

LE RASSEGNE

» Fallimento

La disciplina dei crediti prededucibili

Francesco Tedioli

Avvocato e Cultore di Diritto processuale civile

pubblicato in *Obbligazioni e contratti*, 2011, fasc. 11, pagg. 765-769

SINTESI

a) La disciplina dei crediti prededucibili

L'art. 111 *bis* l. fall. è stato introdotto per rispondere a quattro interrogativi oggetto di ampio dibattito prima della riforma: 1) se ed in quali casi i crediti prededucibili debbano essere sottoposti al procedimento di verifica; 2) in quale misura debbano essere soddisfatti; 3) quale sia la loro collocazione rispetto ai crediti assistiti da garanzia reale; 4) se sia possibile il loro pagamento anche fuori dal riparto.

b) La necessità dell'insinuazione nel passivo

La regola generale prevede che i crediti prededucibili necessitano di un'apposita istanza di insinuazione al passivo e devono essere accertati con le modalità di cui al Capo V. Questa regola subisce due eccezioni. La prima si riferisce ai crediti non contestati per allocazione ed ammontare anche se sorti durante l'esercizio provvisorio. L'altra riguarda i crediti non contestati conseguenti a provvedimenti di liquidazione dei compensi da parte del giudice delegato.

c) La misura in cui soddisfare i crediti prededucibili

I crediti prededucibili vanno soddisfatti per capitale, spese ed interessi, con le somme ricavate della liquidazione del patrimonio mobiliare e immobiliare, tenuto conto delle rispettive cause di prelazione, della loro eventuale natura privilegiata e della connessa graduazione.

d) La possibilità del pagamento delle spese prededucibili anche fuori dal riparto

Il credito prededucibile è pagato prima ed al di fuori del procedimento di riparto se ricorrono le seguenti condizioni: a) è sorto nel corso del fallimento o nel corso dell'esercizio provvisorio; b) è liquido, esigibile e non contestato per collocazione e per ammontare; c) vi sia attivo presumibilmente sufficiente a soddisfare integralmente tutti i titolari di tali crediti.

SOMMARIO

1. Premesse introduttive
2. L'accertamento dei crediti prededucibili
3. Le due eccezioni alla regola della verifica dei crediti prededucibili
4. L'abrogazione del 2° co., art. 111 *bis* l. fall.
5. La misura in cui soddisfare i crediti prededucibili
6. La provenienza delle somme con cui soddisfare i crediti prededucibili
7. I rapporti con i crediti assistiti da garanzia reale
8. Se sia possibile il pagamento delle spese prededucibili anche fuori dal riparto
9. Attivo insufficiente e conflitto tra crediti prededucibili

1. Premesse introduttive

L'art. 111 *bis* l. fall., dettando alcune regole di carattere procedurale, offre una risposta a quattro quesiti che sono stati oggetto di ampio dibattito prima della riforma: a) se ed in quali casi i crediti prededucibili debbano essere sottoposti al procedimento di verifica; b) in quale misura debbano

essere soddisfatti; c) quale sia la loro collocazione rispetto ai crediti assistiti da garanzia reale; d) se sia possibile il loro pagamento anche fuori dal riparto.

Prima di rispondere a questi interrogativi, pare utile formulare sinteticamente alcune precisazioni in ordine ai crediti di cui all'art. 111, n. 1, l. fall.¹

I c.d. «debiti della massa» vanno soddisfatti in via prioritaria rispetto a tutti gli altri sorti precedentemente al concorso e già cristallizzati alla data di apertura della procedura. La prededuzione è, quindi, un'operazione contabile volta a liquidare le somme assistite da tale qualifica con precedenza immediata ed assoluta rispetto al concorso ed a garantire un loro pagamento certo ed integrale, salva la sola eccezione di un attivo fallimentare insufficiente².

Il concetto di prededuzione deve essere ben distinto da quello di prelazione. Mentre quest'ultima è una qualifica di natura sostanziale che caratterizza il credito e lo rende preferibile rispetto a tutti gli altri – per l'appunto definiti «chirografari» – la prima ha, invece, natura procedurale, attribuendo il diritto di essere pagati con precedenza rispetto a qualunque altro creditore partecipante al concorso, ancorché privilegiato. La prededuzione, pertanto, si sovrappone al privilegio, ma non lo estingue, poiché esplica la propria forza all'esterno del concorso, mentre la prelazione opera al suo interno. In definitiva, la prededuzione è una qualità procedurale che contraddistingue il debito della massa, il quale, al pari di qualsiasi altro, può essere tanto di natura chirografaria quanto di natura privilegiata. Ne consegue che, da un lato, il debito della massa chirografario è posposto rispetto a quello della massa privilegiata e, dall'altro, il debito della massa chirografario è anteposto rispetto ad un qualsiasi altro credito concorrente di natura privilegiata.

2. L'accertamento dei crediti prededucibili

La regola generale, che in concreto rappresenta l'eccezione, prevede che i crediti prededucibili – anche se sorti dopo l'udienza fissata per la verifica dello stato passivo³ – debbano essere accertati con le modalità di cui al Capo V e, quindi, sottoposti alla verifica dinanzi al giudice delegato ex art. 96 ss. l. fall. La norma prosegue con una deroga per i crediti non contestati per collocazione e ammontare, anche se sorti durante l'esercizio provvisorio, e per quelli sorti a seguito dei provvedimenti di liquidazione dei compensi a favore dei soggetti nominati ai sensi dell'art. 25 l. fall.

Il legislatore recepisce, così, una soluzione propugnata da parte della dottrina⁴, dalla giurisprudenza di legittimità⁵ ed un principio preesistente alla riforma e desumibile dalla correlazione tra l'art. 52, ed il vecchio 2° co., art. 111 l. fall. L'art. 52 l. fall. stabiliva, infatti, che la liquidazione dei crediti prededucibili doveva essere determinata con decreto del giudice delegato.

La necessità di un'apposita istanza d'insinuazione al passivo e dell'accertamento anche per i crediti prededucibili pertanto garantisce a tutti i creditori trasparenza ed uniformità di criteri nella ripartizione. Risponde, inoltre, all'esigenza di velocizzare le operazioni di riparto dal momento che il curatore può trarre dallo stato passivo una visione immediata, completa ed unitaria dei crediti, con

¹ Cfr., per eventuali approfondimenti, F. TEDIOLI, *L'ordine di distribuzione delle somme ricavate dalla liquidazione dell'attivo fallimentare*, in *Obbl. e contr.*, 2011.

² L. MANDRIOLI, *La ripartizione dell'attivo, la chiusura del fallimento e l'esdebitazione del fallito*, in *www.ilcaso.it*.

³ Così è disposto a seguito dell'abrogazione del 2° co., ad opera del d.lg. n. 169/2007.

⁴ PROVINCIALI, *Trattato di diritto fallimentare*, III, Milano, 1974, 1654; ZOPPELLANI, *sub art. 111 bis*, in *Il nuovo fallimento*, a cura di F. Santangeli, Milano, 2006, 548.

⁵ Cass., 27.3.2008, n. 7967, in *Fallimento*, 2008, 844; Cass., 15.1.2003, n. 515, *ivi*, 2003, 1282; Cass., 29.1.2002, n. 1065, *ivi*, 2003, 22; Cass., 12.1.2001, n. 388, in *Giust. civ.*, 2001, I, 2696.

il grado della loro eventuale prelazione (art. 96, 2° co., 1. fall.)⁶. L'articolo in commento va anche posto in correlazione con l'art. 102 l. fall., secondo cui, nell'ipotesi d'insufficienza di attivo da distribuire ai creditori concorsuali rilevata dal curatore prima dell'udienza per l'esame dello stato passivo, il tribunale, sentiti il comitato dei creditori ed il fallito, può decidere di non dar luogo al procedimento di accertamento del passivo relativamente ai crediti concorsuali, «salva la soddisfazione dei crediti prededucibili e delle spese di procedura».

3. Le due eccezioni alla regola della verifica dei crediti prededucibili

I crediti conseguenti ad obbligazioni assunte dal curatore, nell'esercizio della propria attività di amministrazione e gestione della procedura, godono di un rilevante grado di certezza. Il legislatore ha creato dunque, all'interno di questa categoria, due eccezioni alla regola generale del preventivo accertamento, ricorrendo le quali la verifica dei crediti non è più imprescindibile ma meramente eventuale.

A) La prima si riferisce all'ipotesi di crediti non contestati per allocazione ed ammontare (quindi, né nell'*an* né nel *quantum*), anche se sorti durante l'esercizio provvisorio. A differenza di quanto sostenuto dalla giurisprudenza nel vigore della precedente disciplina⁷, anche i crediti prededucibili sorti nell'ambito di altre procedure concorsuali dovrebbero godere della stessa esenzione dalla verifica, se non contestati, posto che la norma non contiene alcuna distinzione⁸.

Perché un credito sia «non contestato» deve essere considerato tale dal curatore, dal giudice delegato e dal comitato dei creditori, organi tutti legittimati a sollevare la contestazione⁹. Parte della dottrina non abilita gli altri creditori a sollevare obiezioni¹⁰: non esiste, infatti, alcun obbligo del curatore di avvisarli in ordine all'esistenza di una domanda di credito prededucibile e non è configurato a loro favore uno specifico mezzo di opposizione¹¹. La dottrina contraria richiama, invece, l'assenza di prescrizioni normative in senso limitativo, soprattutto nel caso di credito sorto nel corso dell'esercizio provvisorio¹². Contro il provvedimento del giudice delegato o l'atto del curatore che determini e liquidi i crediti non contestati i creditori possono formulare le loro contestazioni con reclamo *ex art. 26 l. fall.*, nel primo caso, ed *ex art. 36 l. fall.*, nel secondo¹³.

B) L'altra eccezione riguarda i crediti non contestati conseguenti a provvedimenti di liquidazione

⁶ Per un approfondimento si richiama la recentissima e vasta dottrina: AMBROSINI, in AMBROSINI, CAVALLI e JORIO, *Il fallimento*, in *Tratt. Cottino*, Padova, 2009, 663-673; VIGOTTI, *La ripartizione dell'attivo fallimentare*, in *Il diritto fallimentare riformato*, a cura di Schiano Di Pepe, Padova, 2007, 466 ss.; REBECCA e SPEROTTI, *Il riparto fallimentare. Guida operativa*, Milano, 2008, 4-5; SANZO e A. BIANCHI, *Manuale delle procedure concorsuali*, Milano, 2008, 609 ss.; SASSANO, *Il piano di riparto fallimentare*, Padova, 2007, 115 ss.; PAJARDI e PALUCHOWSKY, *Manuale di diritto fallimentare*, Milano, 2008, 638 ss.; G. BOZZA, *La ripartizione dell'attivo nel fallimento*, in *Riv. esecuzione forzata*, 2008, 312 ss.; IANNELLO, *Ripartizione dell'attivo e chiusura del fallimento*, in *Il nuovo diritto fallimentare*, Milano, 2006, 285 ss.; U. APICE e MANCINELLI, *Diritto fallimentare*, Torino, 2008, 241 ss.; GIANNELLI, in *Diritto fallimentare [Manuale breve]*, Milano, 2007, 306 ss.

⁷ Cass., 18.1.1979, n. 353, in *Fallimento*, 1979, 426.

⁸ V. ZANICHELLI, *La nuova disciplina del fallimento e delle altre procedure concorsuali dopo il d. lg. 12.9.2007, n. 169*, Torino, 2008, 322.

⁹ LIMITONE, *sub art. 111 bis*, in *La legge fallimentare*, a cura di M. Ferro, II, Padova, 2007, 884; Id., in *La legge fallimentare. Decreto legislativo 12 settembre 2007, n. 169. Disposizioni integrative e correttive*, a cura di M. Ferro, Padova, 2008, 229-231, il quale però fa riferimento all'abrogato 4° co. dell'art. in esame.

¹⁰ PACCHI, *sub art. 111 bis*, in *La riforma della legge fallimentare*, a cura di A. Nigro e M. Sandulli, I, Torino, 2006, 685.

¹¹ RIEDI, in VITALONE, CHIMENTI e RIEDI, *Il diritto processuale del fallimento*, Torino, 2008, 289.

¹² LO MUNDO, *sub art. 111 bis*, in *Codice commentato del fallimento*, diretto da Lo Cascio, Milano, 2008, 1062.

¹³ LIMITONE, *Predeuzione, Le insinuazioni al passivo*, in *Trattato teorico pratico dei crediti e dei privilegi nelle procedure concorsuali*, a cura di M. Ferro, Padova, 2007, 119; PACCHI, *op. cit.*, 685.

dei compensi da parte del giudice delegato, disposti ai sensi dell'art. 25, nn. 4-7, l. fall. e trova giustificazione nella superfluità di un secondo accertamento, dopo quello effettuato dal giudice delegato. Due recenti pronunce della Suprema Corte chiariscono che soltanto il debito del fallimento verso la massa dei creditori – e non il debito del fallimento verso il professionista che abbia agito per conto del medesimo – deve essere verificato attraverso il procedimento di cui agli artt. 93 e 101 l. fall., previo accertamento del passivo e avvalendosi dello strumento dell'insinuazione¹⁴. Per la determinazione dell'onorario dell'avvocato che abbia agito per conto del fallimento non è, invece, necessaria l'attivazione del contraddittorio processuale allargato ai creditori. In questa ipotesi, la disciplina della contestazione è diversa e si svolge nelle forme del reclamo al Tribunale, ex art. 26 l. fall., avverso il decreto con il quale il giudice delegato ha liquidato (o rifiutato di liquidare) il compenso dell'ausiliario incaricato. La norma non fa altro che recepire uno degli orientamenti già maturati: ad es., l'avvocato che aveva assistito il fallimento in sede giudiziale e intendeva conseguire il pagamento delle proprie spettanze in sede fallimentare doveva (e deve tuttora) farne richiesta al giudice delegato (tramite il curatore, che deve essere comunque informato della richiesta e fornire il suo parere). Il giudice provvede(va) con decreto ai sensi dell'art. 25, n. 6, l. fall. disponendo il pagamento in prededuzione alla massa. Se il credito non gli veniva riconosciuto in tutto o in parte, oltre al reclamo al tribunale fallimentare¹⁵ – che oggi è l'unica forma di reazione consentita – l'interessato poteva servirsi anche dei normali mezzi riconosciutigli dall'ordinamento e, quindi, nella vigenza del concorso, dell'insinuazione tardiva. Contro il decreto del Tribunale ex art. 26 l. fall. è sempre ammesso ricorso per cassazione ex art. 111 Cost.¹⁶.

In entrambe le ipotesi derogatorie il pagamento immediato è giustificato dalla circostanza che i crediti maturano interessi, non applicandosi l'art. 55 l. fall.¹⁷ e dal fatto che, a condizione di ugual capienza per i creditori di pari grado, si tratta spesso di poste certe nell'*an* e nel *quantum*, per le quali non è opportuno né utile differire la soddisfazione.

4. L'abrogazione del 2° co., art. 111 bis l. fall.

Un'ulteriore novità introdotta dal d.lg. n. 169/2007 è rappresentata dall'abrogazione del 2° co., art. 111 bis l. fall. (introdotta dal d.lg. n. 5/2006), secondo cui: «per i crediti prededucibili sorti dopo l'adunanza di verifica dello stato passivo ovvero dopo l'udienza alla quale essa sia stata differita, si provvede all'accertamento ai sensi del secondo comma dell'articolo 101».

Vengono, così, recepite le osservazioni critiche della dottrina che aveva evidenziato il difetto di coordinamento della norma con l'art. 101 l. fall. Mentre quest'ultimo, disciplinando le domande di ammissione dei crediti tardivi, intende «quelli insinuati in un termine inferiore a trenta giorni prima dell'adunanza», l'art. 111 bis, 2° co., l. fall. considerava tardivi i crediti prededucibili «sorti dopo la chiusura dell'adunanza per la verifica ovvero dopo l'udienza alla quale essa sia stata differita».

A seguito dell'intervento correttivo, tutti i crediti prededucibili insinuati tardivamente sono soggetti alle regole di cui all'art. 101 l. fall.

¹⁴ Cass., 13.7.2007, n. 15671, in *Fallimento*, 2008, 655, con nota di TRENTINI, *Decreto di liquidazione del compenso del difensore del fallimento, inesistenza di attivo ed interesse ad agire*; e in *Guida dir.*, 2007, 31, 22 (s.m.), con nota di CASTRO, *Interesse ad agire non desumibile dal tenore delle richieste sollevate*; Cass., 29.3.2007, n. 7782, in *Fallimento*, 2007, 838; e in *Giust. civ.*, 2008, I, 201.

¹⁵ Cass., 29.1.2003, n. 1309, in *Fallimento*, 2003, 1285; Cass., 16.9.2002, n. 13482, *ivi*, 2003, 748.

¹⁶ Cass., 16.9.2002, n. 13482, *cit.*

¹⁷ PACCHI, *op. cit.*, 685.

5. La misura in cui soddisfare i crediti prededucibili

La misura in cui soddisfare i crediti prededucibili è differente da quella prevista dagli artt. 53 ss. l. fall. per i crediti soggetti al concorso. L'attuale 2° co. prevede, infatti, che i crediti prededucibili vadano soddisfatti per capitale, spese ed interessi, con le somme ricavate della liquidazione del patrimonio mobiliare e immobiliare. Tale criterio, ripetutamente affermato dalla Suprema Corte¹⁸, è, peraltro, già contenuto nell'ult. co., laddove si dispone che, «se l'attivo è insufficiente, la distribuzione deve avvenire secondo i criteri della graduazione e della proporzionalità, conformemente all'ordine assegnato dalla legge». I crediti in esame devono essere, pertanto, soddisfatti «tenuto conto delle rispettive cause di prelazione», della loro eventuale natura privilegiata e della connessa graduazione (sia nell'ipotesi di crediti non contestati, che contestati). Alla luce del nuovo art. 93, 3° co., l. fall. va ricordato che la graduazione dei crediti diventa un onere del solo curatore (cfr. art. 6 della relazione al d.lg. n. 169/2007). Da una parte, infatti, il creditore non ha più l'obbligo di indicare nel ricorso la graduazione del credito, dall'altra neppure il giudice deve indicare «il grado dell'eventuale diritto di prelazione» nel provvedimento con cui accoglie il ricorso. Esso non si presta a valutazioni, discendendo direttamente dalla legge e, una volta indicato il tipo di prelazione in sede di verifica dello stato passivo, la graduazione va effettuata in sede di riparto.

Quanto agli interessi¹⁹, il loro regime non è soggetto ad un trattamento peculiare, come accade per i creditori privilegiati o quelli chirografari. Essi trovano la loro giustificazione nell'art. 1282 c.c. e sono un corrispettivo della mancata «tempestiva disponibilità del denaro dovuto»²⁰. In altre parole, maturano nello stesso modo di quelli relativi ad un'obbligazione contratta con un soggetto *in bonis*. Per quanto riguarda la loro decorrenza, il *dies a quo* coincide con il momento in cui sono liquidi ed esigibili, ossia dalla data del provvedimento di liquidazione del giudice delegato, ovvero dalla data di verifica del credito, se è contestato²¹. Il *dies ad quem* coincide, invece, con la data dell'effettivo pagamento e non, come avviene per i creditori assistiti da cause di prelazione, con la data della vendita dei beni destinati al soddisfacimento del singolo credito. La decorrenza degli interessi durante il corso della procedura dovrebbe, dunque, indurre i curatori a seguire prassi virtuose, provvedendo al pagamento dei crediti prededucibili il più sollecitamente possibile.

Nel caso in cui il curatore non abbia tempestivamente provveduto al pagamento del credito, pur in presenza di attivo sufficiente, non è possibile applicare gli interessi di mora. Secondo il prevalente orientamento non è, infatti, possibile ipotizzare una *mora debendi* da parte del fallimento²², anche se talvolta la giurisprudenza di merito e la dottrina si sono espresse in senso contrario²³.

¹⁸ Cass., 20.11.1987, n. 8556, in *Fallimento*, 1988, 205; in *Foro it.*, 1988, I, 1169; in *Informazione prev.*, 1988, 1204; e in *Dir. fall.*, 1988, II, 198; Cass., 1.9.1995, n. 9227, in *Fallimento*, 1996, 163; e in *Dir. fall.*, 1996, II, 240; Cass., 18.12.1995, n. 12909, in *Fallimento*, 1996, 645, con nota di NALDINI, *Legittimazione al ricorso per cassazione dell'assuntore di concordato*; in *Dir. fall.*, 1996, II, 658; e in *Giust. civ.*, 1997, I, 233, con nota di FRONTINI, *Dinamiche del finanziamento e la tutela del credito nell'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi*.

¹⁹ In tema, U. APICE, *Interessi e prededuzione*, in *Tutela dei creditori e terzi nelle procedure concorsuali*, Padova, 1989, 129.

²⁰ LIMITONE, *sub art. 111 bis*, cit., 890; RUGGERO, *sub art. 111 bis*, in *Il nuovo diritto fallimentare. Appendice di aggiornamento al d. lgs. 169/2007*, diretto da Jorio e coordinato da Fabiani, I, Bologna, 2008, 1844.

²¹ M. FERRO, *Le insinuazioni al passivo*, Padova, 2005, 473; G. BOZZA e G. SCHIAVON, *L'accertamento dei crediti nel fallimento e le cause di prelazione*, Milano, 1992, 310.

²² Cass., 27.3.1993, n. 3728, in *Fallimento*, 1993, 1025; RUGGERO, *op. loc. ult. cit.*; SILVESTRINI, *La ripartizione dell'attivo dopo la riforma della legge fallimentare*, in *Fallimento*, 2006, 1483.

²³ Trib. Milano 14.4.1986, *ivi*, 1987, 336, per i debiti contratti nel corso dell'esercizio provvisorio. In dottrina ammettono incondizionatamente il riconoscimento degli interessi di mora *ex art. 1224 c.c.*: G. BOZZA e G. SCHIAVON, *op.*

6. La provenienza delle somme con cui soddisfare i crediti prededucibili

Il pagamento dei crediti prededucibili, che vengono soddisfatti con preferenza rispetto a quelli concorsuali, può avvenire attingendo a quanto il curatore ha realizzato dalla liquidazione della massa mobiliare ed immobiliare. Sul punto in particolare va richiamato l'art. 109, 2° co., l. 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'art. 39. Tale somma è prelevata sul prezzo» della vendita dei beni immobili «insieme alle spese di procedura e di amministrazione». Il riferimento va anche all'art. 110, 1° co., l. fall., secondo cui il curatore, nel presentare, ogni quattro mesi, il prospetto delle somme disponibili ed il progetto di ripartizione delle medesime, deve riservare «quelle occorrenti per la procedura», ed all'art. 113, 2° co., l. fall., che prevede che nelle ripartizioni parziali non si possa distribuire più dell'80% delle somme disponibili e si debbano trattenere le somme ritenute necessarie per le spese future, onde soddisfare il compenso al curatore ed ogni altro debito prededucibile, eventualmente riducendo la quota da ripartire qualora il 20% delle somme disponibili apparisse insufficiente. Naturalmente, ciò non esclude che, in caso di insufficienza delle somme così prelevate ed accantonate, il curatore possa attingere per i dovuti pagamenti al fondo generale delle somme ricavate dalla liquidazione dei beni ovvero, qualora sia incapiente anche questo, possa ricorrere anche all'anticipazione delle spese dall'erario, sempre che si tratti di spese giudiziali per atti richiesti dalla legge, dalla sentenza dichiarativa di fallimento alla chiusura della procedura²⁴.

7. I rapporti con i crediti assistiti da garanzia reale

Nelle somme da ripartire va, però, escluso ai sensi del 2° co., quanto ricavato dalla liquidazione dei beni oggetto di pegno ed ipoteca per la parte destinata ai creditori garantiti²⁵.

La legge mantiene ferma anche la soluzione secondo cui tale priorità viene meno solo nel caso in cui i crediti prededucibili si riferiscano: a) ad attività direttamente e specificamente rivolte ad incrementare il valore dei beni medesimi (pignorati o ipotecati); o b) che comunque abbiano arrecato beneficio a tali creditori; nonché c) agli oneri sopportati per la loro amministrazione e liquidazione e salvo il limite di un'aliquota delle spese generali, che deve, in ogni caso, gravare sui beni assoggettati a garanzia reale²⁶. In funzione della corretta imputazione delle spese prededucibili il legislatore ha fatto obbligo al curatore di istituire i conti speciali ed autonomi di cui all'art. 111 *ter* l. fall. Il suo 3° co. dispone, quanto alla gestione del ricavato dalla liquidazione di immobili ipotecati e mobili pignorati, che, nella contabilità relativa ad ogni singolo bene, si debba tenere nota delle uscite di carattere specifico e della quota di quelle generali imputabili a ciascun bene o gruppo di beni secondo un criterio proporzionale. Se, dunque, anche per tali beni alcuni tipi di uscite (le

cit., 310; M. FERRO, *op. ult. cit.*, 473; Mas. FABIANI, *Quando una svista crea giurisprudenza: la sorte degli interessi postfallimentari sui crediti privilegiati*, in *Foro it.*, 1994, I, 467.

²⁴ G. ALESSI, *I debiti di massa nelle procedure concorsuali*, Milano, 1987, 57.

²⁵ La norma recepisce un principio consolidato in giurisprudenza: *ex multis*, Cass., 14.1.2004, n. 335, in *Giust. civ.*, 2004, I, 1249; in *Fallimento*, 2005, 294, con nota di LANDOLFI, *Prevalenza dei crediti ipotecari sui crediti prededucibili*; e in *Dir. fall.*, 2005, II, 210, con nota di GUGLIELMUCCI, *L'aliquota di spese generali gravanti sul realizzo dei beni ipotecati e l'ipotesi di incapienza dei crediti della massa*; in dottrina, REGOLI, *I crediti della massa*, in *Diritto fallimentare [Manuale breve]*, Milano, 2008, 276.

²⁶ Cass., 14.1.2004, n. 335, *cit.*; Cass., 28.6.2002, n. 9490, in *Fallimento*, 2003, 817, con nota di BRUSCHETTA, *Ricorso avverso il decreto di esecutività del riparto*; Cass., 11.1.1995, n. 251, in *Foro it.*, 1995, I, 2857; e in *Fallimento*, 1995, 828, con nota di LAMANNA, *Graduazione e conflitto tra crediti prededucibili e crediti assistiti da garanzia reale*. In dottrina, cfr. BONFATTI e CENSONI, *Manuale di diritto fallimentare*, Padova, 2008, 347.

spese incontrate dalla procedura per l'amministrazione dei beni vincolati, per la loro liquidazione, nonché da una quota delle spese generali) hanno rilevanza, ciò significa che la quota spettante ai creditori garantiti è al netto delle medesime. Il creditore ipotecario deve sopportare, in parte, l'onere di quelle particolari spese che occorrono per corrispondere il compenso spettante al curatore. Infatti, quest'ultimo procede ad attività di amministrazione e liquidazione specificamente riferibili ai beni ipotecati e finalizzate a consentire il soddisfacimento delle ragioni del medesimo creditore ipotecario²⁷. Per non parlare della preventiva verifica e ammissione al passivo del credito ipotecario, che egualmente richiede un'attività da parte del curatore ed è del pari indispensabile affinché il creditore possa partecipare al concorso e far valere il proprio diritto di prelazione sul ricavato dei beni soggetti ad ipoteca²⁸.

Il combinato disposto delle due disposizioni porta a confermare che i titolari di crediti in prededuzione afferenti a spese specificatamente riferibili all'amministrazione e conservazione dei beni potranno rivalersi con prelazione assoluta sulla quota appositamente detratta dal ricavato del bene cui le spese si riferiscono e, unitamente agli altri creditori, in prededuzione sull'attivo, al netto del ricavato di spettanza dei pignorati e degli ipotecari²⁹. In questo modo, con una soluzione assai equilibrata, già suggerita dalla giurisprudenza³⁰, si evita di scaricare il peso della prededuzione interamente sui creditori che vengono soddisfatti per ultimi e si fanno sopportare ai creditori titolari di garanzie reali le spese prededucibili specificamente sostenute nel loro interesse. Già nella giurisprudenza citata era emerso il principio secondo cui la prededucibilità, ex art. 111, 1° co., 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.

8. Se sia possibile il pagamento delle spese prededucibili anche fuori dal riparto

Quanto alle modalità di concreta corresponsione del dovuto, i creditori ai quali è stata riconosciuta la prededuzione vengono inseriti negli ordinari progetti di ripartizione e, quindi, saldati unitamente agli altri, se il loro credito:

1) è sorto prima della dichiarazione di fallimento e, quindi in una procedura concorsuale minore, sfociata, poi nel fallimento; 2) non è liquido, esigibile o è stato contestato ed è stato, quindi, accertato nell'ambito del procedimento comune; 3) se l'attivo disponibile sia presumibilmente insufficiente a soddisfare integralmente tutti i creditori prededucibili, di modo che, nel riparto, ognuno possa partecipare alla graduazione e far valere l'interesse alla più vantaggiosa collocazione³¹.

Il credito prededucibile è, invece, pagato prima ed al di fuori del procedimento di riparto, se

²⁷ In giurisprudenza v. Cass., 9.6.1997, n. 5104, in *Foro it.*, 1997, I, 2926; e in *Giust. civ.*, 1998, I, 854.

²⁸ V. anche Cass., 11.1.1995, n. 251, cit.; e Cass., 3.2.1987, n. 952, in *Fallimento*, 1987, 600; in *Dir. fall.*, 1987, II, 689; e in *Giur. comm.*, 1988, II, 356. In dottrina, F. DEL VECCHIO, *Le spese e gli interessi nel fallimento*, 2ª ed., Milano, 1988, 188.

²⁹ V. ZANICHELLI, *op. cit.*, 324; DEMARCHI e GIACOMAZZI, *Le procedure concorsuali, guida operativa interdisciplinare*, Milano, 2008, 285-2866.

³⁰ Cass., 13.6.2006, n. 13672, in *Fallimento*, 2007, 106; e in *Giust. civ.*, 2007, I, 1959; Cass., 10.5.1999, n. 4626, in *Foro it.*, 1999, I, 3259; e in *Fallimento*, 2000, 624, con nota di G. BOZZA, *La ripartizione delle spese generali nel fallimento*; e Cass., 9.6.1997, n. 5104, in *Foro it.*, 1997, I, 2926; e in *Giust. civ.*, 1998, I, 854.

³¹ DIMUNDO, *Il sistema della graduazione dei crediti nel concorso*, in *Fallimento*, 2008, 1024.

ricorrono alcune condizioni: a) è sorto nel corso del fallimento o nel corso dell'esercizio provvisorio, essendo l'esercizio dell'impresa, in pendenza del fallimento, una delle possibili modalità di svolgimento della procedura concorsuale; b) è liquido, esigibile e non contestato per collocazione e per ammontare. La condizione ricorre anche quando l'originaria contestazione abbia trovato una soluzione; c) vi sia attivo presumibilmente sufficiente a soddisfare integralmente tutti i titolari di tali crediti. Il curatore deve effettuare tale valutazione in base al criterio di ragionevolezza, con un esame prognostico, sulla base di canoni obiettivi e prudenziali. In sostanza, deve verificare se l'attivo sia sufficiente a consentire la liquidazione di tali crediti al di fuori della logica del riparto, tenuto anche conto delle risultanze del programma di liquidazione di cui all'art. 104 *ter* l. fall.

La norma in commento evidenzia, inoltre, una particolarità: i crediti prededucibili sorti prima della dichiarazione di fallimento non debbono essere sottoposti al procedimento di accertamento se non contestati, in quanto, come abbiamo visto, il 1° co. della norma in esame, nel dettare tale principio, si riferisce genericamente ai crediti prededucibili e l'art. 111 l. fall. inserisce nella categoria anche «quelli sorti in funzione o in occasione delle procedure concorsuali di cui alla presente legge». Per contro, il 4° co., di cui si è appena discusso, nel disporre il pagamento al di fuori del riparto, si riferisce ai soli crediti prededucibili sorti durante la procedura di fallimento, nel concorso degli altri requisiti. Da ciò deriva una parificazione in fase di accertamento ed un'ingiustificata differenziazione in fase di soddisfazione.

Il d.lg. n. 169/2007 ha, inoltre, soppresso l'ultimo periodo dell'attuale 3° co., che prevedeva che il curatore dovesse essere autorizzato ad eseguire il pagamento dal comitato dei creditori ovvero dal giudice delegato se l'importo eccedeva i 25.000 euro. Il che «rende pienamente alternative l'autorizzazione del comitato dei creditori o del giudice delegato al pagamento di tutti i crediti prededucibili, senza distinzione di valore, per cui viene meno anche la necessità di demandare ad un successivo decreto ministeriale l'aggiornamento dell'importo previsto»³². Secondo una posizione dottrina isolata la norma non va letta nel senso che la scelta del soggetto autorizzante sia libera ed alternativa³³. Essa ricalcherebbe, «sebbene con infelice e semplicistica forma lessicale», la previsione dell'art. 41 l. fall., secondo la quale gli atti del curatore sono autorizzati dal comitato dei creditori e, solo in via sussidiaria (cioè nei casi previsti dal 4° co. dell'art. 41 l. fall.), dal giudice delegato. In altre parole, detta analisi ritiene preferibile un'interpretazione autoqualificata «oggettiva e sistematica», rispetto a quella «soggettiva» fatta palese nella relazione accompagnatoria allo schema di decreto correttivo.

Ritornando alla soluzione prevalente va, comunque, detto che l'alternativa nell'autorizzazione non comporta che il pagamento sia sottratto a qualunque forma di controllo da parte del giudice. Infatti, il disposto dell'art. 34, 4° co., l. fall. impone la presentazione alla banca di copia conforme del mandato del giudice che, quindi, si rende sempre necessario.

La più attenta dottrina, sul punto, ha evidenziato che la scelta discrezionale del curatore, tra un organo e l'altro, produce inevitabilmente effetti anche nella sfera della tutela giurisdizionale³⁴. Infatti, nell'ipotesi di diniego delle autorizzazioni o di parziali autorizzazioni si applica, da una parte, l'art. 26 l. fall. (se è stato interpellato il giudice delegato), dall'altra l'art. 36 l. fall. (se si tratta del comitato dei creditori), con tutte le problematiche che ne derivano. La previsione di

³² Così nella relazione illustrativa al d.lg. n. 169/2007.

³³ DEMARCHI e GIACOMAZZI, *op. cit.*, 280.

³⁴ MAROLLO, *La ripartizione dell'attivo*, in *La riforma organica delle procedure concorsuali*, a cura di Bonfatti e Panzani, Milano, 2008, 511.

un'autorizzazione alternativa, inoltre, può originare una situazione di impasse³⁵ nelle ipotesi di contrasto tra i due organi della procedura, tenuto anche conto del potere di emettere i mandati, che, come abbiamo ricordato, è esclusivamente riservato al giudice delegato.

9. Attivo insufficiente e conflitto tra crediti prededucibili

Può accadere, inoltre, che l'attivo non sia sufficiente per il pagamento integrale dei crediti prededucibili. In tal caso, la distribuzione deve avvenire secondo i criteri della graduazione e della proporzionalità, conformemente all'ordine assegnato dalla legge. In sostanza, si tratta di prendere in considerazione le cause di prelazione che possono assistere alcuni di essi, nell'ambito di un normale procedimento di riparto; i crediti di pari grado debbono essere soddisfatti *pro quota*, in proporzione dell'ammontare di ognuno di essi.

Ci si chiede che cosa accade se il curatore, nel procedere con il soddisfacimento dei crediti prededucibili, non abbia tenuto conto delle rispettive cause di prelazione. La soluzione è suggerita dallo stesso art. 110 l. fall., che prevede l'applicabilità dell'art. 36 l. fall. per i creditori interessati ad impugnare il progetto di distribuzione. Tuttavia, se il pagamento avviene al di fuori del riparto, il reclamo non è possibile, talché il creditore con prelazione di grado peggiore rimasto insoddisfatto può agire nei confronti del curatore per il risarcimento del danno e/o del creditore favorito per ottenere la restituzione di quanto questi abbia percepito³⁶.

Secondo parte della dottrina in tale ipotesi il curatore, per effetto dell'indebito pagamento assumerebbe una responsabilità contrattuale nei confronti del creditore pretermesso, con termine decennale di prescrizione dell'azione³⁷; secondo altra la responsabilità sarebbe extracontrattuale³⁸. Sembra da escludersi, invece, una responsabilità del giudice delegato, anche in luce dei minori poteri ora riservatigli nel controllo dell'attività del curatore, soprattutto in ordine alla possibilità di apportare variazioni al progetto di riparto.

Va detto, infine, che il principio di irripetibilità dei pagamenti effettuati in esecuzione dei piani di riparto (art. 114 l. fall.) non opera tra i creditori, ma solo tra il fallimento ed il beneficiario del pagamento. Non vi sono, quindi, limiti all'azione di un creditore nei confronti di un altro indebitamente arricchitosi a causa dell'errore del curatore.

Ci si domanda, infine, quali strumenti coercitivi possano utilizzare i creditori di massa nel caso in cui il curatore, a vario titolo, non ne soddisfi le ragioni. È possibile proporre domanda di ammissione al passivo, ma si tratta di uno strumento inidoneo a garantire il diritto di credito maturato nei confronti della procedura. Non è possibile ricorrere al decreto ingiuntivo³⁹, né il creditore può attendere che l'adempimento avvenga attraverso il meccanismo dei progetti di ripartizione. Se, ad es., il curatore subentra in un contratto di locazione quale conduttore, è innegabile che debba pagare il canone mensile alla scadenza pattuita. Pertanto, se il curatore non può farvi fronte, in una corretta gestione della procedura non deve contrarre il debito.

Dopo la chiusura del fallimento, il credito prededucibile rimasto insoddisfatto può essere fatto

³⁵ BONFATTI, *La ripartizione dell'attivo*, in BONFATTI e CENSONI, *Le disposizioni correttive ed integrative della riforma della legge fallimentare. Appendice al Manuale di diritto fallimentare*, Padova, 2008, 60.

³⁶ F. DEL VECCHIO, *La graduabilità dei crediti verso la massa del fallimento*, in *Fallimento*, 1983, 1006; Cass., 9.12.1971, n. 3563, in *Giust. civ. mass.*, 1971, 1923.

³⁷ Cass., 5.4.2001, n. 5044, in *Fallimento*, 2002, 57, con nota di CAPOCCHI, *Prescrizione dell'azione di responsabilità avverso il curatore*; LO CASCIO, *La responsabilità del curatore*, in *Giur. comm.*, 1983, I, 832.

³⁸ CATALDO, *Il controllo sugli atti del curatore ed il regime della responsabilità*, in *Fallimento*, 2007, 1014.

³⁹ RIEDI, *op. cit.*, 291.

valere nei confronti del debitore tornato *in bonis*, ai sensi dell'art. 120, 3° co., l. fall.⁴⁰, perdendo, però, qualsiasi ordine di priorità che non sia giustificato dalla natura del credito, poiché è venuto meno ogni suo collegamento con la procedura fallimentare⁴¹.

⁴⁰ Trib. Verona, 10.7.1989, in *Fallimento*, 1990, 87; SILVESTRINI, *op. cit.*, 1481.

⁴¹ G. BOZZA e G. SCHIAVON, *op. cit.*, 310; FABIANI, *Decreto di esecutorietà dello stato passivo e accertamento negativo del credito*, in *Fallimento*, 1997, 1087.