. 111-bis*, in *La legge fallimentare dopo la riforma*, cit., 1570, e F. S. Filocamo, *L'accertamento dello stato passivo*, cit., 83, il quale prevede che la prassi si orienterà nel senso che l'autorizzazione verrà richiesta al giudice delegato,

che la previsione dell'alternativa di organi cui chiedere l'autorizzazione costituisca un'ulteriore conferma del sempre maggior affievolimento del controllo giudiziale sulla gestione della procedura, che potrebbe comportare degli ostacoli in sede di ripartizione²⁵⁵. Vi è, però, chi ha affermato che non è ipotizzabile una totale mancanza di forma di controllo da parte del giudice delegato, dato che l'articolo 34, comma 4, l. fall. impone la presentazione alla banca di copia conforme del mandato del giudice²⁵⁶.

In caso di rifiuto di dare l'autorizzazione al pagamento, il curatore avrà lo strumento del reclamo *ex* articolo 26 (e non opposizione allo stato passivo che sarebbe inammissibile²⁵⁷), nel caso in cui sia stato il giudice delegato a negare l'autorizzazione o il reclamo *ex* articolo 36, se il diniego proviene dal comitato dei creditori²⁵⁸.

La natura del provvedimento autorizzativo è sostanzialmente di tipo amministrativo, dal momento che tale provvedimento costituisce una modalità di adempimento con funzione strumentale di erogazione, e non uno strumento giurisdizionale di accertamento della pretesa²⁵⁹; in altre parole, esso è un atto che

che garantisce in genere una risposta più rapida; sarà, invece, richiesta al comitato dei creditori nel caso in cui il curatore tema che il giudice delegato possa non dare l'autorizzazione; in senso contrario G. Bozza, *La ripartizione dell'attivo*, in *Il nuovo diritto fallimentare*. Commentario sistematico diretto da A. Jorio e M. Fabiani, Bologna, Zanichelli Editore, 2010, 640, per il quale il curatore potrebbe, invece, sia scegliere a chi rivolgersi, sia chiedere l'autorizzazione al giudice delegato dopo il rifiuto del comitato dei creditori e viceversa, e S. Bonfatti, P. F. Censoni, *Manuale di diritto fallimentare*, cit., 408, i quali pure adombrano la possibilità di rivolgersi ad entrambi gli organi, mettendo peraltro in luce, in tal caso, la situazione di *impasse* che potrebbe verificarsi in caso di contrasto fra gli stessi. Cfr. anche G. Limitone, *Art. 111 bis*, cit., 1339.

²⁵⁵ Così si legge in M. Agostinelli, *Sub art. 111 bis*, in P. Pajardi, *Codice del fallimento*, cit., 1408.

²⁵⁶ S. De Matteis, *Sub art. 111 bis*, in G. Lo Cascio, *Codice commentato del fallimento*, IV Edizione, Milano, Wolters Kluwer, 2017, 1557.

²⁵⁷ Cfr. F. Dimundo, *Crediti prededucibili*, cit., 8.

²⁵⁸ Così, ancora, V. Zanichelli, *La nuova disciplina del fallimento e delle altre procedure concorsuali dopo il d. lgs. 12.9.2007, n. 169*, cit., 325; A. Coppola, *Sub art. 111-bis*, in *La legge fallimentare dopo la riforma*, cit., 1569; A. C. Marrollo, *La ripartizione dell'attivo*, in *La riforma organica delle procedure concorsuali*, a cura di S. Bonfatti e L. Panzani, Milano, Ipsoa, 2008, 506.

²⁵⁹ Si veda G. Limitone, *Art. 111 bis*, cit., 1340.

rimuove un ostacolo all'esercizio del potere di pagamento che è già in capo al curatore in base alla legge²⁶⁰.

In connessione con quanto appena detto, e cioè che il potere di pagamento dei crediti appartiene al curatore, una recente giurisprudenza di merito ha affermato che l'autorizzazione al pagamento può essere rilasciata dal giudice delegato anche in un momento successivo, in sede di ratifica dell'operato del curatore con efficacia retroattiva, dato che tale autorizzazione «costituisce una modalità di adempimento con funzione strumentale di erogazione, avente natura amministrativa, e non uno strumento di natura giurisdizionale di accertamento del credito, in quanto idoneo alla rimozione di un limite all'esercizio di un potere che compete al curatore in base alla legge»²⁶¹. Qualora non dovesse esserci la ratifica, il curatore sarà responsabile nei confronti dei creditori dell'illegittimo pagamento privo di autorizzazione²⁶². La mancanza di autorizzazione è motivo di annullabilità relativa, che potrà essere fatto valere solamente dal nuovo curatore²⁶³. Infine, con riferimento all'autorizzazione vi è chi sostiene che essa non sia necessaria per il pagamento dei crediti prededucibili sorti per la continuazione dell'attività di impresa, neanche se l'attivo risulti insufficiente all'integrale soddisfazione, in quanto manifestamente incompatibile con le esigenze dell'esercizio dell'impresa²⁶⁴.

Ci sono dei casi in cui la regola sopra enunciata non si applica, perché si tratta di fattispecie sottoposte al procedimento di ripartizione dell'attivo²⁶⁵. Tale trattamento,

²⁶⁰ G. Limitone, *Art. 111 bis*, cit., 1340; A. Cavalaglio, *I crediti prededucibili nelle procedure concorsuali*, cit., 471; A. Coppola, *Sub art. 111-bis*, cit. 1570.

²⁶¹ Trib. Venezia 28 dicembre 2013.

²⁶² G. Limitone, *Art. 111 bis*, cit., 1340.

²⁶³ D. Mazzocca, *Gli organi: il giudice delegato, il curatore ed il comitato dei creditori*, in *Le procedure concorsuali. Il fallimento*, I, diretto da G. Ragusa Maggiore, C. Costa, Torino, UTET, 1997, 442; A. Coppola, *Sub art. 111-bis*, cit., 1570. Cfr. anche G. Limitone, *Art. 111 bis*, cit., 1341.

²⁶⁴ In questi termini L. Guglielmucci, *Diritto fallimentare*, cit., 259.

²⁶⁵ Il procedimento di ripartizione dell'attivo consente ai creditori che sono stati ammessi al passivo di veder resa attuale e concreta la loro tutela, dato che con l'attività di distribuzione potranno recuperare il proprio credito (per l'intero o in proporzione a seconda della categoria cui appartiene) con conseguente

anzitutto, è riservato²⁶⁶ ai crediti sorti prima della dichiarazione di fallimento, a quelli qualificati come prededucibili da una disposizione di legge ma non sorti nel corso del fallimento, a quelli considerati prededucibili in base alla loro funzione ma non secondo il criterio temporale così come quelli nati nel corso di procedure concorsuali minori cui abbia fatto seguito il fallimento o quelli della controparte *in bonis* nell'ambito di contratti ad esecuzione continuata o periodica²⁶⁷.

C'è chi si è mosso in direzione contraria, sostenendo che le espressioni “sorti nel corso del fallimento”, piuttosto che “maturati durante il fallimento” (in articolo 51 l. fall.) non si riferiscono, come parrebbe indicare la lettera della legge, ad una particolare sottocategoria dei debiti di massa, ma a tutti i crediti prededucibili, compresi, dunque, anche i crediti sorti prima del fallimento o in una procedura minore poi sfociata in fallimento²⁶⁸.

Se, infatti, non si considerasse come unitario il trattamento per i crediti prededucibili non contestati (sorti sia prima che durante il fallimento), si avrebbe come conseguenza da un lato l'incongruenza di una disciplina processuale non aderente alla maggiore ampiezza delle fattispecie sostanziali dei crediti prededucibili,

attenuazione del danno economico subito a causa dell'inadempimento. Tale procedimento, in cui centrale è la figura del curatore, si compone di ripartizioni parziali e riparto finale ed è disciplinato, nei suoi tratti fondamentali, dall'articolo 110 l. fall. La fase di ripartizione dell'attivo segue, sia cronologicamente che logicamente, la fase di accertamento del passivo, più in particolare la fase cosiddetta necessaria. Per quanto riguarda il rapporto tra la fase di liquidazione dell'attivo e la fase di ripartizione di esso, le due possono avvenire anche in contemporanea, dato che il legislatore ha previsto la possibilità di effettuare riparti parziali.

²⁶⁶ Cfr. A. Coppola, *Art. 111 bis*, in A. Maffei Alberti, *Commentario breve alla legge fallimentare*, cit., 787; A. Coppola, *Sub art. 111-bis*, in *La legge fallimentare dopo la riforma*, cit., 1567.

²⁶⁷ A. Nigro, D. Vattermoli, *Diritto della crisi delle imprese*, cit., 2017, 259; nella stessa direzione si veda anche V. Zanichelli, *La nuova disciplina del fallimento e delle altre procedure concorsuali dopo il d. lgs. 12.9.2007, n. 169*, cit., 326, il quale sottolinea, tuttavia, l'ingiustificata differenziazione che in tal modo viene creata tra crediti sorti in corso di procedura, che vengono pagati immediatamente, e crediti prededucibili sorti *ante* procedura, i quali, oltretutto maggiormente risalenti nel tempo, vengono soddisfatti solo con gli ordinari riparti.

²⁶⁸ A. Bassi, *La illusione della prededuzione*, in *Giur. comm.*, 2011, I, 348.

nelle quali si tiene conto tanto del fattore occasionale, quanto di quello funzionale e dall'altro lato un trattamento differenziato che non è giustificato sotto il profilo della ragionevolezza²⁶⁹.

In secondo luogo, dovranno essere soggetti al procedimento di riparto i crediti prededucibili illiquidi, inesigibili o contestati. Infine, tale trattamento è riservato anche ai casi in cui l'attivo disponibile sia presumibilmente insufficiente a soddisfare tutti i creditori prededucibili. In quest'ultima ipotesi si applica la regola contenuta nell'ultimo comma dell'articolo 111 *bis* l. fall. che afferma che «se l'attivo è insufficiente, la distribuzione deve avvenire secondo i criteri della graduazione e della proporzionalità, conformemente all'ordine assegnato dalla legge». In caso di attivo presumibilmente insufficiente, quindi, occorre procedere alla graduazione²⁷⁰, in ordine decrescente, dei crediti prededucibili, secondo l'ordine delle legittime cause di prelazione disciplinate nel codice civile, i quali dovranno, in ordine, ricevere soddisfazione integrale. I crediti di pari grado che, per insufficienza dell'attivo non potranno essere pagati per l'intero, verranno soddisfatti *pro quota* proporzionalmente all'ammontare di ciascuno di essi. In tema di ordine di soddisfazione, nell'ambito dei crediti prededucibili, si mette in luce l'importante precisazione – condivisa da giurisprudenza²⁷¹ e da dottrina²⁷² – che in ogni caso devono essere pagati per primi, e

²⁶⁹ F. Brizzi, *Le fattispecie dei crediti prededucibili da finanziamento nel concordato preventivo e negli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Dir. Fall.*, 2013, I, 863.

²⁷⁰ Nel senso della graduabilità dei crediti verso la massa nell'ipotesi di insufficienza dell'attivo si erano espressi, già anteriormente alla riforma, dottrina e giurisprudenza (cfr. U. Azzolina, *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, II, Torino, Unione tipografico-editrice torinese, 1961, 885 ss; F. Del Vecchio, *Le spese e gli interessi nel fallimento*, Milano, Giuffrè Editore, 1988, 173; V. Zanichelli, *La nuova disciplina del fallimento e delle altre procedure concorsuali dopo il d. lgs. 12.9.2007, n. 169*, cit., 32; Cass., 29 gennaio 1982, n. 569; Cass., 9 aprile 1984, n. 2268; Cass., 20 dicembre 1990, n. 12075; Trib. Genova 10 ottobre 1997, in *Fall.*, 98, 318; Trib. Perugia, 21 febbraio 1985, in *Fall.*, 86, 558; Trib. Cosenza 24 marzo 1986, *B. b. t. cred.*, 87, II, 655; Trib. Catania, *Dir. Fall.*, II, 246).

²⁷¹ Tra gli altri, Trib. Milano 9 gennaio 2014, in *ilfallimentarista.it*; Trib. Milano 13 aprile 2013, in *ilfallimentarista.it*.

²⁷² Uno su tutti, F. Lamanna, *Insufficienza dell'attivo fallimentare e pagamento dei crediti prededucibili*, in *ilfallimentarista.it*.

quindi sfuggono persino al “concorso” con i crediti prededucibili, il compenso del curatore e le spese anticipate dall’Erario. Per quanto riguarda il compenso del curatore, esso non deve essere qualificato come debito della massa, come le obbligazioni contratte dal curatore stesso nel corso della procedura e in funzione della medesima, bensì come «“costo” necessario ed ineliminabile della procedura, in quanto “*condicio sine qua non*” della procedura stessa»²⁷³. Non a caso, infatti, la legge fallimentare prevede che il compenso del curatore debba essere liquidato subito dopo il rendiconto²⁷⁴ e prima del riparto finale²⁷⁵. Il compenso del curatore non viene, dunque, affatto inserito nel progetto di riparto, il quale si attua distribuendo le somme realizzate tramite la liquidazione dell’attivo al netto di quanto spetta al curatore a titolo di compenso.

Per le spese di giustizia anticipate dall’Erario opera l’articolo 146 del d.p.r. n. 115/2002, che prevede che «le spese prenotate a debito o anticipate sono recuperate, appena vi sono disponibilità liquide, sulle somme ricavate dalla liquidazione dell’attivo» e che è compito del giudice delegato assicurarne il tempestivo recupero. Tale norma, di natura speciale, si pone come deroga all’articolo 111 *bis* l. fall. laddove quest’ultimo prevede che se l’attivo è insufficiente, la distribuzione deve avvenire

²⁷³ F. Lamanna, *Insufficienza dell’attivo fallimentare e pagamento dei crediti prededucibili*, in *ilfallimentarista.it*, 1.

²⁷⁴ Esso costituisce l’esposizione analitica delle operazioni contabili e delle attività di gestione della procedura. Si tratta di un obbligo – in capo alla persona del curatore – di natura personale, inderogabile e incoercibile, direttamente connesso con l’attività di amministrazione del patrimonio fallimentare e che ha come destinatari il giudice delegato, il fallito e i creditori. Esso deve essere redatto una volta compiuta la liquidazione dell’attivo e prima del riparto finale così come in ogni caso in cui cessa dalle funzioni (cfr. art. 116 l. fall. L’ultima ipotesi è prevista dal legislatore anche all’interno dell’art. 38, comma 3, l. fall).

²⁷⁵ La ripartizione finale, che avviene una volta approvato il rendiconto e liquidato il compenso del curatore, costituisce «il momento culminante, sempre atteso da tutti i creditori, nel quale finalmente viene ripartito il ricavato della liquidazione del patrimonio del debitore definitivamente» (in questi termini P. Pajardi, A. Paluchowski, *Manuale di diritto fallimentare*, cit., 652). Il riparto finale non differisce in nulla, per quanto riguarda i criteri e il procedimento da seguire per la distribuzione delle somme ancora disponibili, dai riparti parziali. L’unica differenza è che nel riparto finale «vengono distribuiti anche gli accantonamenti precedentemente fatti».

secondo le regole della graduazione e della proporzionalità, in maniera conforme all'ordine assegnato dalla legge.

La soluzione prospettata dal legislatore nell'ultimo comma dell'articolo 111 *bis* l. fall. non è innovativa, dato che già prima della riforma la giurisprudenza si era pronunciata in questo senso²⁷⁶. Era, infatti, condiviso il rilievo per cui qualora nella ripartizione dell'attivo non vi fosse capienza sufficiente per garantire la soddisfazione di tutti i crediti prededucibili, la ripartizione stessa di tali crediti non andasse fatta secondo le regole di proporzionalità, bensì sulla base della graduazione che tenesse conto dei privilegi e del loro grado, secondo i criteri ordinari che regolano la prelazione²⁷⁷.

Infatti, e si è già avuto modo di sottolineare questo aspetto, il fatto che un credito venga riconosciuto come prededucibile, non comporta che non possa al contempo avere un titolo di prelazione, dal momento che quest'ultimo costituisce un attributo del credito, facente cioè parte della natura intrinseca del credito cui si accompagna.

Quindi, i crediti prededucibili possono essere soddisfatti man mano²⁷⁸ che sorgono se si prevede che si possano pagare tutti i crediti prededucibili in maniera integrale, dal momento che la norma non ha posto una soglia minima al riguardo, con l'inevitabile conseguenza che non potrà essere accordato il pagamento immediato di un credito nell'interesse dell'intera massa creditoria in presenza di un attivo che soddisfi al 99% le altre pretese creditorie della stessa specie²⁷⁹. Mancando la condizione di sufficienza dell'attivo, tali crediti saranno sottoposti ai criteri della

²⁷⁶ Si veda Cass., 3 marzo 2011, n. 5141.

²⁷⁷ In questa direzione, *ex multis*, Cass, 13 luglio 2007, n. 15671.

²⁷⁸ Cfr. V. Zanichelli, *La nuova disciplina del fallimento e delle altre procedure concorsuali dopo il d. lgs. 12.9.2007, n. 169*, cit., 325; F. Ferrara, A. Borgioli, *Il fallimento*, Quinta Edizione, Milano, Giuffrè Editore, 1995, 602. Si noti bene che laddove vi sia contestazione della pretesa creditoria in via di prededuazione quanto a sussistenza, ammontare o collocazione, tale pretesa non potrà essere soddisfatta al momento della sua insorgenza, dovendo essere pagata in sede di riparto (parziale o finale), dopo che il credito sia stato accertato con le modalità previste dagli art. 92 e seguenti (così A. Coppola, *Sub art. 111-bis*, cit., 1567).

²⁷⁹ Così F. Dimundo, *Crediti prededucibili*, cit., 9.

graduazione²⁸⁰ e della proporzionalità²⁸¹. Dovranno, in altre parole, essere soddisfatti per mezzo della comune regola del riparto *pro quota* nel rispetto delle cause di prelazione e del rango assegnato dalla legge a ciascun credito²⁸², nella prospettiva di garantire il principio della *par condicio creditorum* anche all'interno della categoria dei crediti prededucibili²⁸³. Saranno, dunque, soddisfatti per primi i creditori prededucibili con privilegio, poi quelli prededucibili chirografari, poi ancora i privilegiati concorsuali e infine i creditori chirografari concorsuali, per cui un creditore chirografario in prededuzione sarà soddisfatto prima di un creditore privilegiato concorsuale²⁸⁴. Tutto ciò premesso, essendo sottoposti alle regole del riparto, tra cui quella che detta l'ordine di soddisfazione, anche i crediti prededucibili potranno subire la falcidia fallimentare²⁸⁵.

Occorre precisare che l'ultimo comma della norma in commento sia da interpretare in combinato disposto con il comma precedente, nel senso che ciò debba aver luogo nel caso in cui l'attivo non sia "presumibilmente" sufficiente a soddisfare tutti i creditori prededucibili. Questo comporta, in capo alla persona del curatore, la necessità di effettuare un attento giudizio (anche) prognostico, analogo a quello previsto dall'articolo 102 l. fall. per non avviare il procedimento di accertamento del passivo relativamente ai crediti concorsuali qualora risulti che non può essere ottenuto

²⁸⁰ Per "graduazione" deve intendersi la collocazione del credito prededucibile secondo gli ordinari gradi di soddisfazione (cfr. Cass., 20 dicembre 1990, n. 12075, in *Fall.*, 1991, 670; F. Ferrara, A. Borgioli, *Il fallimento*, cit., 594; S. Pacchi, *Art. 111-bis*, cit., 686; G. Limitone, *Art. 111 bis*, cit., 1341).

²⁸¹ Con "proporzionalità" si fa riferimento all'obbligo di pagare tutti i creditori prededucibili di pari grado nella stessa percentuale (cfr. G. Limitone, *Art. 111 bis*, cit., 1341).

²⁸² Cfr. G. Limitone, *Art. 111 bis*, cit., 1338.

²⁸³ Così A. Coppola, *Sub art. 111-bis*, cit., 1568, il quale a sua volta si rifà a Cass., 20 dicembre 1990, n. 12075; Cass., 9 aprile 1984, n. 2268; Cass., 29 gennaio 1982, n. 569; Trib. Perugia 21 febbraio 1985, in *Fall.*, 1986, 558; Trib. Cosenza, 24 marzo 1986, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1987, II, 655, nonché U. Azzolina, *Il fallimento*, cit., 885 ss.; F. Del Vecchio, *Le spese e gli interessi nel fallimento*, cit., 173 ss.; V. Zanichelli, *La nuova disciplina del fallimento e delle altre procedure concorsuali dopo il d. lgs. 12.9.2007*, n. 169, cit., 324 ss.

²⁸⁴ Così G. Limitone, *Art. 111 bis*, cit., 1339 e S. Pacchi, *Art. 111-bis*, cit., 686.

²⁸⁵ Cfr. G. Limitone, *Art. 111 bis*, cit., 1341.

attivo da distribuire a nessuno dei creditori che abbiano fatto domanda di insinuazione al passivo. Il curatore opererà tale giudizio mettendo a confronto da un lato le attività che ha acquisito tramite la liquidazione dell'attivo o che "presumibilmente" ricaverà in futuro (cioè acquisibili con ragionevole probabilità²⁸⁶) e dall'altro lato le passività attuali e "presumibilmente" future del fallimento²⁸⁷.

Per effettuare una corretta valutazione il curatore dovrà, sostanzialmente, redigere un progetto di riparto²⁸⁸ (non necessariamente nelle forme previste per il piano di riparto per i creditori concorrenti²⁸⁹) che, come detto, prenda in considerazione, dal lato attivo, non solo le somme liquide di cui già disponga ma anche quelle di cui "presumibilmente" potrà in futuro disporre, per il tramite delle operazioni di liquidazione dell'attivo così come del recupero di crediti attraverso l'esercizio di azioni di recupero o risarcitorie intraprese o che ha intenzione di promuovere. A titolo di esempio, il curatore dovrà valutare elementi quali la fondatezza e la fruttuosità di giudizi già pendenti o da avviare (ad esempio azioni revocatorie o azioni di responsabilità nei confronti degli organi di amministrazione e controllo della fallita), la reale esigibilità e possibilità di recupero dei crediti che figurano nella contabilità del fallito, le prospettive di vendita di beni mobili e immobili di pertinenza di quest'ultimo e i correlati incassi, potendosi rifare a quanto ha già eventualmente rilevato all'atto di redigere il programma di liquidazione di cui all'articolo 104 *ter* l. fall.

Allo stesso modo il progetto di riparto in questione, dal lato passivo, dovrà tenere in considerazione gli oneri in prededuzione che il fallimento già sostiene o dovrà

²⁸⁶ Così F. Dimundo, *Crediti prededucibili*, cit., 9. Nel senso di una "quasi certezza" o "ragionevole certezza" cfr. G. Limitone, *Art. 111 bis*, cit., 1339, e V. Zanichelli, *La nuova disciplina del fallimento e delle altre procedure concorsuali dopo il d. lgs. 12.9.2007, n. 169*, cit., 325.

²⁸⁷ Un Tribunale di merito ha utilizzato una metodologia differente per valutare se sia integrata l'ipotesi di insufficiente attivo consistente nel valutare dal lato attivo solo le disponibilità liquide attuali della procedura e da quello passivo i soli oneri già maturati per il pagamento di professionisti nominati dalla curatela (Trib. Nola 2 settembre 2009, in *ilcaso.it*).

²⁸⁸ G. Limitone, *Art. 111 bis*, cit., 1342.

²⁸⁹ R. Vivaldi, *La ripartizione dell'attivo*, in *Trattato delle procedure concorsuali*, cit., 281.

sostenere, quali, quelli derivanti dall'opera di professionisti nominati dalla procedura, ovvero a titolo di indennità per l'occupazione *post* fallimento di immobili di proprietà di terzi, così come i crediti prededucibili ammessi in sede di verifica del passivo che dovranno, verosimilmente, essere soddisfatti in sede di riparto (tenendo in considerazione anche le effettive possibilità di esito positivo dei giudizi di opposizione allo stato passivo promossi dai creditori titolari di crediti prededucibili esclusi).

Si tratta, senza ombra di dubbio, di un giudizio molto delicato e complesso dagli effetti tutt'altro che indifferenti: qualora il curatore dovesse valutare, erroneamente, che l'attivo è "presumibilmente" insufficiente e quindi non può pagare al di fuori del riparto i crediti prededucibili, si avrebbe la maturazione, a carico della procedura, di interessi passivi, esponendola, oltretutto, agli ulteriori oneri di difesa in caso di giudizio di reclamo instaurato dal creditore che non si è visto autorizzare il pagamento. D'altro canto, una valutazione errata in senso opposto esporrebbe il curatore a responsabilità nei confronti di tutti gli altri creditori prededucibili rimasti insoddisfatti, la quale non viene meno neanche nell'ipotesi in cui il pagamento sia stato autorizzato dal giudice delegato o dal comitato dei creditori²⁹⁰.

Tutto quanto sopra esposto lascia presagire che il curatore adotterà un atteggiamento cauto «rinviando la soddisfazione dei crediti di massa al riparto finale, anche se i crediti di massa, come si è già osservato, producono interessi»²⁹¹, ovvero procedendo liquidando semplici acconti²⁹².

È bene precisare che un problema di responsabilità del curatore potrà porsi solo in riferimento alle prededuzioni già sorte e a quelle che potranno presumibilmente sorgere, mentre bisogna escluderlo per le prededuzioni che non siano assolutamente

²⁹⁰ Così Cass., 8 novembre 1979, n. 5761, in *Giust. civ.*, 1980, I, 340; G. Limitone, *Art. 111 bis*, cit., 1339; A. Coppola, *Sub art. 111-bis*, cit., 1568. Quest'ultimo precisa che una tale ipotesi, oltre a non esonerare il curatore da responsabilità, non trasferisce neanche detta responsabilità sull'organo che ha dato l'autorizzazione.

²⁹¹ A. Bassi, *La illusione della prededuzione*, cit., 352.

²⁹² G. Limitone, *Art. 111 bis*, cit., 1339.

preventivabili (si vedano, ad esempio, le spese di riparazione di un immobile della procedura, danneggiato da eventi atmosferici successivi)²⁹³.

A questo punto, bisogna approfondire la provenienza delle somme che si possono utilizzare per i pagamenti e la determinazione della misura dei crediti da soddisfare. Per quanto riguarda la fonte delle somme da adoperare per il pagamento dei crediti prededucibili, la dottrina²⁹⁴ ha cercato di individuare e coordinare una serie di norme della legge fallimentare volte alla formazione di un fondo per estinguere tale tipologia di crediti. Più in particolare, sono stati individuati: l'articolo 109, comma 2, 1. fall. secondo cui il tribunale stabilisce con decreto la somma da attribuire, se del caso, al curatore in conto del compenso finale da liquidarsi a norma dell'articolo 39, prelevandola sul prezzo insieme alle spese di procedura e di amministrazione; l'articolo 110, comma 1, 1. fall. che prevede che ogni quattro mesi dalla data del decreto di esecutività o nel diverso termine stabilito dal giudice il curatore presenti un prospetto delle somme disponibili ed un progetto di ripartizione delle stesse, riservate quelle occorrenti alla procedura; l'articolo 113, comma 2, 1. fall. secondo il quale nelle ripartizioni parziali il curatore non può distribuire una misura superiore all'ottanta per cento delle somme disponibili e deve trattenere le somme ritenute necessarie per spese future, per soddisfare il compenso al curatore e ogni altro debito prededucibile, riducendo la quota da ripartire se il venti per cento delle somme disponibili fosse insufficiente (comma 3). Questo non esclude che, in caso di insufficienza delle somme così prelevate ed accantonate, il curatore possa accedere, per i dovuti pagamenti, al fondo generale delle somme ricavate dalla liquidazione dell'attivo o, in caso di incapienza anche del fondo generale, possa ricorrere all'anticipazione delle spese dall'Erario, sempre che siano spese giudiziali per gli atti richiesti dalla legge, dalla sentenza dichiarativa di fallimento alla chiusura della procedura. Questo mostra quanto la struttura dei crediti prededucibili sia coerente con l'assolvimento della sua

²⁹³ G. Limitone, *Art. 111 bis*, cit., 1339.

²⁹⁴ Si rimanda a F. Dimundo, *Crediti prededucibili*, cit., 11.

funzione, dato che è chiaro che proprio la previsione di tali prelievi e accantonamenti permette il pagamento tendenzialmente integrale ed immediato di tali crediti.

Venendo alla misura del soddisfacimento dei crediti prededucibili, essa è indicata nell'attuale comma 2 dell'articolo 111 *bis* 1. fall. che afferma che «i crediti prededucibili vanno soddisfatti per il capitale, le spese e gli interessi con il ricavato della liquidazione del patrimonio mobiliare e immobiliare, tenuto conto delle rispettive cause di prelazione, con esclusione di quanto ricavato dalla liquidazione dei beni oggetto di pegno ed ipoteca per la parte destinata ai creditori garantiti. Il corso degli interessi cessa al momento del pagamento». Tale disposizione giustifica la ragione per cui il legislatore ammette che il pagamento dei crediti prededucibili non contestati possa avvenire prima e al di fuori del piano di ripartizione dell'attivo fallimentare²⁹⁵.

I crediti prededucibili non sono soggetti né alla regola enunciata nell'articolo 54, comma 3, 1. fall. e di conseguenza agli articoli 2749, 2788, 2855 commi secondo e terzo del codice civile²⁹⁶, intendendosi equiparata la dichiarazione di fallimento all'atto di pignoramento; a differenza dei crediti prededucibili, per i crediti assistiti da privilegio generale il decorso degli interessi cessa alla data del deposito del progetto di riparto nel quale il credito è soddisfatto anche se in maniera parziale. Né alla regola di cui all'articolo 55 1. fall. che prevede la sospensione del corso degli interessi convenzionali o legali, agli effetti del concorso, dei crediti chirografari al momento della dichiarazione di fallimento. Nello specifico, si ritiene²⁹⁷ che gli interessi dei crediti prededucibili siano interessi corrispettivi, che l'articolo 1282 c.c. riconosce

²⁹⁵ A. Coppola, *Sub art. 111-bis*, cit. 1570. L'autore sottolinea, però, che ciò non giustifica perché questa modalità operativa sia riservata ai soli crediti prededucibili non contestati "sorti nel corso del fallimento" e non si estenda anche a tutte le altre tipologie di crediti prededucibile, tra cui, ad esempio, i crediti sorti in funzione del fallimento o in occasione di una procedura concorsuale alternativa, per i quali corrono comunque gli interessi.

²⁹⁶ Essi estendono, per un limitato periodo di tempo, il diritto di prelazione di cui godono i crediti privilegiati nella ripartizione dell'attivo ai relativi interessi.

²⁹⁷ Cfr. M. Agostinelli, *Sub art. 111 bis*, in P. Pajardi, *Codice del fallimento*, cit., 1406.

come accessori dei crediti liquidi ed esigibili, in considerazione della normale produttività del denaro, e che tali interessi inizino a decorrere dal momento in cui i crediti diventano liquidi ed esigibili²⁹⁸ e, cioè, a far data dal relativo provvedimento di liquidazione, oppure dalla verifica del credito qualora esso sia contestato²⁹⁹ e maturano fino al momento del pagamento (se si tratta di crediti chirografari) o fino alla vendita dei beni oggetto di garanzia (se sono crediti prededucibili prelatizi)³⁰⁰. In caso di beni mobili, la vendita coincide con il pagamento del prezzo da parte dell'acquirente³⁰¹, mentre se immobili, la vendita coincide con il decreto di trasferimento *ex* articolo 2855 c.c.³⁰²

3. (Segue) Il conflitto tra creditori prededucibili e creditori muniti di garanzia reale (pegno e ipoteca).

Nel caso in cui vi sia insufficienza dell'attivo, un problema di ordine dei pagamenti non sorge solo in considerazione ai crediti prededucibili tra loro, ma anche – e ciò avviene spesso – con riguardo ai rapporti tra i creditori muniti di una garanzia reale e i creditori prededucibili³⁰³, soprattutto quando il ricavato ottenuto dalla vendita del bene gravato dalla garanzia reale (ad esempio un immobile ipotecato) sia l'unico attivo di consistenza del fallimento³⁰⁴.

Le risorse per soddisfare i creditori prededucibili vengono attinte da quanto ricavato dalla liquidazione dell'attivo, con l'esclusione di quanto ottenuto per mezzo della liquidazione dei beni oggetto di pegno ed ipoteca per la parte destinata ai creditori garantiti. Così dispone la seconda parte dell'attuale comma secondo

²⁹⁸ A. Ruggiero, *Sub artt. 111 e 111-bis*, cit., 1845.

²⁹⁹ R. Vivaldi, *La ripartizione dell'attivo*, in *Trattato delle procedure concorsuali*, cit., 280.

³⁰⁰ A. Coppola, *Sub art. 111-bis*, cit., 1570.

³⁰¹ Cass., 18 giugno 1997, n. 5466.

³⁰² Cfr. A. Coppola, *Art. 111*, in A. Maffei Alberti, *Commentario breve alla legge fallimentare*, cit., 787.

³⁰³ Per un approfondimento del tema *ante* riforma del 2006 si rimanda a F. Lamanna, *Graduazione e conflitto tra crediti prededucibili e crediti assistiti da garanzia reale*, in *Fall.*, 8, 1995, 829 ss.

³⁰⁴ Così G. Limitone, *Art. 111 bis*, cit., 1341.

dell'articolo 111 *bis* l. fall., il quale, recependo l'orientamento della giurisprudenza di legittimità³⁰⁵, ha chiarito in termini inequivoci che il ricavato dalla liquidazione dei beni mobili e immobili gravati da garanzie è riservato ai creditori dotati di titolo di prelazione e solo *de residuo* è destinato alla massa fallimentare per il pagamento dei crediti prededucibili³⁰⁶. Vi è però un'eccezione. I crediti prededucibili, infatti, possono trovare soddisfazione per il tramite delle somme ricavate dalla vendita dei beni ipotecati o pignorati nel caso in cui si siano originati per sostenere i costi della loro gestione e liquidazione ovvero per pagare le spese generali di amministrazione se queste hanno permesso di incrementarne il valore o massimizzarne il prezzo³⁰⁷.

Per attuare questo principio il legislatore ha previsto, da un lato, l'articolo 111 *ter* l. fall. che comporta per il curatore l'obbligo di tenere un conto autonomo delle vendite dei singoli beni immobili oggetto di privilegio speciale e di ipoteca e dei singoli beni mobili o gruppo di mobili oggetto di pegno e privilegio speciale, con indicazione analitica delle entrate e delle uscite di carattere specifico e della quota di quelle di carattere generale imputabili a ciascun bene o gruppo di beni secondo un criterio proporzionale; e dall'altro lato, l'articolo 109 l. fall. riguardante la distribuzione della somma ricavata dalla vendita che impone al tribunale, tra l'altro, di stabilire la somma da attribuire al curatore in conto del compenso finale, prelevandola sul prezzo insieme alle spese di procedura e di amministrazione³⁰⁸.

Se, dunque, l'articolo 111 l. fall. pone i crediti prededucibili al primo posto nell'ordine di distribuzione delle somme, davanti ai crediti dotati di titolo di prelazione, questo si rivela esatto solo nel caso di crediti assistiti da privilegio generale. La situazione, infatti, muta nel caso in cui ci si imbatte in ipoteche o privilegi speciali su beni immobili. Come già in passato autorevole dottrina ha messo in luce³⁰⁹,

³⁰⁵ Si segnala Cass., 11 gennaio 1995, n. 251, la quale già regolava il conflitto tra crediti in prededucazione e crediti garantiti a favore di questi ultimi.

³⁰⁶ G. Limitone, *Art. 111 bis*, cit., 1342.

³⁰⁷ M. R. Grossi, *La riforma della legge fallimentare*, cit., 1547.

³⁰⁸ Cfr. F. Dimundo, *Crediti prededucibili*, cit., 12.

³⁰⁹ F. Ferrara, A. Borgioli, *Il fallimento*, cit., 591.

«in questo caso è indeclinabile distinguere il ricavato dell'esproprio degli immobili (in ordine al quale opera la specifica prelazione) dal ricavato dell'esproprio dei mobili (in ordine ai quali vale la regola generale predetta)». I creditori ipotecari, dunque, prevalgono su tutti i creditori verso la massa, ad eccezione dei titolari di crediti per le spese di giustizia sostenute per l'esproprio dell'immobile ipotecato, le quali vanno prededotte da quanto ricavato con la liquidazione dell'attivo. In questo senso, dunque, «il costo della procedura che va detratto dal ricavato dell'esproprio del bene è unicamente quello che è imputabile al bene stesso, ivi compresa un'aliquota delle spese generali. I creditori ipotecari o con privilegi speciali non corrono dunque il rischio di vedere volatilizzata la loro garanzia per i debiti contratti dalla curatela per l'esercizio provvisorio dell'impresa, perché questi debiti non possono apprezzarsi come contratti per la conservazione e l'esproprio del bene»³¹⁰.

Possiamo affermare che grazie all'articolo 111 *bis* l. fall. si è avuto un riconoscimento a livello normativo del principio della postergazione, entro certi limiti, dei crediti prededucibili rispetto ai crediti garantiti da pegno o ipoteca. Questo principio era già stato più volte affermato dalla giurisprudenza di legittimità³¹¹, mentre era fortemente osteggiato da autorevole dottrina che sosteneva che l'orientamento della Corte di Cassazione non trovasse conferma nel testo normativo e che mal si conciliasse da un lato con il carattere unitario della procedura concorsuale, dall'altro lato con la necessità che anche i creditori muniti di garanzia reale sottoponestero alle regole del concorso l'accertamento e la realizzazione dei relativi crediti, prendendo così parte, come tutti gli altri creditori, alla procedura cui le spese in questione si riferiscono³¹².

³¹⁰ Così, ancora, F. Ferrara, A. Borgioli, *Il fallimento*, cit., 592; adesivamente G. Bozza, *Conflitti tra cause di prelazione*, in *Contr. e impr.*, 1996, II, 697 ss.

³¹¹ Si rimanda a F. Dimundo, *Crediti prededucibili*, cit., 12.

³¹² Cfr. fra gli altri S. Bonfatti, *Procedure concorsuali minori e prededuzione*, in *Giur. comm.*, 1986, I, 897 ss.; G. Bozza, *La ripartizione delle spese generali nel fallimento*, in *Fall.*, 2000, 626 ss.; conforme, in giurisprudenza, Trib. Bergamo, 11 aprile 1995, in *Fall.*, 1995, 1155.

Nel vigore della vecchia legge fallimentare vi era una massima ricorrente secondo cui «la prededucibilità *ex art. 111 comma 1 n. 1 l. fall.*, delle spese relative alla procedura fallimentare, non incide nella stessa misura sulla totalità dell'attivo, dovendo il suo effetto essere limitato, per i beni oggetto di garanzie reali speciali, ai soli oneri correlati all'amministrazione ed alla liquidazione di detti beni, ovvero attinenti ad attività di amministrazione direttamente rivolte alla conservazione o all'incremento dei beni stessi o comunque destinate a realizzare una specifica utilità per i creditori garantiti»³¹³.

Osservando il tema con gli occhi dei creditori assistiti da pegno o ipoteca, lo stesso principio era solitamente espresso nel senso che «in sede di ripartizione fallimentare delle somme ricavate dalla vendita di beni oggetto di ipoteca, i crediti ipotecari prevalgono sui crediti prededucibili, salvo per la parte in cui questi si ricolleghino ad attività direttamente e specificamente rivolte ad incrementare, o ad amministrare, o a liquidare i beni ipotecati o rechini, comunque, ai titolari specifiche utilità e salvo il limite di un'aliquota delle spese generali, che deve, in ogni caso, gravare sui beni assoggettati a garanzia reale»³¹⁴.

La Corte di Cassazione riteneva che nell'approcciare la questione bisognava tenere conto di una duplice esigenza: «quella di assicurare, da una parte, il pagamento delle spese incontrate nella procedura fallimentare, e dall'altro, il soddisfacimento dei creditori muniti di garanzia speciale, contenendo in limiti minimi il danno che essi possano risentire per essere stati coinvolti nel procedimento di esecuzione concorsuale senza che essi abbiano, per siffatto procedimento, un particolare interesse, in quanto la garanzia di cui fruiscono avrebbe assicurato il soddisfacimento delle loro ragioni nella più semplice e meno dispendiosa forma dell'esecuzione singolare. Il punto di

³¹³ Così Cass., 19 aprile 2001, n. 5769, in *Fall.*, 2001.

³¹⁴ Cass., 28 giugno 2002, n. 9490; analogamente, *ex multis*, Cass., 2 febbraio 2006, n. 2329; Cass. 3 novembre 1981, n. 5784; Cass., 10 agosto 1992, n. 9429; Cass. 20 giugno 1994, n. 5913; Cass. 11 gennaio 1995, n. 251; Cass., 9 giugno 1997, n. 5104; Cass. 20 agosto 1997, n. 7756; Cass. 10 maggio 1999, n. 4626; Cass. 28 giugno 2002, n. 9490; Cass. 14 gennaio 2004, n. 335; con riferimento alla giurisprudenza di merito si veda, da ultimo, Trib. Monza, 11 gennaio 2013, in *ilcaso.it*, e Trib. Milano, 1 aprile 2017, in *ilcaso.it*.

equilibrio fra queste due esigenze (...) può essere rinvenuto soltanto ove si interpreti l'art. 111 l. fall. nel senso che la prededuzione delle spese relative alla procedura fallimentare incide sul bene gravato da garanzie reali speciali nei limiti in cui esse si riferiscono all'esecuzione relativa a questo bene, configurando questi limiti nelle spese specificamente sostenute per tale esecuzione ed in una aliquota delle spese generali da calcolarsi, in relazione alle circostanze concrete, in misura corrispondente all'interesse e l'utilità, ovviamente anche se solo potenziali, cioè sperata, ma non concretamente realizzata dal creditore garantito»³¹⁵.

Occorre precisare due aspetti³¹⁶ con riferimento a quanto appena riportato, e cioè che nel caso in cui non sia possibile eseguire una valutazione precisa dell'incidenza delle spese generali su quelle specifiche che si sarebbe dovuto effettuare per la liquidazione del bene soggetto a garanzia, bisogna utilizzare il criterio della proporzionalità tra le due liquidazioni (del bene vincolato e degli altri beni compresi nell'attivo fallimentare); perché si possa ricorrere al criterio proporzionale, è necessario che il curatore sia certo dell'utilità delle spese generali per il creditore garantito³¹⁷.

Tenendo conto di queste regole, oggi pienamente confermate nella normativa in vigore, e considerando l'elaborazione giurisprudenziale in materia, che conserva valore tutt'oggi, possiamo concludere che i creditori pignoratizi ed ipotecari hanno priorità assoluta sul ricavato dei beni oggetto della garanzia reale, in virtù del principio della autonomia dei riparti cui ha mostrato di aderire il legislatore della riforma. Inoltre, possiamo affermare che dal ricavato della vendita del bene gravato da garanzia reale devono essere decurtate: le spese strettamente inerenti alla conservazione e alla liquidazione del bene garantito tra cui rientrano, nello specifico, le spese di amministrazione, le spese per interventi di manutenzione, riparazione o

³¹⁵ Così Cass., 25 ottobre 1971, n. 3015, in *Dir. Fall.*, 1972; nello stesso senso Cass., 20 giugno 1994, n. 5913, e Cass., 2 febbraio 2006, n. 2329.

³¹⁶ In questi termini F. Dimundo, *Crediti prededucibili*, cit., 13.

³¹⁷ In questo senso si veda Cass., 12 maggio 2010, n. 11500; per quanto concerne la giurisprudenza di merito cfr. Trib. Piacenza 11 febbraio 2015, in *ilcaso.it*.

miglioramento del bene, volte a favorire una più fruttuosa liquidazione dello stesso, e delle spese relative alla liquidazione del bene (spese di stima, oneri pubblicitari per la vendita, ecc.); una quota parte del compenso del curatore (e del commissario giudiziale se vi è stato un concordato preventivo prima del fallimento), ricavata confrontando l'attività che questi ha svolto nell'interesse generale della massa creditoria e quella specificamente riferita all'interesse del creditore garantito³¹⁸; infine, una quota parte delle spese generali. Ci si riferisce, nello specifico, «a tutti i costi necessari per la progressione della procedura, sino alla sua definizione, quali ad esempio quelle relative alla formazione dello stato passivo, all'eventuale giudizio di opposizione alla sentenza dichiarativa dello stato di insolvenza, alla presentazione del bilancio finale e del rendiconto previsti dall'art. 75 l. 270/99, alla distribuzione dell'attivo ed alla chiusura della procedura»; mentre il concorso alle spese dovrà escludersi per «le attività non funzionali anche all'interesse del creditore assistito da garanzia», quali «le spese processuali per un giudizio di responsabilità nei confronti dell'amministratore della società o per una causa revocatoria, spese che sono funzionali ad un incremento dell'attivo che difficilmente potrà giovare al creditore ipotecario più dell'omessa decurtazione, dalle spese in discorso, dal ricavato della vendita dell'immobile ipotecato»³¹⁹.

Con riferimento a quest'ultima quota delle spese generali, vi sono due idee diverse su come vada determinata. Una prima impostazione prende in considerazione il criterio dell'accertata utilità (anche sperata, cioè non effettivamente perseguita) del creditore garantito³²⁰, dovendosi intendere l'espressione spese generali sostenute

³¹⁸ Cass., 6 giugno 1997, n. 5104, in *Fall.*, 1998; in argomento si veda anche Trib. Monza, 11 gennaio 2013, cit., il quale ha invece sostenuto che, «al fine di un corretto bilanciamento degli interessi del creditore assistito da ipoteca e degli interessi della massa dei creditori», sia «equo porre a carico della procedura esecutiva, a titolo di compensi del curatore, importi che non siano eccessivamente superiori rispetto a quelli che il creditore avrebbe dovuto sopportare nella procedura esecutiva individuale per le attività di liquidazione ed amministrazione del bene (compensi al custode; compensi al delegato per l'attività di predisposizione del piano di riparto)».

³¹⁹ Così Trib. Milano, 17 gennaio 2008.

³²⁰ Cass., 13 giugno 2006, n. 13672; Cass., 2 febbraio 2006, n. 2329.

nell'interesse di tutti i creditori "imputabili" a ciascun bene³²¹. Secondo un altro orientamento, il legislatore della riforma ha dettato il nuovo criterio della proporzionalità, in forza del quale il riparto deve essere eseguito, per quanto riguarda le spese generali, mettendo a confronti la massa attiva immobiliare e la massa attiva mobiliare³²² e non sarebbe, invece, rinvenibile in alcuna norma il criterio dell'accertata utilità delle spese per il creditore garantito.

Infine, bisogna sottolineare che il creditore garantito da pegno o ipoteca ha sempre interesse all'esecuzione collettiva, soprattutto nell'ipotesi di incapacienza del bene gravato, dato che per la parte incapiente degrada a chirografo e come tale concorre sul realizzo di altri beni. Questo comporta che nel caso in cui l'attivo sia costituito dal ricavato di un unico bene, tutte le spese generali devono essere imputate a quel bene, non solo una quota di queste³²³.

³²¹ Cfr. A. Della Chà, R. Marinoni, *La ripartizione del ricavato nel fallimento dopo la riforma*, in *Giur. comm.*, 2008, I, 672; R. Vivaldi, *La ripartizione dell'attivo*, cit., 279.

³²² Trib. Milano, 1 aprile 2017, cit.

³²³ Così Trib. Treviso, 11 giugno 2014, in *unijuris.it*.

CAPITOLO IV

LA PREDEDUZIONE NEL NUOVO CODICE DELLA CRISI D'IMPRESA E DELL'INSOLVENZA

SOMMARIO: 1. Premessa e disposizioni generali. – 2. Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti. – 3. La liquidazione giudiziale. – 4. Disposizioni relative ai gruppi di imprese.

1. Premessa e disposizioni generali.

Dopo aver analizzato, nei capitoli precedenti, la struttura, la natura e la disciplina dei crediti prededucibili nella legge fallimentare oggi in vigore, nonché le situazioni in cui la prededuzione incide e la funzione di tale istituto, si vuole ora fare una panoramica generale delle disposizioni che toccano il tema della prededuzione contenute all'interno del Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza³²⁴ (d'ora in avanti CCII o Codice), la cui entrata in vigore è prevista per il prossimo settembre.

Come si è già avuto modo di sottolineare³²⁵, tale opera nasce dall'esigenza di riformare in maniera organica la materia dell'insolvenza e delle procedure concorsuali, in modo da avere un sistema normativo coerente e lineare nel suo insieme. Vi è inoltre un'ulteriore finalità, ben riscontrabile dalla struttura stessa del Codice e dall'ordine con cui vengono disciplinate le procedure (prima il concordato preventivo, che a sua volta segue le nuovissime procedure di allerta e di composizione assistita della crisi, e poi la liquidazione giudiziale), che si vuole raggiungere con questo Codice: fornire degli strumenti e delle regole volti a far emergere anticipatamente la crisi, in modo da evitare il più possibile di dover ricorrere alla

³²⁴ Si tratta del d. lgs. 12 gennaio 2019, n. 14 per come modificato dal decreto correttivo, d. lgs. 26 ottobre 2020, n. 147.

³²⁵ Si rimanda a quanto detto nel primo capitolo di questo lavoro, in particolare nel paragrafo 7 (p. 41 ss).

liquidazione giudiziale, cercando di risollevare l'impresa tramite soluzioni alternative di risanamento della stessa.

Nel condurre questo tipo di analisi si seguirà l'impianto del CCII, cioè si procederà seguendo l'ordine dei titoli del Codice. Prima di addentrarsi nella disamina delle questioni inerenti alla prededuzione presenti all'interno del Codice, si premette che il *focus* dell'attenzione, in ossequio all'oggetto del presente elaborato, sarà sulla prededuzione nella liquidazione giudiziale. Di conseguenza, non ci si addentrerà in tutte le procedure in cui il tema della prededuzione emerge, perché alcune di queste non hanno riflessi sul presente lavoro. Per scelta, dunque, non si toccherà né l'esdebitazione né il sovraindebitamento né la liquidazione coatta amministrativa.

Si precisa, però, che non ci si fermerà a scorrere unicamente le disposizioni contenute all'interno del titolo riguardante la liquidazione giudiziale; come il lettore potrà ben notare, si metteranno in luce anche questioni contenute all'interno del sistema di "procedure altre" (c.d. procedure minori). Questo potrebbe far pensare ad un allontanamento dalla tematica principale, ma in realtà le più grandi questioni e problemi legati al tema della prededuzione si incontrano in riferimento a tutti quei crediti, sorti nel corso di una procedura minore (una su tutte: il concordato preventivo), che, dato l'esito infausto di tale procedura, permangono nella successiva procedura di fallimento (o meglio, liquidazione giudiziale), e in questa dovranno essere soddisfatti³²⁶. È per casi come questo (cioè di crediti sorti in una procedura minore che si trascinano fino alla conseguente liquidazione giudiziale), dunque, che ha senso parlare di prededuzione anche in riferimento ad alcune "procedure altre", per i risvolti applicativi che tali situazioni comportano, non certamente perché si vuole analizzare la prededuzione in sé e per sé, staticamente considerata. In altre parole, non

³²⁶ I problemi più grandi, per dirlo in altre parole, si riscontrano, ad esempio, nel momento in cui il professionista che ha assistito l'imprenditore nella presentazione della domanda di concordato si presenta innanzi al curatore e domanda di essere soddisfatto integralmente del suo credito, da considerarsi prededucibile, poiché non ha potuto trovare soddisfazione nel corso della procedura di concordato preventivo, non essendo questa andata a buon fine e non essendoci state di conseguenza liquidità per il pagamento del credito del professionista stesso.

si analizza la prededuzione fine a se stessa nella procedura minore (perché non è il tema di questo elaborato e perché non darebbe di per sé particolari problemi) ma la prededuzione della procedura minore che diventa rilevante nel contesto della successiva liquidazione giudiziale. E ciò si mostra in linea con l'intento del legislatore, la cui idea è quella di disciplinare il fenomeno della prededuzione anche nelle procedure minori proprio nell'ottica dell'apertura della liquidazione giudiziale. Egli, infatti, ha sì inserito delle disposizioni utili in tema di prededuzione all'interno del capo, ad esempio, sul concordato preventivo, ma la disciplina ivi contenuta pare a chi scrive servire in misura maggiore nel caso di successiva liquidazione giudiziale.

Tutto ciò premesso, si parte dall'analisi del titolo I del CCII, riguardante le "Disposizioni generali"³²⁷. All'interno di questo titolo è di interesse il capo II, rubricato "Principi generali", il quale costituisce una novità nell'ambito della struttura tipica dei codici (non è tale, invece, la sezione dedicata alle disposizioni generali). Esso si compone di quattro sezioni³²⁸ che, come già detto, non sembrano particolarmente omogenee né strettamente collegate dal punto di vista dei rispettivi contenuti e obiettivi.

Considerazioni sul senso e sull'opportunità di un capo siffatto sono state svolte nel capitolo di apertura del lavoro e a quello si rimanda. Ora, invece, l'intento è quello di svolgere qualche ulteriore considerazione sull'articolo 6, unico articolo della sezione II ("Economicità delle procedure") del capo II del titolo I del CCII, rubricato "Prededucibilità dei crediti".

Tale disposizione³²⁹ costituisce uno degli strumenti con cui il legislatore ha tentato di porre rimedio ad una delle criticità riscontrabili nell'attuale sistema concorsuale

³²⁷ Questo tema è stato, in parte, già trattato all'interno del capitolo I, paragrafo 7, cui si rinvia.

³²⁸ Tali sezioni sono: "Obblighi dei soggetti che partecipano alla regolazione della crisi o dell'insolvenza", "Economicità delle procedure", "Principi di carattere processuale", "Giurisdizione internazionale".

³²⁹ L'articolo 6 così dispone:

1. Oltre ai crediti così espressamente qualificati dalla legge, sono prededucibili:

italiano, cioè l'eccessività dei costi e, in stretto collegamento, il forte peso della prededuzione nel panorama dei pagamenti da effettuare ai creditori. Di tale criticità (come di altre su cui ora non è proficuo dilungarsi) aveva preso atto anche la legge delega 19 ottobre 2017, n. 155 la quale, proponendosi di superarla, aveva posto come obiettivo, contenuto nell'articolo 2, comma 1, lettera l), di «ridurre la durata e i costi delle procedure concorsuali» e di contenere le «ipotesi di prededuzione, con riguardo altresì ai compensi dei professionisti, al fine di evitare che il pagamento dei crediti prededucibili assorba in misura rilevante l'attivo delle procedure»; finalità, quest'ultima, cui concorre in apparenza anche la previsione dell'art. 10, che, a sua volta, mira a «ridurre le ipotesi di privilegio generale e speciale». Tale articolo 2 impone, dunque, di riformare la disciplina delle procedure concorsuali tenendo conto della necessità di ridurre i costi di tali procedure, anche tramite il contenimento delle ipotesi di prededuzione, con riguardo altresì ai compensi dei professionisti, per evitare che il pagamento dei crediti prededucibili assorba totalmente o in misura spropositata l'attivo delle procedure.

a) i crediti relativi a spese e compensi per le prestazioni rese dall'organismo di composizione della crisi di impresa di cui al capo II del titolo II e dall'organismo di composizione della crisi da sovraindebitamento;

b) i crediti professionali sorti in funzione della domanda di omologazione degli accordi di ristrutturazione dei debiti e per la richiesta delle misure protettive, nei limiti del 75% del credito accertato e a condizione che gli accordi siano omologati;

c) i crediti professionali sorti in funzione della presentazione della domanda di concordato preventivo nonché del deposito della relativa proposta e del piano che la correda, nei limiti del 75% del credito accertato e a condizione che la procedura sia aperta ai sensi dell'articolo 47;

d) i crediti legalmente sorti durante le procedure concorsuali per la gestione del patrimonio del debitore e la continuazione dell'esercizio dell'impresa, i crediti derivanti da attività non negoziali degli organi preposti, purché connesse alle loro funzioni, i crediti risarcitori derivanti da fatto colposo degli organi predetti, il loro compenso e le prestazioni professionali richieste dagli organi medesimi.

2. La prededucibilità permane anche nell'ambito delle successive procedure esecutive o concorsuali.

3. Non sono prededucibili i crediti professionali per prestazioni rese su incarico conferito dal debitore durante le procedure di allerta e composizione assistita della crisi a soggetti diversi dall'OCRI.

L'articolo 6 in commento si inserisce all'interno di questo scenario. In particolare, un tentativo di contenere i costi derivanti da crediti prededucibili (oltretutto nell'ambito dei compensi dei professionisti) è riscontrabile nel dettato delle lettere *b*) e *c*) le quali garantiscono la prededuzione ai crediti professionali sorti in funzione della domanda di omologazione degli accordi di ristrutturazione dei debiti e per la richiesta delle misure protettive (lett. *b*) e ai crediti professionali sorti in funzione della presentazione della domanda di concordato preventivo nonché del deposito della relativa proposta e del piano che la correda (lett. *c*) nei limiti del 75% del credito accertato e alla condizione che gli accordi siano omologati, nel primo caso, e che la procedura sia aperta ai sensi dell'articolo 47, nel secondo caso.

Con riferimento a tale previsione, ritengo senza alcun dubbio condivisibile l'obiettivo che ha guidato il legislatore, e cioè quello di evitare che i costi della procedura (compreso il pagamento dei crediti prededucibili, tra cui si citano, per l'incidenza che hanno sul sistema, i crediti dei professionisti) vadano ad inficiare la soddisfazione della massa dei creditori, ma non altrettanto condivisibile la soluzione adottata dal legislatore. Porre un limite massimo "standard" alla misura di tale beneficio, fissato al 75%, si mostra come un intervento totalmente arbitrario e privo di una base giuridica solida. In altre parole, si comprende l'intento del legislatore di rispondere all'esigenza messa per iscritto nella legge delega, ma invece che porre di default un limite alla prededuzione del credito del professionista, ben più opportunamente avrebbe potuto prevedere una serie di ipotesi in cui ritenga (ovviamente fondandosi su basi giuridiche e non arbitrarie) che il compenso non debba godere di tale beneficio³³⁰, ad esempio per mancanza di professionalità o diligenza da parte del professionista nell'assistere il debitore per la presentazione della domanda di concordato preventivo o perché, avendolo assistito, era facilmente rinvenibile l'esito infausto della procedura e di conseguenza la non opportunità della stessa. Altrimenti, faticosamente si comprende e si riesce a trovare una giustificazione

³³⁰ Del resto, una soluzione di questo tipo non è sconosciuta al legislatore del Codice, se si guarda ad esempio agli artt. 99 e 101 (si veda *infra*).

all'inserimento *tout court* di un tetto massimo accordato alla prededuzione, e con ancor più difficoltà si riesce a spiegare la scelta del valore pari al settantacinque per cento.

Ancora più problematiche, ad avviso di chi scrive ma non solo³³¹, sono le condizioni poste perché possa riconoscersi la prededuzione al credito del professionista, e cioè che gli accordi siano omologati (lett. *b*) e che la procedura di concordato sia aperta (lett. *c*). Anzitutto, questa previsione conferma l'atteggiamento severo del legislatore nei confronti dei professionisti. Tale atteggiamento è giustificato dalla volontà del legislatore di evitare fenomeni di abuso, che talvolta hanno inciso, in senso negativo, sulle aspettative di soddisfazione della massa creditoria. Tuttavia «per evitare un abuso (che costituisce l'eccezione) si crea una regola che penalizza i professionisti specialisti della materia»³³², con la conseguenza che essi potrebbero essere disincentivati ad affrontare la crisi d'impresa, lasciando spazio a figure professionali meno qualificate ed efficienti. Inoltre, prevedere la condizione di apertura del concordato o di omologazione degli accordi di ristrutturazione – soluzione peraltro non sconosciuta al legislatore³³³ – se da una parte è vero che avrebbe il pregio della certezza, in quanto l'attribuzione della prededuzione si baserebbe su un dato oggettivo (omologazione degli accordi o apertura del concordato), dall'altra parte però trasformerebbe inequivocabilmente l'obbligazione del professionista da obbligazione di mezzi a obbligazione di risultato. Una simile conseguenza non è accettabile, se si pensa che in molti casi la mancata omologazione o apertura della procedura è dovuta agli eventi più disparati, non imputabili all'opera, diligente, del professionista.

³³¹ Si veda *ex multis* M. Greggio, *La prededucibilità del credito del professionista nel concordato preventivo*, in F. Casa, S. Rosina, *Problemi nuovi della "vecchia" legge fallimentare*, Padova, Cedam, 2018, 148.

³³² In questi termini M. Greggio, *La prededucibilità del credito del professionista nel concordato preventivo*, cit., 148.

³³³ Si fa riferimento al decreto Destinazione Italia, già citato in questo lavoro (p. 37).

Per concludere su questo primo comma, è vero che il legislatore del Codice ha risposto al tema riguardante il trattamento da riservare ai professionisti che hanno assistito il debitore per la presentazione della domanda di omologazione degli accordi di ristrutturazione dei debiti o della domanda di concordato preventivo, ma la risposta fornita non soddisfa.

Anche la soluzione, contenuta nel comma 3 dell'articolo 6 CCII, di non considerare prededucibili i crediti professionali per prestazioni rese su incarico conferito dal debitore durante la procedura di allerta e composizioni assistita della crisi a soggetti diversi dall'OCRI (organismo di composizione della crisi da sovraindebitamento), pur rispondendo all'esigenza di contenere la prededuzione, pare priva di una solida base d'appoggio che la giustifichi, oltre al fatto che potrebbe spingere, in questo caso, l'imprenditore a decidere di non avvalersi del supporto professionale più qualificato³³⁴.

Al contrario, il legislatore ha previsto la prededucibilità piena per i crediti relativi a spese e compensi per le prestazioni rese dall'OCRI³³⁵ (lett. *a*), nonché per i crediti legalmente sorti durante le procedure concorsuali per la gestione del patrimonio del debitore e la continuazione dell'esercizio dell'impresa, i crediti derivanti da attività non negoziali degli organi preposti, purché connesse alle loro funzioni, i crediti risarcitori derivanti da fatto colposo degli organi predetti, il loro compenso e le prestazioni professionali richieste dagli organi medesimi (lett. *d*).

Per completare la disamina della disposizione, è necessario mettere in luce il comma 2, che afferma che «La prededucibilità permane anche nell'ambito delle

³³⁴ In questi termini, come già si è avuto modo di mettere in luce, S. Ambrosini, *I "Principi generali" nel codice della crisi d'impresa*, cit., 10. Ovviamente in senso contrario si esprime la Relazione illustrativa del CCII che giustifica la scelta di cui al comma 3 nell'ottica di «rinforzare il ruolo degli organismi di composizione della crisi, visti come soggetti qualificati di ausilio e supporto nei confronti dell'imprenditore che voglia regolare precocemente la crisi della propria impresa» (cfr. *Relazione illustrativa del CCII*, 10 gennaio 2019, *sub art.* 6).

³³⁵ Ciò sempre con l'obiettivo di incentivare le procedure di allerta e composizione assistita della crisi, «vera chiave di volta dell'intera riforma» (cfr. *Relazione illustrativa del CCII*, 10 gennaio 2019, *sub art.* 6).

successive procedure esecutive o concorsuali», mantenendosi ferme le regole già vigenti che riguardano la prededucibilità dei crediti sorti durante le procedure concorsuali e la sua persistenza nelle procedure successivamente aperte³³⁶.

La scelta del legislatore di inserire una disposizione interamente dedicata alla prededuzione in apertura del suo lavoro, oltretutto all'interno dei principi generali che per loro natura illuminano l'intero sistema del Codice, costituisce, ad avviso di chi scrive, una occasione che il legislatore avrebbe dovuto sfruttare meglio per risolvere almeno qualcuna delle numerose questioni attinenti alla prededuzione che in questo modo continuano a restare aperte, come quella della prededucibilità o meno dei crediti professionali (diversi da quelli che hanno assistito nella presentazione della domanda di omologazione degli accordi di ristrutturazione o della domanda di concordato preventivo) in caso di soluzione negoziata della crisi non terminata con successo e quindi sfociata in liquidazione giudiziale.

All'interno del capo II dei Principi generali, più nello specifico nell'articolo 10 riguardante le comunicazioni telematiche, vi è un comma sesto che afferma che le spese per l'attivazione del domicilio digitale³³⁷ sono a carico della massa. Si tratta di una previsione inserita a seguito del recepimento di una sollecitazione del Consiglio di Stato³³⁸, con la conseguenza che tali spese hanno una natura prededucibile.

2. Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti.

Dopo un titolo II dedicato alle procedure di allerta e di composizione assistita della crisi, che costituiscono il nuovo strumento in capo al debitore per anticipare l'emersione della crisi³³⁹ e conseguentemente ricercare una soluzione concordata

³³⁶ Così la *Relazione illustrativa del CCII*, 10 gennaio 2019, *sub* art. 6.

³³⁷ Per la nozione di domicilio digitale si rinvia all'articolo 2 ("Definizioni") lettera s) del CCII.

³³⁸ Cfr. la *Relazione illustrativa del CCII*, 10 gennaio 2019, *sub* art. 10.

³³⁹ Si vedano gli artt. 12-18 CCII.

della crisi dell'impresa³⁴⁰ volta a prevenire l'aggravarsi della crisi stessa, segue il titolo III che riguarda le procedure di regolazione della crisi³⁴¹ e dell'insolvenza³⁴².

Con riferimento alle modalità di accesso alle procedure di regolazione della crisi o dell'insolvenza, su indicazione della legge delega 155/2017 (articolo 2, comma 1, lett. *d*), vi è una novità rispetto al passato, costituita dall'unitarietà del procedimento per tale accesso (capo IV, sezione II). In altre parole, il legislatore ha previsto una «“unificazione” delle procedure finalizzate all'apertura della liquidazione giudiziale o del concordato preventivo, o all'omologazione degli accordi di ristrutturazione»³⁴³. Il motivo di tale innovazione attiene, da una parte, alla necessità di coordinare e regolamentare le ipotesi di coesistenza della richiesta di liquidazione giudiziale con la richiesta di accesso ad una delle procedure recuperatorie (concordato preventivo o accordo di ristrutturazione dei debiti); dall'altra parte riguarda l'opportunità di una esatta individuazione del *dies a quo* dal quale far decorrere il termine per l'esercizio dell'azione revocatoria concorsuale³⁴⁴.

In questo contesto rileva, ai fini dell'indagine che si sta effettuando, l'articolo 46 il quale, disciplinando gli effetti della domanda di accesso al concordato preventivo, contiene un comma 4 che prevede che «i crediti di terzi sorti per effetto degli atti legalmente compiuti dal debitore sono prededucibili». Infatti, ai sensi del primo comma del medesimo articolo, è previsto che il debitore, dopo il deposito della

³⁴⁰ Si veda l'art. 19 “Composizione della crisi” del CCII.

³⁴¹ L'introduzione di un autonomo concetto di “crisi” e la differenziazione esplicita tra “crisi” e “insolvenza” (giustificate dall'art. 2, comma 1, lett. *c* della legge delega 155/2017) sono una novità del Codice, il quale provvede a fornire una definizione dei due termini all'interno dell'art. 2 (“Definizioni”). Per “crisi” si intende «lo stato di squilibrio economico-finanziario che rende probabile l'insolvenza del debitore, e che per le imprese si manifesta in inadeguatezza dei flussi di cassa prospettici a far fronte regolarmente alle obbligazioni pianificate» (art. 2, comma 1, lett. *a*) CCII).

³⁴² Il CCII definisce l'“insolvenza” come «lo stato del debitore che si manifesta con inadempimenti od altri fattori esteriori, i quali dimostrino che il debitore non è più in grado di soddisfare regolarmente le proprie obbligazioni» (art. 2, comma 1, lett. *b*).

³⁴³ Così V. Lenoci, *Il procedimento concorsuale liquidatorio*, in *Questioni di giustizia*, 2, 2019, 291.

³⁴⁴ In questi termini V. Lenoci, *Il procedimento concorsuale liquidatorio*, cit., 291.

domanda di accesso e fino al decreto di apertura del concordato preventivo, possa compiere, munito di autorizzazione del tribunale, gli atti urgenti di straordinaria amministrazione. I crediti di terzi che dovessero sorgere per effetto degli atti legalmente compiuti (quindi in questo caso provvisti di autorizzazione da parte del tribunale, in quanto diversamente gli atti sarebbero inefficaci e revocati) sono, per espressa indicazione di legge, prededucibili. Tale indicazione ricalca chiaramente l'articolo 161, comma 7, l. fall., anche se si rileva che il contenuto dell'articolo 46, comma 4, CCII non è pienamente coincidente con quello dell'articolo 161, comma 7, dal momento che nel secondo caso si menziona la possibilità per il debitore di compiere, nell'intervallo di tempo sopra menzionato, anche atti di ordinaria amministrazione, da cui la necessità di distinguere tra atti di ordinaria e straordinaria amministrazione, essendo nel secondo caso necessaria l'autorizzazione del tribunale³⁴⁵. Non appare chiaro a chi scrive se il silenzio circa gli atti di ordinaria amministrazione sia una scelta consapevole del legislatore che ha ritenuto meglio riservare al debitore solo la facoltà di compiere atti di straordinaria amministrazione perché autorizzati, dato il periodo di tempo, o se invece, mancando un esplicito divieto, la possibilità di compiere atti di ordinaria amministrazione sia ricompresa implicitamente, essendo, tra l'altro, l'espressione "crediti di terzi sorti per effetto degli atti legalmente compiuti dal debitore" del tutto generica (salvo la precisazione che si debba trattare di atti legalmente compiuti). Nell'ambito di questo discorso si cita anche l'articolo 94 ("Effetti della presentazione della domanda di concordato preventivo") il quale, al comma 1, dispone che dalla data di presentazione della domanda di accesso al concordato preventivo e fino all'omologazione, il debitore conserva l'amministrazione dei suoi beni e l'esercizio dell'impresa sotto la vigilanza del commissario giudiziale; essendogli concesse tali facoltà, conseguentemente si ritiene che il debitore possa compiere altresì atti di ordinaria amministrazione, anche se non esplicitamente indicati nell'articolo 46, altrimenti non avrebbe senso neanche l'espressione contenuta nel comma successivo, in cui il legislatore, nell'ambito di

³⁴⁵ Per questa questione si rimanda al par. 5 del capitolo I di questo lavoro (p. 28).

atti che il debitore può compiere, dopo aver fornito un elenco specifico, termina con una ipotesi di chiusura, vale a dire “in generale gli atti eccedenti l’ordinaria amministrazione” (articolo 94, comma 2, CCII). Se è vero che siamo nell’ambito di atti che il debitore può compiere, vero è anche allora, come il più comprende il meno, che la menzione degli atti di ordinaria amministrazione con queste modalità significa che essi possono ben essere compiuti dal debitore e senza che sia necessaria l’autorizzazione. In ogni caso resta aperta la questione su cosa, nell’ambito dell’attività svolta dal debitore in questo specifico lasso di tempo, debba essere considerato atto urgente di straordinaria amministrazione e cosa atto di ordinaria amministrazione. Sarebbe stato opportuno, in questa sede, un intervento del legislatore volto a fornire qualche elemento ulteriore a guidare l’interprete nel rispondere all’interrogativo.

Un’altra critica che si può muovere al legislatore, con riferimento alla sezione riguardante il procedimento di accesso alle procedure, è il non aver dato una risposta alla questione se le spese per la domanda e il procedimento di accesso alle procedure di regolazione della crisi o dell’insolvenza siano prededucibili o meno. Si lascia, dunque, irrisolto un annoso problema, già esistente ed acclarato nel vigore della legge fallimentare, individuato, in parallelo rispetto alla questione attuale, nel come considerare i crediti del professionista che ha assistito il debitore nella fase prefallimentare³⁴⁶. Si ritiene che il legislatore della riforma del codice, proprio nell’ambito di una visione unitaria del procedimento per l’accesso alle procedure di regolazione della crisi o dell’insolvenza, ben avrebbe potuto esplicitare in che modo siano da considerare le spese nascenti da questa fase prodromica alla procedura,

³⁴⁶ Tale questione è viva e non sopita. A riprova di ciò, si cita la recentissima Cass., 24 febbraio 2021, n. 4932, che, con riferimento al ricorso presentato da un professionista per il riconoscimento della prededuzione nei confronti dei crediti da questo maturati in qualità di difensore della società debitrice in sede prefallimentare e nel giudizio di reclamo avverso la sentenza dichiarativa di fallimento, ha confermato la decisione del Tribunale, negando la natura prededucibile di tali crediti. In questo senso *ex multis* anche Cass., 18 dicembre 2015, n. 25589. In senso contrario *ex multis* Cass., 9 settembre 2014, n. 18922, Cass. 28 giugno 2019, n. 17596.

magari proprio all'interno dell'articolo 46 che regola gli effetti della domanda di accesso.

Le disposizioni inerenti al concordato preventivo sono racchiuse all'interno del capo III del titolo IV rubricato "Strumenti di regolazione della crisi".

Nell'ambito degli effetti della presentazione della domanda di concordato preventivo (sezione III), e più nello specifico con riferimento ai contratti pendenti, vi è una norma concernente la prededuzione: l'articolo 97 CCII disciplina i contratti pendenti e afferma che i contratti non ancora o non compiutamente eseguiti nelle prestazioni principali da entrambe le parti alla data del deposito della domanda di accesso al concordato preventivo proseguono anche durante il concordato, con la precisazione che sono inefficaci patti contrari.

Se il debitore ritiene che la prosecuzione del contratto non sia coerente con le previsioni del piano né funzionale alla sua esecuzione può chiedere, con autonoma istanza, l'autorizzazione alla sospensione o allo scioglimento di uno o più contratti (comma 1), proponendo anche una quantificazione dell'indennizzo dovuto alla controparte la quale si tiene in considerazione nel piano per la determinazione del fabbisogno concordatario (comma 3). La controparte può opporsi, secondo quanto disposto dal comma 4, alla richiesta del debitore depositando una memoria scritta entro sette giorni dall'avvenuta notificazione dell'istanza. Sull'istanza provvede il tribunale, il quale potrà autorizzare o non la sospensione o lo scioglimento del contratto. In caso di autorizzazione, il contraente ha diritto ad un indennizzo equivalente al risarcimento del danno conseguente al mancato adempimento (comma 9). In caso di mancato accordo sulla misura dell'indennizzo, esso viene determinato dal giudice ordinariamente competente. Tale indennizzo è, per espressa previsione legislativa, soddisfatto come credito chirografario anteriore al concordato, mentre, e si giunge così al punto di interesse, è prededucibile il credito conseguente a eventuali prestazioni eseguite legalmente e in conformità agli accordi o agli usi negoziali dopo la pubblicazione della domanda di accesso al concordato e prima della notificazione del provvedimento autorizzativo all'altro contraente effettuata a cura del debitore.

Questa disciplina non mostra alcuna grande novità (in tema di natura dei crediti) rispetto a quanto già disposto dall'articolo 169 *bis* l. fall., tranne la puntualizzazione del legislatore del nuovo codice che aggiunge l'aggettivo "chirografario" con riferimento alla natura del credito nascente dall'indennizzo, diversamente dalla attuale formulazione che afferma che "tale credito è soddisfatto come credito anteriore al concordato".

A ben vedere, però, il trattamento prededucibile dei crediti sorti a seguito di eventuali prestazioni eseguite legalmente e in conformità agli accordi o agli usi negoziali conosce ora un doppio limite temporale, essendo previsto un intervallo di tempo – da dopo la pubblicazione della domanda di accesso al concordato fino a prima della notificazione del provvedimento autorizzativo – entro cui al credito può essere riconosciuta la prededuzione, mentre nell'attuale formulazione è previsto solo il termine "iniziale", cioè "dopo la pubblicazione della domanda di ammissione al concordato". Ritengo che anche questo dettaglio vada nella direzione voluta dal legislatore del Codice di contenere la prededuzione.

A questa disposizione segue l'articolo 98 rubricato "Prededuzione nel concordato preventivo", il quale con un comma unico sancisce che «i crediti prededucibili sono soddisfatti durante la procedura alla scadenza prevista dalla legge o dal contratto». Si tratta di una previsione nuova, non riscontrabile nella legge fallimentare, che pone una regola generale, stabilendo che i crediti prededucibili sono destinati, in quanto tali, a trovare soddisfazione in corso di procedura, alla loro naturale scadenza³⁴⁷.

Seguono tre disposizioni riguardanti i finanziamenti, per i quali è prevista la prededuzione, come del resto si evince fermandosi anche solo alla lettura della rubrica di tali norme.

Infatti, l'articolo 99 ("Finanziamenti prededucibili autorizzati prima dell'omologazione del concordato preventivo o di accordi di ristrutturazione") prevede che il debitore, anche con la domanda di accesso alle procedure, tanto nel caso del concordato preventivo quanto degli accordi di ristrutturazione, quando è

³⁴⁷ Così la *Relazione illustrativa del CCII*, 10 gennaio 2019, *sub* art. 98.

prevista la continuazione dell'attività aziendale, anche se unicamente in funzione della liquidazione, può chiedere al tribunale, tramite ricorso (che deve specificare la destinazione dei finanziamenti, che il debitore non è in grado di reperirli in altro modo e indicare le ragioni per cui in assenza di tali finanziamenti vi sarebbe un grave pregiudizio per l'attività aziendale o per il proseguimento della procedura e deve essere accompagnato da una relazione di un professionista indipendente che attesti la funzionalità dei finanziamenti all'esercizio dell'attività aziendale nonché che i finanziamenti sono funzionali alla migliore soddisfazione dei creditori), di essere autorizzato (anche prima del deposito della documentazione che deve essere allegata alla domanda) a contrarre finanziamenti in qualsiasi forma, compresa la richiesta di emissione di garanzie, funzionali all'esercizio dell'attività aziendale sino all'omologa del concordato preventivo o degli accordi di ristrutturazione dei debiti ovvero all'apertura e allo svolgimento di tali procedure e in ogni caso funzionali alla miglior soddisfazione dei creditori. Tali finanziamenti sono, per espressa previsione di legge, prededucibili (comma 1).

Interessante, ai fini di questo lavoro, è anche il comma 6 del medesimo articolo 99 che detta due ipotesi cumulative in cui i finanziamenti autorizzati non beneficiano della prededucazione in caso di successiva apertura della procedura di liquidazione giudiziale, e cioè: *a*) quando risulta che il ricorso o l'attestazione contengono dati falsi o omettono informazioni rilevanti, o comunque quando il debitore ha commesso altri atti in frode dei creditori per ottenere l'autorizzazione; *b*) il curatore dimostra che i soggetti che hanno erogato i finanziamenti, alla data di erogazione, erano a conoscenza delle circostanze di cui alla lettera *a*).

Questa disposizione si occupa, dunque, dei finanziamenti che il debitore può richiedere di contrarre nel periodo intercorrente tra la domanda di accesso alla procedura di concordato preventivo o degli accordi di ristrutturazione dei debiti e l'omologazione, per cui il legislatore si è trovato a dover bilanciare due contrapposte esigenze³⁴⁸: da un lato, agevolare l'imprenditore nell'accesso alle procedure di

³⁴⁸ Cfr. la *Relazione illustrativa del CCII*, 10 gennaio 2019, *sub* art. 99.

regolazione della crisi e dell'insolvenza e, dall'altro, tutelare gli interessi del ceto creditorio. La soluzione del legislatore è stata quella di concedere al debitore la possibilità di ottenere l'autorizzazione solo se dimostra l'impossibilità di reperire altrimenti il finanziamento e dà conto della sua destinazione e delle ragioni per cui la sua mancanza determinerebbe un grave pregiudizio per la continuità aziendale, il proseguimento della procedura o le ragioni dei creditori. A tutela della massa creditoria è, d'altro canto, previsto che in caso di apertura del procedimento di liquidazione giudiziale la prededuzione non spetti nei casi in cui emerga il carattere fraudolento del ricorso o della attestazione, sempre che il curatore dimostri che il finanziatore ne era a conoscenza.

Dunque, considerato nel suo complesso, l'articolo 99 del CCII ripropone sostanzialmente, seppur con qualche modifica lessicale e di struttura, l'articolo 182 *quinquies* l. fall.³⁴⁹, compresa la possibilità (da esercitare con cautela per i possibili effetti pregiudizievoli per la massa), prevista da entrambe le norme, di prescindere dall'attestazione del professionista nei casi in cui il tribunale ravvisi l'urgenza di provvedere per evitare un danno grave ed irreparabile all'attività aziendale. Manca però nell'articolo 182 *quinquies*, a differenza dell'articolo 99 di cui si è appena detto, una espressa previsione dei casi in cui i finanziamenti autorizzati non possono godere della prededuzione nella eventuale successiva liquidazione giudiziale.

L'aver inserito una esplicita precisazione di questo tipo potrebbe essere indizio, ad avviso di chi scrive, di quello sforzo del legislatore di evitare che la prededuzione, proveniente anche da procedure "minori" come in questo caso, pesi eccessivamente sull'attivo ottenuto per il tramite della procedura di liquidazione giudiziale.

Anche l'articolo 101 CCII si occupa di finanziamenti, i quali presentano le stesse caratteristiche dei finanziamenti disciplinati nell'articolo 99, eccezion fatta per il periodo in cui essi vengono erogati. In questo caso, infatti, si tratta dei finanziamenti erogati in esecuzione di un concordato preventivo o di un accordo di ristrutturazione, lasso temporale che porta ad assimilare questa disposizione con il primo comma

³⁴⁹ Per un'analisi della disposizione si rimanda al paragrafo 5 del capitolo I di questo scritto.

dell'articolo 182 *quater* 1. fall³⁵⁰. Ad ogni modo anch'essi, in qualsiasi forma effettuati, beneficiano della prededuzione. Inoltre, il legislatore stabilisce, anche con riferimento a questi finanziamenti, che essi non godono della prededuzione in caso di successiva liquidazione giudiziale quando il piano di concordato preventivo o dell'accordo di ristrutturazione dei debiti risulta, sulla base di una valutazione da riferirsi al momento del deposito (si tratta, dunque, di una valutazione *ex ante*³⁵¹), basato su dati falsi o sull'omissione di informazioni rilevanti o il debitore ha compiuto atti in frode ai creditori e il curatore dimostra che i soggetti che hanno erogato i finanziamenti, alla data dell'erogazione, conoscevano tali circostanze.

A chiudere il trittico costruito dal legislatore del Codice in tema di finanziamenti attinenti al concordato preventivo e agli accordi di ristrutturazione vi è l'articolo 102, rubricato "Finanziamenti prededucibili dei soci", il quale prevede che in deroga agli articoli 2467 e 2497 *quinquies* c.c., il beneficio della prededuzione previsto dagli articoli 99 e 101 appena esaminati si applichi ai finanziamenti erogati dai soci in qualsiasi forma, inclusa l'emissione di garanzie e controgaranzie, fino all'ottanta per cento del loro ammontare. La disposizione prosegue con un comma 2, che stabilisce che lo stesso beneficio opera per l'intero ammontare dei finanziamenti qualora il finanziatore abbia acquisito la qualità di socio in esecuzione del concordato preventivo o degli accordi di ristrutturazione dei debiti.

Il legislatore ha deciso di rendere autonoma la norma che disciplina dei finanziamenti dei soci, attualmente contenuta all'interno dell'articolo 182 *quater*, comma 3 1. fall.³⁵², anche se nella sostanza nulla è cambiato: si tratta di una parziale (in quanto non copre l'intero ammontare del credito) deroga alle disposizioni del codice civile in tema di postergazione, in quanto il legislatore ha deciso (e ha riconfermato con il Codice) di accordare il beneficio della prededuzione, in misura pari all'ottanta per cento del credito, ai soci che decidano di finanziare la società per favorire l'apporto di nuova finanza finalizzato alla ristrutturazione e, in misura pari al

³⁵⁰ Per una compiuta analisi di tale disposizione si veda il paragrafo 4 del capitolo I di questo elaborato.

³⁵¹ Cfr. la *Relazione illustrativa del CCII*, 10 gennaio 2019, *sub* art. 101.

³⁵² Cfr. anche in questo caso il paragrafo 4 del capitolo I.

cento per cento, ai finanziatori che abbiano acquisito la qualità di socio in esecuzione di un concordato preventivo o di un accordo di ristrutturazione dei debiti, con l'evidente scopo di «incentivare l'ingresso nella compagine sociale di investitori interessati a sostenere il processo di risanamento»³⁵³. Questa, come anche le disposizioni precedenti, costituisce il più chiaro esempio del tentativo del legislatore (peraltro già vivo prima della formulazione del Codice) di incentivare l'emissione di finanziamenti nei confronti dell'impresa in crisi, per poterla risanare prima di dover giungere alla liquidazione giudiziale, in piena coerenza con gli obiettivi e l'impianto del CCII.

Se è vero che il legislatore del Codice ha cercato qua e là di inserire elementi che possano arginare la prededuzione, ci si può chiedere perché non abbia sfruttato il fatto che in tale norma è già presente un importo in percentuale da soddisfare in prededuzione, provvedendo a ridurlo, dato che in altre occasioni³⁵⁴ ha arbitrariamente inserito una percentuale (prima assente) limitante il beneficio della prededuzione. Appare chiaro che il legislatore ha ritenuto, soppesando gli interessi in gioco, che lo strumento del finanziamento dei soci sia di importanza vitale per il buon andamento della procedura, ma ciò rende forse ancora più discutibile la scelta, si ribadisce arbitraria, di porre un limite ai crediti professionali sorti “in funzione della domanda di omologazione degli accordi di ristrutturazione dei debiti e per la richiesta delle misure protettive” e ai crediti professionali “sorti in funzione della presentazione della domanda di concordato preventivo nonché del deposito della relativa proposta e del piano che la correda”.

Prima di procedere con l'analisi della prededuzione nell'ambito della liquidazione giudiziale si precisa, come già si è accennato in apertura del capitolo, che il tema dei finanziamenti erogati prima dell'avvio o durante la procedura di concordato preventivo o degli accordi di ristrutturazione assume rilevanza ai fini della presente indagine nel momento in cui la procedura, non andata a buon fine, sfoci nella

³⁵³ Così si legge nella *Relazione illustrativa del CCII*, 10 gennaio 2019, *sub* art. 102.

³⁵⁴ Si veda l'art. 6 CCII e si rimanda a p. 118 di questo scritto.

liquidazione giudiziale. E ciò sembra essere chiaro al legislatore che, in un capo altro rispetto a quello che regola la liquidazione giudiziale, pare disciplinare il fenomeno della prededuzione nell'ottica proprio dell'apertura della liquidazione, tanto che negli articoli 99 e 101 ha previsto ipotesi di non riconoscimento della prededuzione in caso di successiva liquidazione giudiziale.

Infatti, se il concordato preventivo o gli accordi di ristrutturazione avessero esito positivo, non si porrebbe neanche il problema della prededuzione, perché tutti i debiti, o tramite la continuazione dell'esercizio dell'impresa o tramite un processo di liquidazione del patrimonio, sarebbero ripagati da parte dell'imprenditore che nel primo caso, tornato *in bonis*, potrebbe riprendere la normale attività imprenditoriale.

Il problema della prededuzione sorge, invece, nel caso opposto, in cui ad esempio la continuazione dell'attività d'impresa non abbia portato ad un risanamento della stessa bensì ad un aggravarsi della condizione debitoria, non lasciando altra possibilità che l'apertura della liquidazione giudiziale, la quale si caricherà di tutti i debiti derivanti dalla precedente procedura. Ecco perché, e ancora una volta lo si ribadisce, nel parlare di prededuzione nella liquidazione giudiziale non si può prescindere dall'analisi della prededuzione nelle "procedure altre".

A chiusura del paragrafo, si vuole mettere in luce un'altra questione che non ha trovato una risposta definitiva da parte del legislatore, anche se questa, a parere di chi scrive, sarebbe stata auspicabile. Si tratta del dibattito, mai del tutto sopito in giurisprudenza e dottrina, sulla natura degli accordi di ristrutturazione, se cioè essi debbano essere considerati una procedura concorsuale a tutti gli effetti o se invece siano un istituto di tipo contrattuale³⁵⁵. Non è chiara la posizione che il legislatore ha voluto assumere in riferimento a questa questione in quanto, da un lato, colloca gli accordi di ristrutturazione dei debiti nella sezione II, rubricata "Strumenti negoziali stragiudiziali soggetti ad omologazione", del titolo IV ("Strumenti di regolazione della crisi"), in un ambito quindi estraneo a quello delle procedure, ma dall'altro, nel disciplinare il concordato preventivo, sulla cui natura procedurale non si discute, ha

³⁵⁵ Per un maggior approfondimento si rinvia al paragrafo 6 del capitolo II di questo scritto (p. 66).

inserito gli articoli 99, 101, 102 i quali trattano il tema dei finanziamenti erogati nell'ambito di un concordato preventivo o di accordi di ristrutturazione, portando quindi l'interprete ad assimilare i due istituti, con il conseguente assorbimento degli accordi di ristrutturazione nella categoria delle procedure concorsuali. Probabilmente la disciplina di tali articoli coinvolge anche gli accordi di ristrutturazione perché il legislatore si è sostanzialmente limitato a riprodurre il contenuto degli articoli 182 *quater* e 182 *quinquies* l. fall., senza porsi problemi di sorta. Oppure il legislatore ha consapevolmente scelto di rimanere in una sorta di limbo e non esprimersi sulla natura degli accordi di ristrutturazione. Fatto sta che questo Codice, vista la sua vocazione per una riforma organica del sistema concorsuale italiano, avrebbe potuto essere la sede adatta per dare una risposta definitiva alla questione, per la quale, invece, dovremo attendere ancora³⁵⁶.

3. La liquidazione giudiziale.

La liquidazione giudiziale è disciplinata nel titolo V del CCII, dopo il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione. Tale collocazione riflette l'impianto mentale del legislatore del Codice, il quale vede la liquidazione giudiziale come *ultima ratio*, da mettere in moto (ove ovviamente ne ricorrano i presupposti) dopo il tentativo, non riuscito, di risanare l'impresa attraverso gli strumenti alternativi a disposizione del debitore.

La procedura di liquidazione giudiziale è rimasta fondamentalmente uguale alla disciplina del fallimento per come oggi funzionante³⁵⁷.

Infatti, dal punto di vista del contenuto, le norme che si occupano della liquidazione giudiziale sono sostanzialmente una riproposizione, con un progressivo numerico arricchito di circa un centinaio di numeri, delle disposizioni attualmente in vigore nella legge fallimentare. Una differenza (ancorché solo di natura lessicale),

³⁵⁶ Su questo tema si richiama il paragrafo 6 del capitolo II del presente lavoro.

³⁵⁷ Questa è una considerazione di carattere generale; si è consapevoli che qualche modifica, seppur marginale, è stata apportata ma non è questa la sede adatta ad una trattazione in tal senso volendosi, ora, indagare unicamente le questioni attinenti alla prededuzione nel nuovo Codice.

però, salta immediatamente all'occhio del lettore, anche il più inesperto: come già accennato in apertura del capitolo, non si parla più di “fallimento”, “procedura fallimentare” e “fallito” ma di “liquidazione giudiziale”, “procedura di liquidazione giudiziale” e “debitore assoggettato a liquidazione giudiziale”, come esplicitamente affermato in una delle disposizioni³⁵⁸ del titolo X (“Disposizioni per l’attuazione del codice della crisi e dell’insolvenza, norme di coordinamento e disciplina transitoria”) del CCII, su chiara indicazione della legge delega 155/2017 (articolo 2, comma 1, lett. a).

Un altro elemento di differenziazione è dato dal fatto che nel Codice manca la sezione che nella legge fallimentare è dedicata al procedimento per la dichiarazione di fallimento, avendo la riforma del sistema concorsuale italiano optato per una unificazione della procedura di accesso alle procedure concorsuali (ivi compresa la liquidazione giudiziale).

La prima disposizione all'interno della disciplina della liquidazione giudiziale in cui compare l'istituto della prededuzione è l'articolo 151, il quale sancisce il cosiddetto concorso formale dei creditori in maniera del tutto analoga alla legge fallimentare: la liquidazione giudiziale apre il concorso dei creditori sul patrimonio del debitore; di conseguenza ogni credito, anche se munito di diritto di prelazione o prededucibile, nonché ogni diritto reale o personale, mobiliare o immobiliare, deve essere accertato secondo le regole dell'accertamento del passivo. La disposizione conferma, dunque, uno dei principi cardine di questa procedura, sancito nella legislazione vigente dall'articolo 52 l. fall., e cioè il principio per cui tutte le pretese di carattere patrimoniale, inclusi i crediti prededucibili, devono essere accertati previa presentazione di domanda di ammissione al passivo.

Una novità rispetto alla legge fallimentare si rinviene in un comma dell'articolo 172 CCII riguardante la disciplina dei rapporti pendenti, situata nella sezione V (“Effetti della liquidazione giudiziale sui rapporti giuridici pendenti”). Tale disciplina, infatti, pur ponendosi in una linea di continuità con l'articolo 72 l. fall., prevede *ex*

³⁵⁸ Si tratta dell'art. 349 CCII.

novo che «in caso di prosecuzione del contratto, sono prededucibili soltanto i crediti maturati nel corso della procedura»³⁵⁹. Manca, infatti, nell'articolo 72 l. fall. una qualsiasi indicazione in tema di prededuzione ora inserita all'interno del Codice «in ossequio alla prescrizione del legislatore delegante di limitare le ipotesi di prededuzione, al fine di salvaguardare il più possibile le aspettative di soddisfacimento dei creditori»³⁶⁰.

Anche in questo caso, dunque, il legislatore ha ridotto la portata della prededuzione, circoscrivendo il momento temporale entro cui i crediti devono maturare per poter accedere a tale beneficio.

Scorrendo le altre disposizioni contenute nella sezione V, riguardanti alcune tipologie di contratti specificamente individuati dal legislatore, si riscontra (sempre in tema di prededuzione) che il legislatore ha mantenuto il carattere prededucibile del credito del mandatario per l'attività compiuta dopo l'apertura della procedura nel caso in cui il curatore della liquidazione giudiziale del patrimonio del mandante subentri nel contratto³⁶¹ ma non ha fatto lo stesso nei casi di indennizzo dovuti alla controparte dal curatore che receda dal contratto di affitto di azienda³⁶² o dal contratto di locazione di immobili³⁶³. In questi due casi la prededuzione prevista dall'attuale legge fallimentare scompare, con esplicita indicazione che l'indennizzo, in questi casi, è insinuato al passivo come credito concorsuale e quindi non in prededuzione.

In rapporto di discontinuità con la legislazione vigente è anche l'articolo 187 CCII il quale, in tema di contratto di assicurazione, stabilisce che se il curatore comunica di voler subentrare nel contratto, il credito dell'assicuratore è soddisfatto in prededuzione per i premi scaduti dopo l'apertura della liquidazione giudiziale (comma 2). Anche in questo caso il legislatore ha voluto circoscrivere la portata applicativa del regime della prededuzione, garantendolo per i soli premi scaduti “dopo l'apertura

³⁵⁹ Art. 172, comma 3, CCII.

³⁶⁰ Così la *Relazione illustrativa del CCII*, 10 gennaio 2019, *sub* art. 172.

³⁶¹ Art. 183, comma 3, CCII, che corrisponde all'art. 78 l. fall.

³⁶² Art. 184 CCII, corrispondente all'art. 79 l. fall.

³⁶³ Art. 185 CCII, corrispondente all'art. 80 l. fall.

della liquidazione giudiziale”. Tale dettato normativo si pone in rapporto di discontinuità con la disciplina vigente in tema di contratto di assicurazione, la quale prevede che se il contratto continua, il credito dell’assicuratore per i premi non pagati deve essere soddisfatto integralmente, anche se la scadenza del premio è anteriore alla dichiarazione di fallimento³⁶⁴.

Per completezza, più che per effettiva incidenza del rilievo (in quanto nulla muta nel passaggio dalla legge fallimentare al Codice), si citano due disposizioni contenute all’interno del capo III riguardante l’accertamento del passivo.

Nel primo comma dell’articolo 209 CCII sulla previsione di insufficiente realizzo è fatta salva la necessità di soddisfare i crediti prededucibili e le spese di procedura nel caso in cui il tribunale, su istanza del curatore cui è unita una relazione sulle prospettive della liquidazione e il parere del comitato dei creditori, una volta sentito il debitore, disponga di non effettuare il procedimento di accertamento del passivo con riferimento ai crediti concorsuali, se risulta che non può essere acquisito attivo da distribuire ad alcuno dei creditori che hanno chiesto l’ammissione al passivo³⁶⁵.

La prededuzione è altresì fatta salva nel caso, disciplinato dall’articolo 210 CCII in tema di procedimenti relativi a domande di rivendica e restituzione, in cui il curatore perda il possesso della cosa dopo averla acquisita (comma 1). In questa ipotesi, così come previsto dalla legge fallimentare³⁶⁶, il titolare del diritto può chiedere che il controvalore del bene sia corrisposto in prededuzione.

Con riferimento al capo IV sull’esercizio dell’impresa e liquidazione dell’attivo si cita unicamente l’articolo 212, comma 3³⁶⁷, in cui è mantenuto il carattere prededucibile nell’indennizzo dovuto all’affittuario nel caso in cui il curatore decida di recedere dal contratto di affitto di azienda. Si precisa che con questo contratto si fa riferimento al caso in cui, in corso di liquidazione giudiziale, il curatore si sia reso *ab origine* parte del contratto, nel senso che è su sua iniziativa, previo parere favorevole

³⁶⁴ Art. 82, comma 2, l. fall.

³⁶⁵ Tale disposizione ricalca in tutti i suoi punti l’art. 102 l. fall.

³⁶⁶ Art. 103, comma 1, l. fall.

³⁶⁷ Esso è l’equivalente dell’art. 104 *bis*, comma 3, l. fall.

del comitato dei creditori e autorizzazione del giudice delegato, che il contratto di affitto di azienda a terzi viene concluso, con la finalità di rendere più proficua la vendita dell'azienda o di parti della stessa. Si tratta di uno dei più chiari esempi di obbligazione contratta dal curatore in favore della massa creditoria, che dunque gode del beneficio della prededuzione.

Si precisa che questa situazione va tenuta distinta dalla previsione dell'articolo 184 CCII di cui sopra il quale, collocandosi nell'ambito dei rapporti pendenti, disciplina un particolare tipo di contratto (il contratto di affitto di azienda, appunto) già esistente prima dell'apertura della liquidazione giudiziale e nel quale il curatore può scegliere di subentrare. In altre parole, si tratta in questo caso di un contratto in cui originariamente la parte impegnata era l'imprenditore ora assoggettato a procedura concorsuale.

Seguendo la sistematica del Codice, si giunge al capo V recante la disciplina della ripartizione dell'attivo. Qui sono contenute le disposizioni corrispondenti agli articoli 111 e 111 *bis* l. fall. di cui ci si è occupati nei capitoli precedenti³⁶⁸ di questo lavoro: si tratta degli articoli 221 e 222 CCII, di cui si è già trattato in precedenza³⁶⁹ e di cui si parlerà, progressivamente, di nuovo visto l'intento sistematico con cui si sta procedendo e in nome della sentenza latina per cui *repetita iuvant*.

L'articolo 221, nel dettare l'ordine di distribuzione delle somme, mantiene invariato rispetto all'articolo 111 l. fall. l'ordine di soddisfazione e il contenuto di ogni singola classe ma inserisce una nuova classe di creditori costituita dai titolari di crediti postergati (lett. *d*). Inoltre, il legislatore ha espunto dal sistema il comma 2 su cui tanto ci si è interrogati nel corso di questo lavoro, ma ancor più nel corso dei decenni in dottrina e giurisprudenza. In altre parole, manca una qualificazione dei crediti prededucibili, rimessa, dunque, in via generale all'articolo 6 del Codice che, come si è avuto modo di osservare, stabilisce che sono crediti prededucibili quelli così espressamente qualificati dalla legge e quelli subito di seguito elencati, dalla lett. *a*)

³⁶⁸ Con riferimento all'articolo 111 l. fall. si rimanda al capitolo II; per l'articolo 111 *bis* si veda il capitolo III.

³⁶⁹ Si veda all'interno del paragrafo 7 del capitolo I (p. 45).

alla lett. d). Sembra chiaro a chi scrive l'intento del legislatore, nell'ottica di contenere la portata applicativa della prededuzione, di eliminare un criterio sussidiario, di chiusura, vago e di ampia portata quale è il comma 2 dell'articolo 111 l. fall., che nel corso dei decenni ha portato dottrina e giurisprudenza a interrogarsi e scontrarsi su quali crediti possano essere considerati prededucibili e quali no. Si ha qualche dubbio, però, sul fatto che basti cancellare fisicamente dal dettato normativo quel sintagma per veder sopiti i tentativi di allargare o restringere l'ambito della prededuzione a seconda degli interessi di volta in volta in gioco.

L'articolo 222 si occupa in maniera pressoché immutata, rispetto all'articolo 111 *bis*, della disciplina dei crediti prededucibili. L'unica modifica apportata alla disposizione, a parte ovviamente i richiami testuali, consiste nell'introduzione, all'interno del comma 2, del sintagma "salvo il disposto dell'articolo 223". Si è, infatti, voluto inserire, recependo un'osservazione della Commissione Giustizia della Camera, un esplicito collegamento con l'articolo 223 ("Conti speciali"³⁷⁰) per quanto riguarda l'incidenza dei debiti prededucibili sulle singole masse³⁷¹.

Sempre nell'ambito della fase di ripartizione dell'attivo permane l'indicazione, contenuta all'interno dell'articolo che disciplina le ripartizioni parziali (articolo 227 CCII), secondo cui le somme ritenute necessarie per spese future, per soddisfare il compenso al curatore e ogni altro debito prededucibile devono essere trattenute (comma 2). Tale disposizione detta in maniera analoga all'articolo 113 l. fall. quali siano i limiti delle ripartizioni parziali e quali le categorie di crediti rispetto ai quali devono essere trattenute e depositate somme in caso di ripartizioni parziali³⁷².

Per concludere sul capo relativo alla ripartizione dell'attivo, nell'ambito del rendiconto del curatore (effettuato al termine della liquidazione dell'attivo e prima del riparto finale, nonché ogni volta in cui egli cessi dalle sue funzioni), è mantenuta ferma la necessità che il curatore comunichi immediatamente ai creditori

³⁷⁰ Equivalente all'art. 111 *ter* per il cui contenuto si rinvia al paragrafo 7 del capitolo II di questo elaborato (p. 75).

³⁷¹ Così la *Relazione illustrativa del CCII*, 10 gennaio 2019, *sub* art. 222.

³⁷² Cfr. la *Relazione illustrativa del CCII*, 10 gennaio 2019, *sub* art. 227.

prededucibili rimasti insoddisfatti, così come al debitore, ai creditori ammessi al passivo e a coloro che hanno proposto opposizione l'avvenuto deposito del conto e la fissazione dell'udienza, inviando copia del rendiconto³⁷³. Seppur non attinenti al tema della prededuzione, si coglie l'occasione per mettere in luce due elementi di diversità presenti nell'articolo in commento. Il primo riguarda il contenuto del rendiconto che il curatore deve presentare al giudice delegato. Nell'articolo 116 l. fall. si parla di "esposizione analitica delle operazioni contabili e delle attività di gestione della procedura" (il quale già costituisce un *up grade* di analiticità rispetto alla disciplina previgente che parlava genericamente di "conto di gestione"), mentre nell'articolo 231 CCII all'esposizione analitica delle operazioni contabili e dell'attività di gestione di procedura si aggiunge l'indicazione delle modalità con cui il curatore ha attuato il programma di liquidazione e il relativo esito (comma 1), rendendo di grado ancora maggiore la meticolosità con cui il curatore deve redigere il rendiconto.

Il secondo elemento innovativo riguarda il comma 3 che prevede che la comunicazione del deposito e della fissazione dell'udienza stabilita per il rendiconto avvenga nelle stesse modalità per tutti i soggetti della procedura, compreso il debitore, nel rispetto di quanto previsto dall'articolo 10 sulle comunicazioni telematiche³⁷⁴.

Infine, spostandoci all'interno del capo VI sulla cessazione della procedura di liquidazione giudiziale, rimangono invariati i casi in cui si chiude la liquidazione giudiziale (articolo 233, comma 1, CCII³⁷⁵). Quindi, l'incidenza dei crediti prededucibili in questo contesto si mantiene uguale, cioè resta possibile chiudere la procedura se sono pagati tutti i debiti e le spese da soddisfare in prededuzione (lett. b), così come se, specularmente, nel corso della procedura si accerta che la sua

³⁷³ Cfr. art. 231 CCII, corrispondente all'attuale art. 116 l. fall.

³⁷⁴ Cfr. la *Relazione illustrativa del CCII*, 10 gennaio 2019, *sub* art. 231.

³⁷⁵ Equivalente dell'articolo 118 l. fall. Si fa presente che nel prosieguo della disposizione vi sono elementi di differenza rispetto all'articolo 118 l. fall., sui quali non ci si sofferma in quanto essi esulano dall'ambito di indagine. Per un approfondimento in questo senso si rinvia alla *Relazione illustrativa del CCII*, 10 gennaio 2019, *sub* art. 233.

prosecuzione non consente di soddisfare, neppure in parte, i creditori concorsuali, né i crediti prededucibili e le spese di procedura (lett. *d*).

Una volta passate in rassegna tutte le disposizioni riguardanti la liquidazione giudiziale che toccano il tema della prededuzione, si può concludere che l'intervento riformatore del legislatore in questo campo non si sia particolarmente sentito. Viene anche qui spontaneo allora rammaricarsi per il fatto che il legislatore non abbia sfruttato l'occasione per tentare di risolvere alcune questioni dibattute che così continuano a restare aperte anche con l'entrata in vigore del nuovo Codice.

Per citarne una su tutte, in caso di insufficienza dell'attivo, l'articolo 111 *bis* 1. fall. (e così anche il nuovo articolo 222 CCII) prevede, nell'ultimo comma, che la distribuzione debba avvenire secondo i criteri della graduazione e della proporzionalità, conformemente all'ordine assegnato dalla legge. Dottrina e giurisprudenza sostengono che, nel graduare i crediti prededucibili, su un piedistallo ancora più alto debbano essere posti il compenso del curatore e le spese anticipate dall'Erario, considerati crediti "superprededucibili"³⁷⁶. Manca, però, un riferimento legislativo che cementifichi definitivamente l'orientamento che forse sarebbe stato opportuno inserire sfruttando l'occasione del Codice.

4. Disposizioni relative ai gruppi di imprese.

Di assoluta novità è il contenuto del titolo VI del Codice, che racchiude le disposizioni relative ai gruppi di imprese, rispondendo così all'esigenza, particolarmente avvertita, di un intervento legislativo per i casi in cui la crisi o l'insolvenza riguardi un gruppo di imprese. Per lungo tempo la tradizionale difficoltà di conciliare l'autonomia giuridica delle singole società appartenenti al gruppo con la (almeno in linea di massima) unitarietà del fenomeno imprenditoriale cui esse danno vita si è riflessa anche nelle procedure concorsuali, soprattutto in quelle che mirano a raggiungere soluzioni negoziate della crisi, le quali nella maggior parte dei casi

³⁷⁶ Si rimanda, per una esposizione più analitica, al paragrafo 2 del capitolo III di questo scritto (p. 99).

necessitano di un approccio unitario che mal si accorda con la separatezza formale delle singole procedure a cui ogni società del gruppo è assoggettata³⁷⁷.

Infatti prima del CCII era assente, nella legge fallimentare, una disciplina specifica per il caso in cui fossero in stato di crisi o insolvenza più imprese appartenenti al medesimo gruppo. A tale assenza aveva finora in parte sopperito la normativa relativa all'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi³⁷⁸. Solo nel d. l. 347/2003 era stata inserita un'espressa previsione di concordato riferito a più società del gruppo unitariamente considerate, pur mantenendo l'autonomia delle masse attive e passive di ciascuna società. Ma, escluse queste disposizioni di legge speciale, il legislatore concorsuale era fino a questo momento rimasto silente³⁷⁹.

Ora, invece, vi sono circa una decina di disposizioni (articoli 284-292) che si occupano di tale ipotesi, dettando le regole di svolgimento del concordato di gruppo (capo I) e della liquidazione giudiziale di gruppo (capo II), le indicazioni sul contenuto della domanda di accesso e gli obblighi di informazione e collaborazione (capo III) nonché tre "Norme comuni" (capo IV).

Ai fini della presente indagine è di un qualche interesse l'articolo 292, rubricato "Postergazione del rimborso dei crediti da finanziamenti infragruppo", la cui disposizione ha un preciso referente nella legge delega (articolo 3, comma 1, lett. f). Con l'articolo 292 il legislatore prevede che i crediti che la società o l'ente o la persona fisica esercente l'attività di direzione e o coordinamento vanta (anche a seguito di escussione di garanzie) nei confronti delle imprese sottoposte a direzione o coordinamento, o che queste ultime vantano nei confronti dei primi per il tramite di rapporti di finanziamento contratti dopo il deposito della domanda che ha determinato

³⁷⁷ In questi termini R. Rordolf, *Prime osservazioni sul codice della crisi e dell'insolvenza*, in *i Contratti*, 2, 2019, 135.

³⁷⁸ Rilievo effettuato da R. Rordolf, *Prime osservazioni sul codice della crisi e dell'insolvenza*, cit., 135.

³⁷⁹ Cfr. R. Rordolf, *Prime osservazioni sul codice della crisi e dell'insolvenza*, cit., 135, a cui si rinvia anche per maggiori spunti sull'opportunità di alcuni interventi messi a punto dal legislatore del Codice in tema di disciplina dello stato di crisi o insolvenza dei gruppi di imprese.

l'apertura della liquidazione giudiziale o nell'anno anteriore, sono postergati rispetto al soddisfacimento degli altri creditori. Il primo comma termina aggiungendo che se tali crediti sono stati rimborsati nell'anno anteriore alla domanda che ha dato luogo all'apertura della liquidazione giudiziale si applica l'articolo 164³⁸⁰, che determina l'inefficacia dell'atto rispetto ai creditori.

La regola generale posta dal legislatore è, dunque, quella della postergazione di tali crediti, con la conseguenza dell'inefficacia del rimborso se questo è stato effettuato nell'anno anteriore alla domanda che ha dato il via alla liquidazione giudiziale.

Il legislatore, però, aggiunge un secondo comma che costituisce una deroga al primo, in quanto afferma che la disposizione di cui al primo comma non si applica ai finanziamenti previsti dall'articolo 102.

Tale articolo, riguardante i finanziamenti prededucibili dei soci, accorda il beneficio della prededuzione dell'ottanta per cento per i soci che hanno erogato il finanziamento, e del cento per cento per chi ha effettuato il finanziamento e ha acquistato la qualità di socio in esecuzione della procedura.

Questo comporta che nel caso in cui a finanziare la società (o ente o persona fisica) esercente l'attività di direzione o coordinamento o le imprese sottoposte a direzione e coordinamento sia un socio, il credito che ne deriva andrà soddisfatto in prededuzione, pari all'ottanta o al cento per cento, secondo il momento in cui il soggetto ha acquisito la qualità di socio.

³⁸⁰ Art. 164. Pagamenti di crediti non scaduti e postergati:

1. Sono privi di effetto rispetto ai creditori i pagamenti di crediti che scadono nel giorno della dichiarazione di apertura della liquidazione giudiziale o posteriormente, se sono stati eseguiti dal debitore dopo il deposito della domanda cui è seguita l'apertura della procedura concorsuale o nei due anni anteriori.

2. Sono privi di effetto rispetto ai creditori i rimborsi dei finanziamenti dei soci a favore della società se sono stati eseguiti dal debitore dopo il deposito della domanda cui è seguita l'apertura della procedura concorsuale o nell'anno anteriore. Si applica l'articolo 2467, secondo comma, codice civile.

3. La disposizione di cui al comma 2 si applica anche al rimborso dei finanziamenti effettuati a favore della società assoggettata alla liquidazione giudiziale da chi esercita attività di direzione e coordinamento nei suoi confronti o da altri soggetti ad essa sottoposti.

In altre parole, all'atto di soddisfare i creditori che hanno effettuato finanziamenti alle imprese sottoposte a procedura di liquidazione giudiziale, il curatore procederà a liquidare in primissima battuta, grazie al beneficio della prededuzione, l'importo corrispondente al finanziamento effettuato dal socio e solo dopo aver soddisfatto i creditori concorsuali, se vi sarà ancora attivo disponibile, procederà al rimborso dei finanziatori di cui all'articolo 292, comma 1, CCII.

CONCLUSIONI

Terminata la trattazione dell'istituto della prededuzione nel fallimento e nella liquidazione giudiziale, acquisiti un maggior grado di conoscenze sul tema e una visione di insieme, è questa la sede per tirare le fila e giungere a delle considerazioni conclusive. Data la complessità, la vastità del fenomeno della prededuzione e viste le numerose implicazioni che essa ha nel sistema delle procedure concorsuali, più che giungere a delle conclusioni si vuole fornire al lettore qualche spunto di riflessione alla luce del lavoro compiuto.

È indubbio che la prededuzione, dal 1942 ad oggi, ha subito una profonda metamorfosi, riscontrabile nella sempre maggior espansione ed incidenza dell'istituto all'interno del panorama della concorsualità. La prededuzione nel vero senso della parola, cioè operazione contabile consistente in una detrazione preventiva, è riscontrabile con riferimento alla disciplina contenuta nella legge fallimentare del 1942, la quale, nell'ambito dell'ordine di distribuzione delle somme, stabilisce che le somme ricavate dalla liquidazione dell'attivo, prima di essere distribuite ai creditori, devono essere erogate per il pagamento delle spese e dei debiti contratti per l'amministrazione del fallimento. L'istituto della prededuzione, quindi, nell'ambito della formulazione originaria della legge fallimentare, sembra venire in rilievo nel momento in cui, nello svolgimento della procedura fallimentare, si giunge alla fase di ripartizione dell'attivo, consistendo la prededuzione in quell'operazione contabile di detrazione preventiva di cui si è appena detto.

Il panorama muta con la riforma della legge fallimentare del 2006, tramite la quale fa il suo ingresso nel sistema il concetto di "crediti prededucibili". Si affianca, dunque, l'istituto della prededuzione alla nozione di credito, che possiamo definire come il lato attivo dell'obbligazione. Dal momento che l'obbligazione è la relazione in forza della quale un soggetto (debitore) è tenuto ad una determinata prestazione nei confronti di un altro soggetto (creditore) tale per cui il creditore può pretendere l'esecuzione di quella prestazione, è facilmente riscontrabile una dilazione nel tempo (più o meno ampia a seconda della struttura dell'obbligazione) della soddisfazione del diritto di

credito, dipendendo questa dall'operato di un soggetto altro da sé. Calandosi nel contesto del fallimento, poiché l'esecuzione della prestazione avviene nel momento della ripartizione dell'attivo, ben può dirsi che il diritto di credito resti "sospeso" per un determinato tempo. Passando all'attributo (in senso grammaticale) del credito, esso accorda al titolare di questo il beneficio della soddisfazione prioritaria rispetto agli altri creditori, soddisfazione che, come detto, si verificherà al momento della ripartizione dell'attivo. Si crea così uno iato temporale tra il momento della nascita del credito, l'attribuzione del beneficio della prededuzione e il momento della soddisfazione effettiva di esso.

Avendo chiaro il concetto di credito prededucibile, e alla luce dell'analisi compiuta, nel corso del lavoro, dei criteri che il legislatore ha dettato per poter considerare un credito tale, e cioè che esso sia sorto in occasione o in funzione delle procedure concorsuali di cui alla legge fallimentare, comprenderà anche il lettore che il momento temporale in cui si è data la possibilità di accordare il beneficio della prededuzione si è spostato molto indietro nel tempo. Nel 1942 si parlava di prededuzione contestualmente al fallimento e, più in particolare, nell'ambito della distribuzione delle somme ricavate dalla liquidazione dell'attivo. Con l'attuale formulazione della legge fallimentare (e lo stesso impianto è mantenuto nel Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza) di prededuzione si può parlare già nelle procedure "minori", con la conseguenza che, in caso di esito infausto di queste, il credito (prededucibile) trasli da una procedura all'altra, facendo quindi ingresso nel fallimento; è qui che il creditore prededucibile pretenderà l'esecuzione della prestazione di cui egli è titolare, in virtù del rapporto obbligatorio originatosi in precedenza.

Se si unisce questo meccanismo con la considerazione che, nel corso del tempo, è mutata la visione delle procedure concorsuali e della funzione di esse, con la conseguente predilezione per le procedure cosiddette "minori" volte al tentativo di risanare l'impresa evitandone il fallimento, si può facilmente percepire il punto di approdo.

Esso è stato un proliferare incontrollato della prededuzione nel fallimento. Questo fenomeno si è sostanzialmente verificato per due fattori. Il primo è, come detto, il tentativo di percorrere la strada delle procedure minori (una su tutte: il concordato preventivo) prima di ricorrere al fallimento. Perché tale strada del risanamento dell'impresa possa essere percorsa, ci si è resi conto che è necessario l'apporto di forze esterne, costituite *in primis* da finanziamenti tali da restituire all'impresa la "benzina" sufficiente per poter ripartire. Contestualmente si ha, altresì, compreso che è necessario inserire degli incentivi ai finanziatori, perché contrariamente sarebbe difficile ricevere finanziamenti per un'impresa in crisi. Si è deciso, quindi, di accordare il beneficio della prededuzione: il finanziatore, divenuto creditore dell'impresa, può contare sulla soddisfazione prioritaria e integrale del suo credito.

Il secondo fattore è che accade spesso che le procedure minori abbiano esito infausto, con la conseguenza che non è possibile pagare i creditori titolari di prestazioni ad essa connessa, i quali, quindi, devono trovare soddisfazione nel successivo fallimento, procedura che già da sé comporta delle spese per il suo funzionamento, da soddisfare in prededuzione.

Dunque, nell'ambito del fallimento si viene a configurare sia il fenomeno della prededuzione in sé e per sé considerata, con riferimento a tutte le spese che sorgono nell'ambito dello svolgimento della procedura fallimentare con soddisfazione pressoché immediata, a seguito del provvedimento di liquidazione del giudice e conseguente mandato di pagamento da parte del curatore, sia il fenomeno della prededuzione legato a quell'insieme di crediti prededucibili sorti nell'ambito di una procedura altra, cui, per motivi che possono essere diversi tra loro, è stato accordato il beneficio della prededuzione, e che nell'ambito del fallimento richiedono il soddisfacimento.

Tale pretesa di soddisfacimento deve passare, secondo quanto disposto dal legislatore della riforma del 2006, attraverso le regole del concorso formale dei creditori. In altre parole, anche i creditori prededucibili devono, al pari degli altri creditori, presentare al curatore domanda di insinuazione al passivo, con la

conseguenza che potranno accedere alla fase di soddisfazione solamente i crediti prededucibili con accertamento positivo.

Conseguenza diretta e immediata di tale previsione è stata l'esigenza di dettare una disciplina specifica per i crediti prededucibili, racchiusa nell'articolo 111 *bis*, che dispone da una parte le modalità di accertamento e i casi in cui è possibile prescindere da esso, e dall'altra le modalità di soddisfazione di tali crediti.

Non si può non riscontrare un progressivo allontanamento dal meccanismo della prededuzione per come concepito *ab origine*, se si pensa, oltretutto, che non è neanche più vero che un credito munito del beneficio della prededuzione venga prima di qualsiasi altro credito, data la previsione contenuta nell'articolo 111 *bis* secondo la quale i crediti garantiti da pegno ed ipoteca hanno priorità di soddisfazione sul ricavato della liquidazione del patrimonio mobiliare e immobiliare per la parte su cui essi hanno la garanzia. Inoltre, data la mole spesso consistente dei crediti prededucibili, non è neanche più vero che i titolari di tali crediti trovino integralmente soddisfazione.

E da tale ultima affermazione sorge spontanea una domanda: e i creditori concorsuali? Che fine fanno, nell'attuale sistema della concorsualità italiana, quei soggetti per cui, teoricamente (e, oggi giorno, è così purtroppo) la procedura di fallimento è stata aperta?

Il rischio di essere sfociati nel patologico è davanti agli occhi di tutti. Però, si dà atto che il percorso che ha portato all'odierno sistema è guidato da nobili e condivisi intenti: cercare di recuperare le imprese in crisi tramite un risanamento delle stesse, effettuato per mezzo di sistemi alternativi al fallimento.

Ad avviso di chi scrive, però, non si può fare i conti senza l'oste. In altre parole, nel momento in cui si crea (o si riforma) la disciplina delle procedure concorsuali "minori", non si può non volgere lo sguardo agli effetti che da esse si possono trasportare al fallimento.

Un'analisi di questo tipo sembra essere stata effettuata dal legislatore del Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza, il quale ha preso atto della necessità di contenere le ipotesi di prededuzione.

Non convincono, però, le modalità adottate per il raggiungimento dello scopo. Preso atto dell'impossibilità di modificare il sistema, oltretutto se si pensa che tale Codice incarna l'ideale del ricorso a procedure alternative al fallimento, tanto che vengono inseriti ulteriori strumenti, volti a rilevare lo stato di allerta, antecedente allo stato di crisi di cui si occupano le procedure "minori", il legislatore del Codice si è limitato ad inserire, arbitrariamente, dei limiti (talvolta di tipo quantitativo, talaltra di tipo qualitativo) al riconoscimento del beneficio della prededuzione. A chi scrive pare che il legislatore abbia stabilito il suo sistema di priorità e abbia di conseguenza posto sull'altare sacrificale una serie di ipotesi di prededuzione a cui, a suo avviso, poteva essere posto un limite (si pensi, una per tutte al compenso dei professionisti).

Più che un intervento limitativo, che in quanto tale tocca un'ipotesi di credito in sé considerata prededucibile dal legislatore stesso, sarebbe stato meglio prevedere casi di prededuzione e casi di assenza di prededuzione (ad essere precisi in qualche caso, davvero marginale, il legislatore ha operato in questo senso), perché il limite rischia di porsi come intervento arbitrario, privo di base giuridica.

Forse, però, la decisione di accordare o non la prededuzione non si presta ad un intervento scritto nero su bianco dal legislatore, quanto più ad una analisi da vicino della fattispecie concreta che effettui un contemperamento degli interessi in gioco al fine di giungere ad un quanto più equo bilanciamento di essi. Spesso, infatti, interventi *tranchant* del legislatore si sono rivelati immotivati e dannosi del contesto che si era proposto di migliorare.

BIBLIOGRAFIA

Agostinelli M., *Sub art. 111*, in P. Pajardi, *Codice del fallimento*, VII Edizione, Milano, Giuffrè Editore, 2013

Agostinelli M., *Sub art. 111 bis*, in P. Pajardi, *Codice del fallimento*, VII Edizione, Milano, Giuffrè Editore, 2013

Agostinelli M., *Sub art. 111 ter*, in P. Pajardi, *Codice del fallimento*, VII Edizione, Milano, Giuffrè Editore, 2013

Alessi G., *I debiti di massa nelle procedure concorsuali*, Milano, Giuffrè Editore, 1987

Ambrosini S., *Appunti «flash» sull'art. 182 quater della legge fallimentare*, in *ilcaso.it*

Ambrosini S., *I “Principi generali” nel codice della crisi d'impresa*, in *ilcaso.it*

Ambrosini S., *La “falsa partenza” del codice della crisi, le novità del decreto liquidità e il tema dell'insolvenza incolpevole*, in *ilcaso.it*

Ambrosini S., *Profili civili e penali delle soluzioni negoziate nella L. n. 122/2010*, in *Fall.*, 6, 2011, 641

Ambrosini S., *Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Trattato di diritto commerciale*, dir. da G. Cottino, volume XI.1, Padova, Cedam, 2008

Ambrosini S., *La ripartizione dell'attivo*, in S. Ambrosini, G. Cavalli, A. Jorio, *Il fallimento*, in *Trattato di diritto commerciale*, dir. da G. Cottino, volume XI, Padova, Cedam, 2009

Ambrosini S., *Accordi di ristrutturazione dei debiti e finanziamenti alle imprese in crisi. Dalla “miniriforma” del 2005 alla l. 7 agosto 2012, n. 134*, Bologna, Zanichelli Editore, 2012

Apice U., *Prededucibilità dei crediti sorti in pendenza di amministrazione controllata nel fallimento consecutivo*, in *Fall.*, 6, 1986, 650

Arato M., *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti tra la giurisprudenza della Cassazione e il Codice della crisi e dell'insolvenza*, in *Crisi d'Impresa e Insolvenza*, 2018, *ilcaso.it*

Autelitano F., *Concordato preventivo inammissibile o rinunciato e prededuzione dei crediti professionali*, in *dirittobancario.it*

Azzolina U., *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, II, Torino, Unione tipografico-editrice torinese, 1961

Bassi A., *La illusione della prededuzione*, in *Giur. comm.*, 2011, I, 342

Brizzi F., *Le fattispecie dei crediti prededucibili da finanziamento nel concordato preventivo e negli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Dir. Fall.*, 2013, I, 803

Boggio L., *Crediti sorti «in funzione» del concordato preventivo: prededuzione ... ma non troppo*, in *Fall.*, 12, 2009, 1415

Boggio L., *Concordato preventivo, accordi di ristrutturazione e prededuzione: crediti professionali e oltre*, in *Giur. it.*, 2013, 1822

Bonfatti S., *Procedure concorsuali minori e prededuzione*, in *Giur. comm.*, 1986, I, 857

Bonfatti S., *Le procedure di composizione negoziale della crisi d'impresa: opportunità e responsabilità*, relazione al Convegno Nazionale di Reggio Emilia dell'8 ottobre 2010 su "Il sostegno finanziario dell'impresa nelle procedure di composizione negoziale delle crisi" in *ilcaso.it*

Bonfatti S., Censoni P. F., *Manuale di diritto fallimentare*, Padova, Cedam, 2009

Bozza G., *Conflitti tra cause di prelazione*, in *Contr. e impr.*, 1996, II, 679

Bozza G., *La ripartizione delle spese generali nel fallimento*, in *Fall.*, 6, 2000, 626

- Bozza G., *La ripartizione dell'attivo*, in *Il nuovo diritto fallimentare*. Commentario sistematico diretto da A. Jorio e M. Fabiani, Bologna, Zanichelli Editore, 2010
- Bozza G., Schiavon G., *L'accertamento dei crediti nel fallimento e le cause di prelazione*, Milano, Giuffrè Editore, 1992
- Cagnasso O., Panzani L. (diretto da), *Crisi d'impresa e procedure concorsuali*, Tomo secondo, Assago, UTET giuridica, 2016
- Calò D., Virgintino E., *I crediti prededucibili*, in A. Caiafa, *Le procedure concorsuali*, Tomo II, Padova, Cedam, 2011
- Caramazza G., *Natura e funzioni del riparto finale e tutela dei creditori*, in *Fall.*, 8, 1988, 752
- Castiello D'Antonio A., *I nuovi incentivi per le procedure di composizione negoziale delle crisi: profili civilistici*, in *La ristrutturazione dei debiti civili e commerciali*, a cura di S. Bonfatti e G. Falcone, Milano, Giuffrè Editore, 2011
- Cavalaglio A., *Le dichiarazioni tardive di crediti*, in *Dir. Fall.*, 2009, I, 303
- Cavalaglio A., *I crediti prededucibili nelle procedure concorsuali*, in *Dir. Fall.*, 2010, I, 449
- Celentano P., *Accertamenti del passivo e ripartizioni dell'attivo*, in *Fall.*, 9, 2011, 1128
- Ciervo G., *Prededucibilità dei crediti sorti «in funzione» della procedura concorsuale*, in *Giur. comm.*, 2013, II, 773
- Consiglio nazionale Dottori Commercialisti ed Esperti Contabili, *La prededucibilità nel fallimento dei crediti professionali sorti in occasione o in funzione delle procedure concorsuali di cui alla legge fallimentare*, 2010, in *commercialisti.it*
- Coppola A., *Art. 111*, in A. Maffei Alberti, *Commentario breve alla legge fallimentare*, Sesta edizione, Padova, Cedam, 2013
- Coppola A., *Art. 111 bis*, in A. Maffei Alberti, *Commentario breve alla legge fallimentare*, Sesta edizione, Padova, Cedam, 2013

- Coppola A., *Sub art. 111-bis*, in *La legge fallimentare dopo la riforma*, a cura di A. Nigro, M. Sandulli, V. Santoro, tomo II, Torino, Giappichelli Editore, 2010
- Coppola A., *Art. 111 ter*, in A. Maffei Alberti, *Commentario breve alla legge fallimentare*, Sesta edizione, Padova, Cedam, 2013
- Costa C., *Esenzione dall'azione revocatoria e prededuzione nelle procedure stragiudiziali di risanamento delle imprese*, in *Dir. Fall.*, 2010, I, 531
- D'Amora R., *La prededuzione nell'anno di grazia 2013*, in *Osservatorio OCI*
- D'Amora R., *Prededuzione e par condicio: riflessione sulle disuguaglianze funzionali*, in G. Minutoli, *Crisi di impresa ed economia criminale*, Assago (MI), IPSOA, 2011
- D'Amora R., *La prededuzione fra presente e futuro*, in *Osservatorio OCI*
- D'Orazio L., *Sub artt. 92-97*, in *Commentario alla legge fallimentare*, dir. da C. Cavallini, I, Milano, Egea, 2010
- D'Orazio L., *Nuovi orizzonti della prededuzione del professionista nel concordato preventivo*, in *Giur. mer.*, 5, 2011, 1304
- Della Chà A., Marinoni R., *La ripartizione del ricavato nel fallimento dopo la riforma*, in *Giur. comm.*, 2008, I, 656
- Del Vecchio F., *Le spese e gli interessi nel fallimento*, Milano, Giuffrè Editore, 1988
- De Matteis S., *Sub art. 111 bis*, in G. Lo Cascio, *Codice commentato del fallimento*, IV Edizione, Milano, Wolters Kluwer, 2017
- Didone A., *Il controllo giudiziale sulla nuova prededuzione del finanziamento dei soci "postergabile"*, in *Le Società*, 9, 2011, 1085
- Didone A., *Concordato preventivo diniego di prededuzione e rimedi*, in *Fall.*, 7, 2012, 825
- Didone A., *La prededuzione dopo la L. n. 134 del 2012 (prededuzione "ai sensi" e prededuzione "ai sensi e per gli effetti"?)*, *Fall.*, 8, 2013, 913

Didone A., *La prededuzione dei crediti tra nuovo art. 111 e nuovo art. 182-quater l. fall. prima e dopo la l. n. 134 del 2012*, in *Giust. civ.*, 2013, I, 63

Dimundo F., *Crediti prededucibili: categorie*, in *ilfallimentarista.it*

Dimundo F., *Crediti prededucibili*, in *ilfallimentarista.it*

Fabiani M., *Diritto fallimentare. Un profilo organico*, Bologna, Zanichelli Editore, 2011

Fabiani M., *Riflessioni precoci sull'evoluzione della disciplina della regolazione concordata della crisi d'impresa*, in *ilcaso.it*, 2012

Ferrara F., Borgioli A., *Il fallimento*, Quinta Edizione, Milano, Giuffrè Editore, 1995

Ferri C., *La ripartizione dell'attivo nel fallimento*, in *Riv. dir. proc.*, 2006, 1281

Ferro M., Filocamo F. S., *Art. 182 quater*, in AA. VV., *La legge fallimentare. Commentario teorico-pratico*, M. Ferro (a cura di), Seconda edizione, Padova, Cedam, 2011

Filocamo F. S., *L'accertamento dello stato passivo nella nuova legge fallimentare*, in *La nuova legge fallimentare "rivista e corretta"*, a cura di S. Bonfatti e G. Falcone, Milano, Giuffrè Editore, 2008

Filocamo F. S., *La prededucibilità dei crediti nel concordato preventivo e negli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Fall.*, 9, 2013, 1149

Forgillo E., *La ripartizione dell'attivo*, in *Fallimento e concordati*, a cura di P. Celentano e E. Forgillo, Torino, UTET, 2008

Frascaroli Santi E., *La ripartizione dell'attivo*, in *Diritto fallimentare*, coord. da A. Maffei Alberti, Bologna, Monduzzi Editore, 2002

Fuiano M. P., *La ripartizione dell'attivo*, in *Diritto delle procedure concorsuali*, a cura di G. Trisorio Liuzzi, Milano, Giuffrè Editore, 2013

Giorgi V., *"Misure per facilitare la gestione delle crisi aziendali" ed accordi di ristrutturazione del debito*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2013, 1201

Graziano N., Petteruti A., Vitalone V., *Crisi d'impresa e procedure concorsuali*, Milano, Giuffrè editore, 2017

Greggio M., *La prededucibilità del credito del professionista nel concordato preventivo*, in F. Casa, S. Rosina, *Problemi nuovi della "vecchia" legge fallimentare*, Padova, Cedam, 2018

Grossi M. R., *La riforma della legge fallimentare: commento e formule della nuova disciplina delle procedure concorsuali e dell'amministrazione straordinaria*, Milano, Giuffrè Editore, 2006

Guglielmucci L., *Diritto fallimentare*, Torino, Giappichelli Editore, 2017

Guizzi G., *Il passivo*, in *Diritto fallimentare. Manuale breve*, Milano, Giuffrè Editore, 2008

Impagnatiello G., *L'accertamento del passivo*, in *Dir. delle procedure concorsuali*, a cura di G. Trisorio Liuzzi, Milano, Giuffrè Editore, 2013

Inzitari B., *Gli accordi di ristrutturazione ex art. 182-bis legge fallim.: natura, profili funzionali e limiti dell'opposizione degli estranei e dei terzi*, in *Dir. Fall.*, 2012, I, 13

Jorio A. (a cura di), *Fallimento e concordato fallimentare*, Diretto da O. Cagnasso, G. Cottino, Tomo II, Assago (MI), UTET, 2016

Lamanna F., *Graduazione e conflitto tra crediti prededucibili e crediti assistiti da garanzia reale*, in *Fall.*, 8, 1995, 829

Lamanna F., *La limitata ultrattività della prededuzione secondo il decreto "Destinazione Italia" nella consecutio tra il preconcordato e le altre procedure concorsuali*, in *ilfallimentarista.it*

Lamanna F., *Il nuovo procedimento di accertamento del passivo*, Milano, Ipsoa, 2006

Lamanna F., *I crediti prededucibili perché "funzionali" alle procedure concorsuali previste dall'art. 111, comma 2, l. fall.*, in *ilfallimentarista.it*

Lamanna F., *Sub artt. 51 e 52*, in *Commentario alla legge fallimentare.*, diretto da C. Cavallini, I, Milano, Egea, 2010

- Lamanna F., *Insufficienza dell'attivo fallimentare e pagamento dei crediti prededucibili*, in *ilfallimentarista.it*
- Lenoci V., *Il procedimento concorsuale liquidatorio*, in *Questione giustizia*, 2, 2019, 288
- Limardo T., *La prededuzione ed i debiti di massa*, in *Dir. Fall.*, 1977, I, 169
- Limitone G., *Art. 111 bis*, in AA. VV., *La legge fallimentare. Commentario teorico-pratico*, M. Ferro (a cura di), Seconda edizione, Padova, Cedam, 2011
- Lo Cascio G., *Sulla prededucibilità dei crediti nel fallimento*, in *Giur. comm.*, 3, 1975, I, 347
- Lo Cascio G., *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, Milano, Ipsoa, 1998
- Lo Mundo E., *Sub art. 111*, in *Codice commentato del fallimento*, dir. da G. Lo Cascio, Milano, Ipsoa, 2008
- Marinucci E., *I crediti prededucibili nel fallimento*, Padova, Cedam, 1998
- Marinucci E., *Note sulla disciplina processuale dei crediti prededucibili dopo le riforme*, in *Riv. dir. proc.*, 2012, II, 1005
- Marrollo A. C., *La ripartizione dell'attivo*, in *La riforma organica delle procedure concorsuali*, a cura di S. Bonfatti e L. Panzani, Milano, Ipsoa, 2008
- Mattei E., *Della ripartizione dell'attivo*, in *Fallimento e altre procedure concorsuali*, dir. da G. Fauceglia e L. Panzani, II, Torino, UTET, 2009
- Mazzocca D., *Gli organi: il giudice delegato, il curatore ed il comitato dei creditori*, in *Le procedure concorsuali. Il fallimento*, I, diretto da G. Ragusa Maggiore, C. Costa, Torino, UTET, 1997
- Miele C., *Art. 111*, in AA. VV., *La legge fallimentare. Commentario teorico-pratico*, M. Ferro (a cura di), Seconda edizione, Padova, Cedam, 2011
- Nardecchia G. B., *I crediti sorti in funzione o in occasione del concordato preventivo*, in *Fall.*, 1, 2014, 71

- Nardecchia G. B., *Le mobili frontiere della prededuzione*, in *Fall.*, 4, 2021, 478
- Nigro A., Vattermoli D., *Diritto della crisi delle imprese. Le procedure concorsuali*, Seconda edizione, Bologna, il Mulino, 2012
- Nigro A., Vattermoli D., *Diritto della crisi delle imprese*, Quarta edizione, Bologna, il Mulino, 2017
- Pacchi Pesucci S., *Concordato preventivo e prededuzione*, in *Giur. Comm.*, 1980, I, 575
- Pacchi S., *Sub art. 111-bis*, in *La riforma della legge fallimentare*, a cura di A. Nigro, M. Sandulli, tomo II, Torino, Giappichelli Editore, 2006
- Pajardi P., Paluchowski A., *Manuale di diritto fallimentare*, Settima edizione, Milano, Giuffrè Editore, 2008
- Panzani L., *Le nuove disposizioni sulla prededucibilità dei crediti: la disciplina dei finanziamenti*, in *ilfallimentarista.it*
- Patti A., *La prededuzione dei crediti funzionali al concordato preventivo tra art. 111 ed art. 182 quater l. fall.*, in *Fall.*, 11, 2011, 1340
- Pecoraro C., *Crediti prededucibili*, in A. Caiafa, S. Romeo (a cura di), *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, Tomo secondo, Padova, Cedam, 2014
- Perago C., *I pagamenti nel fallimento*, in C. Cecchella [et al.], *Il processo di fallimento*, Volume II, Torino, Giappichelli Editore, 2014
- Platania F., *Osservazioni a Cass., 9 gennaio 2013, n. 339*, in *Fall.*, 8, 2013, 939
- Provinciali R., *Trattato di diritto fallimentare*, III, Milano, Giuffrè Editore, 1974
- Rebecca G., Sperotti G., *Il riparto fallimentare*, Milano, Giuffrè Editore, 2008
- Ricci E. F., *Formazione del passivo fallimentare e decisione sul credito*, Milano, Giuffrè Editore, 1979
- Rordolf R., *Prime osservazioni sul codice della crisi e dell'insolvenza*, in *i Contratti*, 2, 2019, 129

Ruggiero A., *Sub artt. 111 e 111-bis*, in *Il nuovo diritto fallimentare*, Commentario diretto da A. Jorio e coordinato da M. Fabiani, tomo II, Bologna, Zanichelli Editore, 2007

Ruggiero A., *Sub art. 111 ter*, in *Il nuovo diritto fallimentare*, Commentario diretto da A. Jorio e coordinato da M. Fabiani, tomo II, Bologna, Zanichelli Editore, 2007

Silvestrini A., *La ripartizione dell'attivo dopo la riforma della legge fallimentare*, in *Fall.*, 12, 2006, 1475

Silvestrini A., *Sub art. 111*, in *La legge fallimentare dopo la riforma*, a cura di A. Nigro, M. Sandulli, V. Santoro, tomo II, Torino, Giappichelli Editore, 2010

Spadaro M., *La prededucibilità dei crediti professionali sorti in funzione di una procedura minore nel fallimento consecutivo: tra adeguatezza funzionale e utilità per i creditori*, in *Fall.*, 5, 2014, 539

Stanghellini L., *Diritto fallimentare: ritorno all'età della pietra*, in *lavoce.info*

Stanghellini L., *Le crisi di impresa fra diritto ed economia. Le procedure di insolvenza*, Bologna, il Mulino, 2007

Stanghellini L., *Finanziamenti-ponte e finanziamenti alla ristrutturazione*, in *Fall.*, 2010, 1346

Terranova G., *I nuovi accordi di ristrutturazione: il problema della sottocapitalizzazione dell'impresa*, in *Dir. Fall.*, 2012, I, 1

Trentini C., *Accertamento dei crediti di massa nelle procedure concorsuali*, in *Fall.*, 2, 1994, 113

Trentini C., *Decreto di liquidazione del compenso del difensore del fallimento, inesistenza di attivo ed interesse ad agire*, in *Fall.*, 6, 2008, 657

Trinchi A., *Sub art. 111 e 111-bis*, in *Commentario alla legge fallimentare*, dir. da C. Cavallini, Milano, Egea, 2010

Valensise P., *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti nella legge fallimentare*, Torino, Giappichelli Editore, 2012

Vella P., *L'interpretazione autentica dell'art. 111 co 2, l. fall. e i nuovi orizzonti della prededuzione pre-concordataria*, in *ilcaso.it*

Vigotti F., *La ripartizione dell'attivo fallimentare*, in AA.VV., *Il diritto fallimentare riformato*, a cura di G. Schiano di Pepe, Padova, Cedam, 2007

Vitale A., *I debiti della massa nel fallimento. Individuazione delle fattispecie*, Milano, Giuffrè Editore, 1975

Vitiello M., *La prededuzione nel concordato preventivo dopo la conversione del decreto "Destinazione Italia"*, in *ilfallimentarista.it*

Vitiello M., *Attestazione di veridicità e fattibilità nelle soluzioni concordate della crisi d'impresa: profili problematici*, in *ilfallimentarista.it*

Vivaldi R., *La ripartizione dell'attivo*, in *Trattato delle procedure concorsuali*, dir. da L. Ghia, C. Piccininni, F. Severini, III, Torino, UTET giuridica, 2010

Zanichelli V., *La nuova disciplina del fallimento e delle altre procedure concorsuali dopo il d.lg. 12.9.2007, n. 169*, Milano, UTET giuridica, 2008

Zanichelli V., *I concordati giudiziali*, Torino, UTET giuridica, 2010

Zoppellari M., *Art. 111-bis*, in *Il nuovo fallimento*, a cura di F. Santangeli, Milano, Giuffrè Editore, 200