

Il piano di riparto e la soddisfazione dei crediti prededucibili¹

Sommario: 1. Premessa - 2. Crediti prededucibili e riparto fallimentare - 3. Crediti prededucibili nel D.L. n. 159/2011 (cd. Codice Antimafia)

1. Premessa

Nei piani di riparto i maggiori profili di interesse, a livello scientifico e operativo, si incontrano nel trattamento e nella soddisfazione dei crediti prededucibili.

Questo profilo merita quindi di essere approfondito, anche perché è proprio tale tipologia di crediti che viene a fisiologica maturazione nella gestione di aziende o singoli beni nell'ambito delle misure di prevenzione e nelle procedure di fallimento.

Senonchè, se in campo fallimentare la normativa di riferimento (artt. 111 - 111 *ter* l.f.) si presenta completa e sufficientemente chiara, non altrettanto può dirsi riguardo al Codice Antimafia. Nell'esaminare quest'ultimo, infatti, emergono perplessità interpretative e incertezze operative di cui accenneremo in chiusura al presente intervento.

2. Crediti prededucibili e riparto fallimentare

¹ Il presente scritto riporta i contenuti dell'intervento tenuto al Corso "La conservazione dell'azienda tra sequestri (civili e penali) e fallimento" – Gruppo di lavoro "Il procedimento di verifica dei crediti nel fallimento, l'accertamento della buona fede nei procedimenti di prevenzione e i piani di riparto", svoltosi presso la Scuola Superiore della Magistratura in data 6-8 Marzo 2017 in Scandicci (FI).

L'ipotesi più semplice che un curatore può trovarsi ad affrontare è quella in cui l'attivo fallimentare, mobiliare e immobiliare, non sia gravato da pegni, ipoteche o privilegi speciali.

Se poi un simile attivo risulta anche sufficiente a soddisfare tutte le prededuzioni maturate², non si presenta alcun tipo di difficoltà; tali crediti verranno soddisfatti integralmente, per poi destinare l'ulteriore attivo al pagamento dei creditori privilegiati e di quelli chirografari secondo l'ordine di distribuzione delle somme indicato dall'art. 111 comma 1 l.f.

Maggiore accortezza occorre avere invece nel caso in cui l'attivo risulti insufficiente a far fronte a tutte le prededuzioni.

A disciplinare tale ipotesi interviene l'ultimo comma dell'art. 111 bis l.f., che impone al curatore di procedere alla distribuzione secondo criteri di *graduazione e proporzionalità*.

Il primo dei due parametri indica un ordine "interno", per cui si dovranno andare a soddisfare prioritariamente i creditori prededucibili privilegiati rispetto a quelli chirografari e, riguardo ai primi, quelli con grado poziore secondo l'indicazione contenuta nelle norme del codice civile (art. 2777 e segg. c.c.).

La norma è sintomatica della natura cd. *processuale* dei crediti prededucibili, che secondo la teoria tradizionale godono di un particolare trattamento non in ragione della causa del credito, come nel caso dei privilegi, ma per via del loro rapporto con la procedura.

In altre parole, i crediti prededucibili non si caratterizzano per la loro qualità *intrinseca* ma per la loro *strumentalità*

² Ricordiamo che, ai sensi dell'art. 111 l.f., "Sono considerati prededucibili quelli così qualificati da una precisa norma di legge, e quelli sorti in occasione o in funzione di una delle procedure concorsuali di cui alla presente legge; tali crediti sono soddisfatti con preferenza ai sensi del primo comma n. 1".

rispetto al procedimento concorsuale in funzione o in occasione del quale maturano³.

Ed è per tale ragione che nella domanda di insinuazione al passivo se il credito è di rango privilegiato non è sufficiente chiedere l'ammissione in prededuzione, ma va sempre richiesto esplicitamente il riconoscimento prelatizio; in difetto, non potrà che essere disposta l'ammissione in via di prededuzione chirografaria⁴.

Simili accortezze divengono rilevanti proprio in caso di insufficienza dell'attivo, ove appunto si deve applicare il criterio di graduazione sopra richiamato che implicherà l'incapienza di taluni crediti.

Quanto al secondo criterio, quello della *proporzionalità*, esso attiene all'ipotesi in cui nell'ambito dello stesso grado si collochino due o più crediti. In tal caso, occorrerà procedere ad una distribuzione in misura corrispondente a ciascun credito prededucibile di identica natura (ad es, più crediti di professionisti riconducibili al privilegio ex art. 2751 bis n. 2 c.c.)⁵.

I criteri indicati dalla norma andranno seguiti anche nell'ipotesi di una dinamica prosecuzione dell'impresa dopo il fallimento, ove venga disposto l'esercizio provvisorio ex art. 104 bis l.f.

Infatti, il comma 9 della norma precisa che tutti i crediti sorti in tale contesto vengono soddisfatti in prededuzione.

³ Per un'ampia ricostruzione dell'istituto della prededuzione fallimentare si veda A. Pezzano in "La legge fallimentare" a cura di M. Ferro, 2014, *sub* art. 111 l.f. pag. 968 e segg., Cedam, e G.M. Nonno, stessa opera, *sub* art. 103 l.f., pagg. 1536 e segg.

⁴ Laddove sia omessa o incerta l'indicazione delle ragioni della prelazione, il credito deve considerarsi chirografo (e non inammissibile la domanda), v. Corte di Cassazione n. 15.702 del 15.7.2011.

⁵ Per riferimenti si veda G. Limitone in "La legge fallimentare" a cura di M. Ferro, 2014, *sub* art. 111 bis l.f. pag. 1584 e segg., Cedam

Va però aggiunto che in tali casi la prospettiva dell'incapienza non dovrebbe teoricamente mai verificarsi, perché ciò dimostrerebbe che l'esercizio provvisorio, facendo lievitare costi prededucibili a carico della massa, sta arrecando danno ai creditori e quindi deve essere evitato o interrotto.

Ben più complessa è invece l'ipotesi in cui l'attivo fallimentare risulti gravato da garanzie reali, quali ipoteche, pegni o privilegi speciali.

In tal caso le prededuzioni non gravano indistintamente sull'attivo da liquidare, come invece nel caso in precedenza esaminato, ma seguono specifiche regole rinvenibili nel combinato disposto degli artt. 111 bis comma 2 e 111 ter comma 3 l.f.

La prima delle norme appena citate precisa che le prededuzioni gravano sul patrimonio mobiliare o immobiliare *“con esclusione di quanto ricavato dalla liquidazione dei beni oggetto di pegno ed ipoteca per la parte destinata ai creditori garantiti”*.

La disposizione non va letta isolatamente ma unitamente a quanto disposto dal comma 3 dell'art. 111 ter l.f. a proposito dei Conti Speciali.

Ivi viene chiaramente stabilito che nell'ipotesi di attivo gravato da garanzie reali, il ricavato può essere disposto in favore dei titolari di crediti muniti di garanzia reale previa imputazione delle entrate e delle uscite di carattere *specifico* e della quota proporzionale di quelle *generali*.

In pratica, per ciascuno di tali beni l'amministrazione fallimentare deve tenere un conto analitico - una sorta di *“mastro contabile”* o foglio di lavoro interno - nel quale annotare, in entrata e in uscita, le voci specifiche e quelle generali (in quota).

Ciò che viene destinato al riparto finale è il saldo netto che scaturisce dalla differenza di tali voci.

Quindi, ipotizzando un immobile ipotecato fra le Entrate dovranno essere conteggiati il ricavato lordo della vendita, gli interessi attivi bancari ad esso riferibili e l'eventuale rendita del bene per maturazione di frutti civili (canoni di locazione).

Fra le Uscite specifiche, invece, dovranno essere considerate (ad esempio) il costo del perito per la stima dell'immobile, le eventuali spese di manutenzione o custodia del bene, l'IMU⁶, le spese legali affrontate per un giudizio inerente l'immobile in questione e così via.

Le spese generali, prima fra tutte il compenso del curatore, dovranno invece essere distribuite proporzionalmente e quindi pesare in quota sul singolo bene gravato tenendo conto del valore realizzato per quest'ultimo⁷.

Quindi, esemplificando, se il l'attivo realizzato dalla vendita dell'immobile ipotecato fosse pari a 170 su un complessivo ricavato (per alienazione di altri immobili e mobili) di 450, l'incidenza sul creditore ipotecario del costo del curatore sarebbe pari al 37,7% (170:450).

⁶ Sulla interpretazione dell'IMU come uscita specifica v. Tribunale di Milano, Sez II, 21.5.2015 in *De Jure*, commentata da L. Gratteri "Prededucibilità del credito IMU nel fallimento e soddisfacimento sul ricavato dei beni ipotecati" in www.ilfallimentarista.it Giurisprudenza commentata - 9.3.2006

⁷ Per l'applicazione del principio ad un caso di esecuzione immobiliare proseguita dal creditore fondiario, in cui era intervenuto il curatore fallimentare, v. Tribunale di Monza 11.1.2013 in www.ilcaso.it. In realtà, la riforma fallimentare ha recepito il consolidato orientamento giurisprudenziale secondo cui non tutto il compenso del curatore può essere posto a carico del creditore ipotecario, e così anche le altre spese generali della procedura, ma solo quella parte della attività esercitata nell'interesse del creditore garantito (fra le altre, Corte di Cassazione n. 251 del 11.1.1995 e Corte di Cassazione n. 11.500 del 12.5.2010). Secondo alcuni autori, la riforma avrebbe oggi semplificato il calcolo, introducendo il criterio meramente proporzionale in sostituzione di quello strettamente legato alla "utilità" del costo (in questi termini, condivisibilmente, G. Federico in *Il Fallimento* pag. 1272, 2010).

Le indicazioni di calcolo contenute nella norma in questione (art. 111 ter comma 3 l.f.), trovano corrispondenza nell'art. 41 comma 3 del TUB, che per i crediti fondiari prevede infatti un conteggio del tutto analogo⁸.

La descritta imputazione delle prededuzioni fallimentari sui beni oggetto di prelazione speciale, riflette la sua importanza sul comportamento che deve tenere il curatore in tutti quei casi in cui, a monte, sia agevolmente prevedibile un'incapienza anche solo parziale di tali costi.

In altri termini, ove l'attivo fallimentare sia ad esempio costituito da un immobile ipotecato e da un attivo di modesta consistenza - fattispecie tutt'altro che astratta - il curatore è tenuto a valutare preventivamente se alcuni costi prededucibili potranno trovare futura e competente copertura.

Quindi, ad esempio, avviare un'azione di recupero credito o una revocatoria bancaria o, ancora, resistere in opposizioni allo stato passivo per crediti ininfluenti ai fini del riparto finale, potrebbe erodere risorse attive del fallimento in danno del creditore ipotecario. Se infatti tali iniziative si concludessero con un esito negativo o comunque senza incremento di attivo (infruttuoso recupero del credito, rigetto della domanda revocatoria etc.), i costi che ne deriverebbero verrebbero comunque sopportati dalla massa; il tutto in danno del creditore ipotecario, concretamente intaccato nel diritto a vedersi ripartita la somma di sua spettanza.

Si potrebbe allora avere una contestazione dell'operato del curatore - in sede di approvazione del conto di gestione,

⁸ L'art. 41 comma 3 D.Lvo n. 385 del 1.9.1993 (TUB) recita infatti: *"Il custode dei beni pignorati, l'amministratore giudiziario e il curatore del fallimento del debitore versano alla banca le rendite degli immobili ipotecati a suo favore, dedotte le spese di amministrazione e i tributi, sino al soddisfacimento del credito vantato"*. In campo concorsuale si tratta di norma che oggi può considerarsi superata dalla normativa in commento ma applicabile alle esecuzioni individuali nel caso in cui il credito per il quale si procedere abbia natura fondiaria

momento all'uopo deputato⁹ – e, non da ultimo, una richiesta di sostituzione di tale organo con azione di risarcitoria da parte del nuovo curatore¹⁰.

La conoscenza della corretta imputazione delle prededuzioni finisce quindi per avere riflessi non certo trascurabili sulle linee comportamentali degli organi fallimentari.

Nel fallimento le prededuzioni possono trovare soddisfazione anche al di fuori del piano di riparto e questo è un altro aspetto di cui occorre dare conto.

Infatti, l'art. 111 bis comma 3 l.f. consente la soddisfazione dei crediti prededucibili liquidi, esigibili e non contestati anche fuori dal riparto purchè l'attivo sia *“presumibilmente sufficiente a soddisfare tutti i titolari di tali crediti”*.

Si tratta anche in questo caso di operare una prognosi di futura capienza che, se positiva, consente il pagamento di tale tipologia di prededuzioni (la cui spettanza risulta pacifica e immediata).

I crediti in questione devono però essere *“sorti nel corso del fallimento”*, come ben evidenziato dalla norma, e la significativa precisazione segna una differenza netta con la fattispecie disciplinata dal comma 1.

In quest'ultimo caso, infatti, la non contestazione del credito esime il suo titolare dal chiedere l'ammissione al passivo anche laddove il suo diritto sia sorto in occasione o in

⁹ Corte di Cassazione n. 18940 del 10.9.2007: *“Il giudizio di approvazione del rendiconto presentato dal curatore ha ad oggetto oltre alla verifica contabile anche l'effettivo controllo di gestione e può estendersi all'accertamento della personale responsabilità nel compimento di atti pregiudizievoli per la massa o per i singoli creditori; in quest'ultimo caso il diniego di approvazione deve essere preceduto dal concreto riscontro di tutti i requisiti di riconoscimento della responsabilità, incluso il pregiudizio eventualmente cagionato alla massa o a uno dei creditori”* ,

¹⁰ Il richiamo è all'art. 38 l.f. in forza del quale il curatore adempie ai propri doveri con la diligenza richiesta dalla natura del suo incarico (comma 1) e l'esercizio dell'azione di responsabilità nei suoi confronti può essere esercitata soltanto dal nuovo curatore (comma 2).

funzione di altra procedura concorsuale, mentre l'esenzione dal riparto, prevista dal comma 3, permette l'agevolazione solo per le prededuzioni sorte *dopo* la dichiarazione di fallimento.

Per cui, ad esempio, il compenso del commissario giudiziale maturato nella procedura poi sfociata in fallimento e rimasto insoddisfatto, potrà non necessitare di un'apposita insinuazione al passivo ove lo stesso risulti non contestato per collocazione e ammontare, ma non potrà essere pagato al di fuori del piano di riparto.

In ogni caso, la responsabilità per l'eventuale errata previsione di capienza graverà esclusivamente sul curatore fallimentare e non anche sugli organi – oggi alternativamente il comitato dei creditori o il giudice delegato – che hanno autorizzato il pagamento del credito. E' pur sempre una valutazione "contabile", che non può coinvolgere anche tali organi.

3. Crediti prededucibili nel D.L.vo 159/2011 cd. Codice Antimafia

Nel volgere lo sguardo al Codice Antimafia, non si può ritenere che in tale contesto normativo vi sia stata una mera trasposizione delle regole dettate per la procedura fallimentare, atteso che in questo caso, a parere di chi scrive, si registrano significative differenze.

Va innanzitutto segnalato che le norme che si occupano della soddisfazione dei crediti prededucibili nelle misure di prevenzione sono contenute negli artt. 61, 54 e 42 del D.Lvo n. 159/2011 e il loro coordinamento non è di immediata percezione¹¹.

¹¹ In tema, tra i primi commenti, G. Minutoli "Verso una fallimentarizzazione del giudice della prevenzione antimafia" in *Il Fallimento* pag. 1271, 2011.

La prima disposizione (art. 61 comma 2) stabilisce che i crediti ammessi allo stato passivo vengono soddisfatti secondo un preciso ordine (che ricalca quello fissato dall'art. 111 l.f.): prima i prededucibili, poi i privilegiati (con prelazione sui beni confiscati), infine i chirografari¹².

La disposizione precisa però che la soddisfazione può avvenire *"nei limiti previsti dall'art. 53"*, e pertanto l'attivo distribuibile potrà essere solo quello del 60% del valore dei beni (sequestrati o confiscati) risultante dalla stima dell'amministratore giudiziario o dalla minor somma ricavata dalla vendita.

Letta isolatamente questa regola sembra non escludere l'incapienza delle prededuzioni, che ben potrebbero non trovare una integrale soddisfazione sul (limitato) attivo lasciato a disposizione dei creditori.

Una simile conclusione contrasta però con il dettato di altre disposizioni dello stesso testo normativo, segnatamente con gli artt. 54 e 42.

In particolare, la prima delle citate norme (art. 54) dispone che i crediti sorti nel corso del procedimento di prevenzione, liquidi, esigibili e non contestati, vengono soddisfatti con le liquidità a disposizione dell'amministratore giudiziario e, ove non sufficienti, mediante anticipazione da parte dello Stato.

La seconda (art. 42) dispone similmente che le spese necessarie o utili per la conservazione e l'amministrazione dei beni (sequestrati o confiscati) vengono sostenute dall'amministratore giudiziario e, dove non vi siano disponibilità sufficienti, devono anch'esse essere anticipate

¹² In particolare il comma terzo dell'art. 61 prevede testualmente: *"Sono considerati debiti prededucibili quelli così qualificati da una specifica disposizione di legge, e quelli sorti in occasione o in funzione del procedimento di prevenzione, incluse le somme anticipate dallo Stato ai sensi dell'art. 42"*

dallo Stato (la stessa disciplina vale per le spese necessarie alla gestione delle aziende sequestrate, art. 41 comma 3).

Si può ritenere che le disposizioni richiamate siano in realtà sovrapponibili, atteso che le spese per conservazione/gestione dei beni (artt. 42 e 41, comma 3) potranno essere verosimilmente anch'esse non contestate, liquide ed esigibili (art. 54).

Orbene è evidente che per queste tipologie di crediti prededucibili non si prefigura mai, *ex latere creditoris*, un'incapienza.

Dove non vi è attivo, infatti, anticipa lo Stato.

Ed allora, nello sforzo di rendere organico ciò che è nato disorganico, si potrebbero coordinare le due regole nel senso che i creditori prededucibili sorti nel corso delle misure di prevenzione, non contestati liquidi ed esigibili - fra i quali ricomprendere anche costi e spese riferibili a decisioni gestorie dell'amministratore giudiziario - vengono sempre e comunque pagati, correntemente e anche oltre il limite di cui all'art. 53.

Laddove poi, in sede di riparto (in questa sede denominato *Piano di pagamento dei debiti*), quanto anticipato dallo Stato non dovesse trovare capienza, a quel punto l'insufficienza dell'attivo rimarrà a suo carico. Quest'ultimo vedrà in tale ipotesi eroso il margine del 40% di cui all'art. 53.

Il rischio di incapienza subiranno invece sempre quelle prededuzioni, stabilite dalle legge o sorte in occasione o in funzione della misura di prevenzione (art. 61 comma 3), che risultino contestate, illiquide o non esigibili.

La ricostruzione qui proposta sembra inserirsi anche in una più ampia logica di sistema, in quanto lo Stato per amministrare e custodire i beni oggetto di misure di prevenzione e destinati all'ablazione non può chiedere sacrifici a soggetti estranei al reato, che hanno prestato la loro

collaborazione nel corso della procedura e che sono, per definizione, "in buona fede".

Il rischio di un'eventuale gestione in perdita pesa insomma sulle casse dello Stato, e questa, pur tra mille incertezze, sembra a chi scrive una ricostruzione possibile per superare il rischio di incoerenza dell'assetto normativo.

Le richiamate disposizioni del Codice Antimafia, a ben vedere, segnano una precisa differenza rispetto alla procedura fallimentare, dove invece l'incapienza delle prededuzioni (di tutte, senza distinzione) è ben possibile, tanto che l'ultimo comma dell'art. 111 bis l.f. la disciplina espressamente.

Ma si tratta di una differenza che sembra trovare giustificazione nella differente funzione che le due procedure svolgono, l'una di ispirazione civilistica e l'altra invece di tipo penalistico.

Paolo Bortoluzzi