



TRIBUNALE DI MODENA
Sezione III Civile
Crisi Insolvenza Procedure concorsuali

Rg 147/2018

Fall:GAMMA SRL "IN LIQUIDAZIONE"

Curatore:

Il Giudice delegato, dott. Carlo Bianconi;

letti gli atti del procedimento di reclamo *ex artt.* 36 e 110 l.f. avverso il progetto di ripartizione parziale dell'attivo;

letti gli atti della procedura;

ritenuta la opportunità del rinvio pregiudiziale alla Suprema Corte di Cassazione ai sensi dell'art. 363-*bis* c.p.c.;

ha pronunciato la seguente

ORDINANZA

Sintesi.

Con il presente rinvio pregiudiziale lo scrivente intende chiedere alla Suprema Corte di Cassazione, previo vaglio di ammissibilità dell'Ecc.mo Primo Presidente, di indicare il principio di diritto atto a dirimere il seguente nodo interpretativo, rilevante sia nel contesto della legge fallimentare, che in quello del codice della crisi di impresa:

- ***“se, ai sensi del combinato disposto degli artt. 111-bis c. 2 e 111-ter c. 3 l.f., i crediti per i compensi dei professionisti che abbiano assistito la impresa debitrice in vista e nel corso della procedura di concordato preventivo, laddove ammessi in via di prededuzione al passivo del consecutivo fallimento, possano essere considerati uscite di carattere generale, come tali suscettibili di soddisfazione proporzionale sul ricavato della vendita di un immobile gravato da ipoteca, per il caso in cui il ricavato medesimo non sia sufficiente a soddisfare il creditore ipotecario ammesso al passivo”.***

La controversia oggetto di esame nel merito.

La Curatela, venduto competitivamente un immobile della fallita, ha presentato progetto di ripartizione parziale dell'attivo.

Nel progetto, comunicato ai creditori, il Curatore ha ritenuto di distribuire il ricavato della massa immobiliare secondo le operazioni che quivi si sintetizzano:

- 1) decurtazione, dal ricavato complessivo, delle uscite specificamente riferibili alla massa immobiliare;
- 2) decurtazione, dal ricavato complessivo, delle uscite comuni e generali, secondo il principio di proporzionalità;
- 3) assegnazione in ripartizione, secondo il principio di proporzionalità, delle somme costituenti la quota del compenso del Commissario giudiziale (ammesso in prededuzione) a gravare sulla massa immobiliare;
- 4) assegnazione in ripartizione, con prelievo integrale, delle somme destinate a due creditori assistiti da privilegio speciale sul bene (*ex artt. 2775 e 2780, commi 1 e 2, c.c.*).

All'esito delle operazioni contabili sin qui sintetizzate - sicuramente ineccepibili, e da alcuno contestate - ed operati gli accantonamenti di legge, la Curatela riteneva di destinare il residuo della massa alla soddisfazione pressoché integrale (ossia in misura pari all'86% circa) del creditore ipotecario ammesso.

Ciò, senza prevedere alcuna collocazione proporzionale al riparto immobiliare dei crediti di alcuni professionisti (ammessi in prededuzione al passivo) che avevano assistito la debitrice in vista e nel corso della procedura di concordato preventivo cui il fallimento era seguito.

I predetti professionisti avevano, in sintesi, svolto i seguenti ruoli:

- dott. Cantaroni (cron. 55), consulente contabile (cd. "*advisor*") ai fini della predisposizione del ricorso, della proposta e del piano, oltre che durante la procedura di concordato;
- dott. Casarini (cron. 182), attestatore;
- dott.ri F. S. e (cron. 60, 59 e 56) componenti del collegio sindacale durante la procedura di concordato preventivo;
- Studio & Ass. (cron. 57), consulenza fiscale e contabile durante la procedura di concordato preventivo.

Essi oggi svolgono reclamo avverso il progetto di ripartizione, chiedendone la rettifica o la rinnovazione.

La Curatela ha depositato note difensive, con cui ha illustrato la propria tesi, favorevole al creditore ipotecario.

Quest'ultimo (Siena NPL 2018 S.r.l.) si è costituito chiedendo la reiezione del reclamo.

Interveniva poi, aderendo al reclamo, un ulteriore creditore, ossia:

- geom. (cron. 195), stimatore dei beni mobili e immobili della società, e da questa incaricato ai fini, indirettamente, della predisposizione del ricorso, della proposta, del piano.

Quanto alla posizione del geom. il creditore ipotecario eccepiva la tardività del gravame, essendosi questi costituito solo nel termine concesso dal Giudice ai controinteressati, avendo peraltro ommesso di impugnare tempestivamente il progetto di riparto.

La controversia veniva discussa in udienza innanzi al sottoscritto Giudice delegato, che all'esito si riservava.

Oggetto del rinvio pregiudiziale e quadro normativo.

Il quesito pregiudiziale sottoposto alla Suprema Corte è stato *supra* sintetizzato al primo paragrafo, salvo quanto si dirà.

Quanto al quadro normativo: alla presente procedura è applicabile la legge fallimentare, come previsto dall'art. 390, comma 2, CCII.

Si farà quindi principalmente riferimento alle norme di essa, ma non si mancherà di sottolineare come la questione oggi sollevata possa certamente assumere rilievo anche con riferimento alle procedure di liquidazione giudiziale che saranno governate dalla disciplina contenuta nel CCII.

I reclamanti si dolgono della violazione e/o della erronea applicazione, da parte della Curatela, degli artt. 111, 111 bis e 111 ter l.f.: nello specifico, sottolineano la mancata lettura combinata e sistematica degli artt. 111 bis comma 2 e 111 ter comma 3 l.f.

La prima delle due norme appena citate dispone 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 e di ipoteca per la parte destinata ai creditori garantiti [...]”*.

La seconda norma prevede che: “*Il curatore deve 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 analitica indicazione 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*”.

A dire dei reclamanti, in estrema sintesi, il ricavato della vendita dei beni gravati di ipoteca dovrebbe essere assegnato ai creditori prelatizi ipotecari:

- 1) solo per la parte “loro destinata”;
- 2) previa decurtazione, quindi e tra l’altro, della quota parte proporzionale delle uscite di carattere generale;
- 3) tra le uscite di carattere generale rientrerebbero, per l’appunto, anche i crediti dei professionisti di cui si discute.

Il quesito pregiudiziale è utile proprio e soprattutto a chiarire il punto 3) che precede, atteso che, come meglio si dirà *infra* tale aspetto non risulta essere mai stato affrontato dal Supremo Consesso nomofilattico.

Presupposti del rinvio pregiudiziale.

Si passeranno ora in rassegna i presupposti espliciti ed impliciti, ivi compresi quelli processuali, del proposto rinvio.

Applicabilità dello strumento *ratione temporis*.

L’art. 35 del D.lgs. 149/2022, nel combinato disposto dei suoi commi, chiarisce che le disposizioni di cui all’articolo 363-*bis* del codice di procedura civile entrano in vigore dal 28.2.2023 e si applicano ai procedimenti di merito pendenti alla data del 01 gennaio 2023.

Il presente giudizio, incardinato in data 12.1.2023, risulta oggi pendente innanzi allo scrivente Giudice delegato: si ritiene, stante la assoluta irrazionalità di una diversa interpretazione, che la norma intertemporale intenda ricomprendere nel suo spettro applicativo (anche) tutti i procedimenti instaurati nel periodo intercorrente dal 01.1.2023 al 28.2.2023, i quali, sennò, sarebbero incomprensibilmente (e soltanto loro) esclusi dall’operatività dello strumento.

Astratta ricorribilità presso la Suprema Corte di Cassazione del provvedimento da adottarsi.

Tra i presupposti impliciti del rinvio, merita senz'altro menzionare quello in parola.

Sarebbe in effetti discutibile auspicare un (anticipato) intervento chiarificatore della Suprema Corte nell'ambito di un procedimento che non sarebbe in ogni caso destinato a giungere al suo cospetto per le vie ordinarie di gravame.

Nel caso in esame, il requisito è rispettato: le Sezioni Unite civili della Suprema Corte, infatti, hanno statuito che *“è ammissibile il ricorso per Cassazione a norma dell'art. 111 Cost., avverso il decreto del tribunale che abbia dichiarato esecutivo il piano di riparto parziale, pronunciato sul reclamo avente ad oggetto il provvedimento del giudice delegato, nella parte in cui decide la controversia concernente, da un lato, il diritto del creditore concorrente a partecipare al riparto dell'attivo fino a quel momento disponibile e, dall'altro, il diritto degli ulteriori interessati ad ottenere gli accantonamenti delle somme necessarie al soddisfacimento dei propri crediti nei casi previsti dall'art. 113 l.fall., trattandosi di provvedimento dotato dei caratteri della decisorietà e della definitività”* (Cass. SSUU Sent. 24068/2019 Est. Genovese).

La decisione del sottoscritto Giudice delegato (da rendersi ex artt. 36 e 110 l.f.) potrebbe quindi essere impugnata innanzi al Collegio, e la pronuncia del Tribunale, a sua volta, ricorso per Cassazione, di talché non vi è dubbio circa l'applicabilità dello strumento alla presente regiudicanda.

Audizione delle parti.

Questo Giudice ha interpellato le parti circa la possibilità di disporre il presente rinvio: nessuna si è detta contraria.

Anzi, tutte hanno riferito al Giudice circa l'intenzione (in mancanza di rinvio pregiudiziale) di percorrere la via dei gravami ordinari sino alla sede suprema di legittimità: ciò alla luce i) della oggettiva controvertibilità della questione; ii) del valore economico delle pretese mosse; iii) dell'intuibile impatto economico generale della soluzione da adottarsi, in un senso o nell'altro.

Natura esclusivamente giuridica della questione.

Nel giudizio allo scrutinio dello scrivente – e precipuamente in sede di rinvio pregiudiziale – si fa questione di una fattispecie squisitamente “di diritto”, che in alcun modo coinvolge apprezzamenti di fatto: essa attiene solo e soltanto alla interpretazione, in un senso o nell’altro, di norme di legge che disciplinano i criteri di distribuzione di somme realizzate nell’ambito della procedura fallimentare in favore di creditori la cui posizione è coperta da giudicato (sia pur endo-fallimentare), e non più controvertibile.

Necessità del rinvio.

Quanto appena detto conduce ad esaminare l’aspetto che riguarda la necessità del rinvio (ossia il primo presupposto esplicitamente menzionato dal nr. 1 del comma 1 dell’art 363-*bis* c.p.c.).

Sul punto, in via di premessa, non sfugge al Giudice scrivente come la posizione sostanziale dei reclamanti – ivi compreso l’intervenuto in via adesiva – sia in realtà giuridicamente “diversificata”, ai fini che qui rilevano: un conto è la natura, ad esempio, del credito vantato dal componente del collegio sindacale, un conto quella del credito vantato dallo stimatore “di parte”, un conto infine quella dell’*advisor* contabile e dell’attestatore.

Nondimeno, ed anzi proprio per questo, la formulazione del quesito pregiudiziale è volutamente generica (si da ricomprendere le figure dei “professionisti” in senso ampio intesi), allo scopo di ottenere dalla Suprema Corte una direttiva interpretativa utile al successivo scrutinio concreto di tutte le posizioni coinvolte.

Con specifico riferimento alla posizione dell’*advisor* contabile e dell’attestatore, in ogni caso, è intuitivamente apprezzabile la natura astrattamente “generale” del loro credito, considerato che la loro opera ha ad oggetto, tra le altre cose, l’analisi complessiva di ogni elemento dell’attivo della impresa debitrice che intenda accedere al concordato preventivo, ivi compresi gli *asset* immobiliari.

Tali posizioni – che sono peraltro quelle più rilevanti economicamente nel caso in esame – devono quindi necessariamente essere scrutinate previa interpretazione, in un senso o nell’altro, delle norme oggi sottoposte alla attenzione della Suprema Corte: in tal senso, la risoluzione della questione appare necessitata quantomeno *in parte qua*, ciò che di per sé solo giustifica il ricorso al rinvio pregiudiziale, per espressa disposizione codicistica.

Inoltre, per quanto occorrere possa, si sottolinea come la questione non possa da questo GD essere “aggirata” (si tornerà *infra* sul punto) attraverso l’ipotetico rilievo della non configurabilità della prededuzione in favore dei crediti suddetti, essendo nel caso in esame tale profilo ormai non più rivisitabile: le ammissioni in tale categoria, infatti, risalgono agli albori della procedura (anno 2019) e sono ormai coperte dal giudicato endo-fallimentare.

Non potendosi decidere il reclamo, se non previo scioglimento del nodo interpretativo sin qui descritto, si ritiene ampiamente integrato il requisito in parola.

Il tutto, con un’ultima precisazione: chi scrive ritiene che il requisito della necessità di cui si discute possa considerarsi in qualche misura “slegato” dalle occasionali e/o meramente accidentali ricadute concrete del caso, dovendosi richiedere alla Suprema Corte di formulare una regola di interpretazione utile a risolvere un dubbio ermeneutico connotato da generalità e astrattezza.

Ma anche a opinare diversamente, in ogni caso, il requisito sarebbe comunque integrato nella presente fattispecie, considerato che, se si confermasse la decisione fatta propria dal Curatore – la quale ha la implicita ricaduta per cui i crediti professionali in parola dovrebbero essere soddisfatti con prelievo in prededuzione dalla massa mobiliare -, non vi sarebbe concretamente nel fallimento in parola capienza sufficiente per soddisfare la pretesa dei reclamanti, neppure nello scenario conclusivo più favorevole (tale dato, che non emerge ovviamente dagli atti del reclamo, è incontestato tra le parti e viene comunque, per quanto occorrere possa, attestato in questa sede dal Giudice scrivente).

Carattere inedito della questione.

Il secondo dei requisiti previsti dall’art. 363-*bis*, comma 1, nr. 1) c.p.c. è quello sicuramente più “sfidante” per il Giudice di merito rimettente, ed è infatti quello in relazione alla cui carenza è stato ad oggi pronunciato dall’Ecc.mo Primo Presidente il maggior numero di provvedimenti di inammissibilità, alla data di redazione della presente ordinanza.

A questo Giudice non risulta che la Suprema Corte abbia pronunciato in casi analoghi al presente, e tale opinione è niente affatto isolata, considerato che nelle pronunce di merito che si indicheranno *infra* gli stessi Estensori dei provvedimenti hanno ritenuto lo stesso.

Allo stesso modo ha ragionato il Curatore: vedasi la considerazione in fondo alla pag. 3 della memoria autorizzata 06.2.2023.

Pure la Dottrina che ha affrontato il tema ha affermato (da ultimo alla data del novembre 2022) come non sia dato rinvenire una pronuncia di legittimità specifica sul punto¹.

La Corte, per altro verso, si è senz'altro occupata di fattispecie "non estranee" alla, ma purtroppo niente affatto risolutive della, presente.

Con la ordinanza 18882 del 10.6.2022 (Est. Vella) hanno statuito che *"il credito erariale per l'IMU maturata dopo la dichiarazione di fallimento rientra tra le spese sostenute per la conservazione, amministrazione e liquidazione dell'immobile ed integra una "uscita di carattere specifico", a norma dell'art. 111 ter l.fall., che grava in prededuzione su quanto ricavato dalla liquidazione del bene, anche se oggetto di ipoteca, trovando tale soluzione conferma, altresì, nella formulazione contenuta nell'art. 222, comma secondo, del Codice della crisi di impresa approvato con d.lgs. n. 14 del 2019"*.

Tale pronuncia – massimamente condivisibile – si occupa di un problema logicamente "a monte" di quello oggetto di rinvio, che riguarda per l'appunto la risoluzione della (solo apparente) antinomia tra le due norme più volte citate, risolvendola in senso esattamente coerente con quanto stabilito solo quattro mesi prima dalle Sezioni Unite civili (Sent. 16.2.2022 nr. 5049 Est. Acierno).

In tale pronuncia (peraltro non nella sua massima ufficiale), le Sezioni Unite hanno affermato, a pag. 14, che *"in primo luogo devono essere soddisfatti i crediti della massa; il principio vale non solo per i crediti chirografari e per quelli privilegiati (muniti di privilegio speciale o generale) ma anche per i crediti ipotecari e pignoratizi, sia pure nei limiti dell'art. 111 bis comma 2 legge fall. - per cui i crediti prededucibili vanno soddisfatti con il ricavato della liquidazione del patrimonio, "con esclusione di quanto ricavato dalla liquidazione dei beni oggetto di pegno ed ipoteca", esclusione però limitata alla "parte destinata ai creditori garantiti" - con implicito rinvio all'art. 111 ter comma 3 legge fall., in base al quale i creditori ipotecari e pignoratizi sopportano non solo le spese direttamente imputabili alla gestione e liquidazione dei beni gravati da pegno o ipoteca, ma anche una quota*

¹ Questo Giudice, sia pur "a malincuore", ritiene di non poter citare nominalmente gli Autori e/o gli specifici contributi dottrinali, per non incorrere nel noto divieto di cui all'art. 118 disp. att. c.p.c.;

parte delle spese generali di gestione della procedura, "secondo un criterio proporzionale" .

Orbene, a parere di questo Giudice, possono trarsi le seguenti considerazioni:

- la pronuncia a Sezioni Unite ha risolto la apparente antinomia tra le norme in parola, statuendo che i creditori prelatizi speciali (tra cui gli ipotecari) sopportano i costi delle uscite specifiche e di quota parte di quelle generali;
- la medesima pronuncia ha espresso tale principio di diritto, sostanzialmente, al fine di risolvere altra questione, che era realmente al suo esame ed oggetto di massima di particolare importanza, concernente la revocabilità del pagamento effettuato in favore del creditore pignoratizio col ricavato della vendita di tale bene;
- l'ordinanza 18882/2022 ha del tutto coerentemente esteso tale principio (compositivo della solo apparente antinomia) in favore della posizione di un creditore prededucibile specifico, vale a dire il Comune per l'Imposta Municipale Unica, inequivocabilmente gravante su di un determinato bene immobile.

Quello che però le pronunce succitate non possono in alcun modo chiarire, non essendo stata loro sottoposta la questione oggi sollevata, sta esattamente "a valle" di quanto chiarito.

Posto che è ormai chiaro, infatti, che l'art. 111-ter c. 3 l.f., in qualche misura "prevale", specificandolo e limitandolo, sul disposto di cui all'art. 111-bis c. 2 l.f., sancendo che dal ricavato delle vendite immobiliari devono essere decurtate, prima di procedere al riparto, le uscite specifiche e la quota proporzionale di quelle generali, in nessun precedente di legittimità ad oggi è stata risolta la questione se i crediti per i compensi dei professionisti coinvolti a vario titolo nella predisposizione di una domanda di concordato e nella gestione della procedura negoziata in parola, laddove ammessi in prededuzione nel consecutivo fallimento, possano considerarsi "uscite di carattere generale", con ogni conseguenza del caso.

Né, per gli stessi motivi, pare ritraibile, dalle pronunce note, la soluzione del quesito, proprio per la più volte sottolineata diversità dei piani interpretativi.

Riproponibilità della questione in numerosi giudizi.

Per ragioni di ordine sistematico si stima opportuno affrontare precedentemente il presupposto di cui al nr. 3) della norma, rimandando al prosieguo la trattazione di quello di cui al nr. 2).

La questione sollevata pare certamente ricorrente e statisticamente riproponibile. Ciò per plurime ragioni, sia empiriche che normative.

Sotto il primo profilo, si darà conto della pluralità di pronunce di merito che hanno risolto la questione, in un senso o nell'altro: ciò assevera la concreta ricorrenza del tema.

Dal punto di vista normativo, si osservi che i "fallimenti" (e quindi i relativi riparti, disciplinati anche dalle norme del Regio Decreto in parola) troveranno perdurante vitalità, considerato che tutte le procedure apertesesi a seguito di ricorsi in ogni tempo depositati sino alla recentissima data del 14.7.2022 saranno disciplinate dalla legge fallimentare: sul punto, l'art. 390 CCII non lascia dubbi di sorta.

Ma, come anticipato, le cose non muteranno (*recte*: non sono mutate) nel vigore del CCII: la disposizione degli artt. 222 comma 2 e 223 comma 3, infatti, è quasi del tutto identica a quella delle norme oggi sottoposte all'attenzione della Suprema Corte; fa eccezione l'inserimento, nel corpo della prima delle due, dell'inciso "*salvo il disposto dell'art. 223*", previsione che ha il verosimile intento di corroborare l'approdo delle Sezioni Unite sopra menzionato, ma che, per i motivi detti, non ha rilevanza risolutiva della questione oggi sollevata.

Né può avere rilevanza, oggi come domani, il *trend* giurisprudenziale e normativo – invero evidente, e sicuramente comprensibile e giustificato – volto al ridimensionamento dei casi di riconoscimento della prededuzione dei professionisti del concordato nel successivo fallimento.

Si allude, come ovvio, alla pronuncia delle Sezioni Unite n. 42093 del 31 dicembre 2021 (Est. Ferro), ed alla attuale formulazione dell'art. 6 CCII.

Per quanto qui unicamente rileva, mette conto osservare come tale "ridimensionamento" – sempre che si verifichi nei fatti – non sarà in ogni caso idoneo ad escludere il riconoscimento della prededuzione ai crediti di cui si discute in tutti i (non rari) casi in cui la procedura di concordato abbia raggiunto e superato la fase della ammissione (art. 162 l.f.), oggi della apertura (art. 47 CCII).

Il tutto, in un contesto in cui la anticipata emersione della crisi (ciò che dovrebbe indurre statisticamente gli imprenditori ad avanzare con più solerzia domande di

accesso agli strumenti di regolazione, tra cui il concordato) rappresenta manifesto obiettivo del Legislatore, sia nazionale che eurounitario.

Si tralascia, da ultimo, di approfondire l'argomento "metagiuridico" avente ad oggetto la enorme rilevanza degli interessi economici in gioco, ciò che chiaramente non potrebbe non avere effetti generatori di contenzioso.

Presenza di gravi difficoltà interpretative. Indicazione delle diverse possibili soluzioni.

Nel presente ed ultimo paragrafo si tratterà delle gravi difficoltà interpretative e delle possibili soluzioni, che, lo si anticipa, paiono sostanzialmente due, tra loro escludenti.

La gravità delle difficoltà interpretative sta:

- 1) nel solo recente definitivo superamento della apparente antinomia tra le norme citate, circostanza che, complicando il nodo interpretativo "a monte", ha impedito di giungere a soluzioni soddisfacenti e stabili sulla questione "a valle" oggi in esame;
- 2) nella assenza di specificità del combinato disposto delle due norme all'odierno scrutinio, che peccano di scarsa analiticità, prevedendo solo categorie generalissime quali "i crediti prededucibili", "le entrate e le uscite", "il carattere specifico e generale", *etc.* tali da rendere sostenibili entrambe le conclusioni;
- 3) nelle implicazioni relevantissime della scelta, che incide non solo sul momento (essenziale) del riparto, ma anche, molto prima, sulle determinazioni degli agenti economici, finanziari e professionali coinvolti, sulla emersione della crisi, ed in generale sull'interesse collettivo della efficienza, economicità e giustizia delle procedure concorsuali.

Ciò premesso, si passano in rassegna le due opposte interpretazioni possibili, con rapida menzione degli argomenti a loro sostegno.

Tesi sub 1). La impossibilità di qualificare i crediti in parola come "uscite di carattere generale".

La prima tesi è stata fatta propria, *inter alios*, da:

- Tribunale di Lecco, decr. 07.7.2022 (Est. Tota) in www.dirittodellacrisi.it;
- Tribunale di Siracusa, decr. 06.3.2023 (Est. Rusconi) in www.ilcaso.it.

Si riassumono gli argomenti addotti in tali pronunce, oltre a quelli sostenuti da parte della Dottrina e ravvisabili da questo Giudice.

Un primo argomento, di carattere letterale, risiede nel fatto che i crediti dei professionisti non rappresentino vere e proprie “uscite”, ossia non costituiscono “esborsi”.

Un secondo argomento, di tipo sistematico, e affrontato approfonditamente nei decreti citati, sta nel fatto che in ogni caso tali crediti non abbiano “carattere generale”.

Non sono, secondo tale tesi, costi utili al funzionamento della procedura di fallimento, e tantomeno lo sono in relazione alla posizione del creditore ipotecario.

Il terzo argomento, riguarda proprio la posizione del creditore ipotecario in parola. Questi non dovrebbe sopportare costi (diversi da quelli specifici e da quelli generali di funzionamento della procedura) che sviliscano il valore della propria garanzia.

Ciò, oltretutto, tenuto conto che solitamente l'ipotecario nulla potrebbe guadagnare dalla iniziativa concordataria, essendo il suo credito garantito da un cespite immobiliare soggetto a liquidazione competitiva in ambo gli scenari (concordatario o fallimentare).

E ciò pure, infine, tenuto conto che il creditore ipotecario, per la parte da ritenersi garantita a seguito di stima, neppure è chiamato a votare, nel concordato, dovendo così subire (nel consecutivo fallimento) un effetto pregiudizievole sul quale non avrebbe avuto modo di interloquire.

Tesi sub 2). La qualificazione dei crediti in parola come “uscite di carattere generale”.

La tesi in esame è stata fatta propria, *inter alios*, da:

- Tribunale di Trapani, decr. 27.12.2019 (Est. Hamel) in in www.ilcaso.it;

Si riassumono gli argomenti addotti in tale pronuncia, oltre a quelli sostenuti da parte della Dottrina e ravvisabili da questo Giudice.

Con riferimento all'argomento letterale, è evidente che il termine “uscite” non debba leggersi nel senso di “esborsi”, ma nel significato economico di “costi”.

Nessuno metterebbe in dubbio che determinate spese di carattere generale (primo tra tutti il compenso del Curatore) al momento del riparto non rappresentano (ancora) un esborso, ma una voce di “costo”, per l'appunto, concretizzato in termini finanziari solo all'atto della emissione del mandato di pagamento.

Con riguardo al tema della funzionalità di tali spese alla procedura di fallimento, si ritiene che questo non possa essere un argomento spendibile nella fase del riparto (le norme in esame non distinguono il carattere in parola in base al momento della insorgenza del credito), ma, semmai, da retrodatarsi al momento del giudizio di ammissione al passivo ed assegnazione della prededuzione.

Con riguardo al carattere di generalità e di utilità, si pongono i seguenti argomenti.

Innanzitutto, come detto *supra*, l'opera del consulente *advisor* o dell'attestatore è necessariamente rivolta ad ogni aspetto dell'attivo della impresa debitrice, ivi compresa la componente immobiliare.

In secondo luogo, l'indifferenza del creditore ipotecario alle sorti del concordato è un dato che trova riscontro ampio, ma solo da un punto di vista empirico, e non in astratto: se la debitrice dovesse approntare un piano concordatario che conduce ad una continuità aziendale favorevole, potrebbe ad esempio essere valorizzata anche la componente immobiliare (a tutto vantaggio, *in primis*, del creditore garantito), magari attraverso la locazione del medesimo e la generazione di frutti civili.

Sempre ragionando da una prospettiva astratta, non si dimentichi che le norme in parola riguardano non solo i titolari di garanzie ipotecarie sugli immobili (statisticamente meno soggetti a valorizzazione concordataria), ma pure i creditori assistiti da pegno o privilegio speciale mobiliare, cause di prelazione che incidono su componenti dell'attivo per cui è più facile immaginare ipotesi di valorizzazione.

Con riguardo alle "prerogative difensive" del creditore ipotecario, è senz'altro vero ciò che sostiene la tesi opposta in riferimento alla mancata possibilità di voto.

Tale assetto, peraltro, è rivisitato alla radice dal nuovo CCII: si ponga mente, ad esempio, a quanto previsto dall'art. 109, comma 5.

Ma, soprattutto, tale interpretazione, per quanto corretta, tradisce l'omessa considerazione delle conseguenze ultime della tesi sostenuta: è chiaro, infatti, che se si solleva *in toto* l'ipotecario dai costi della prededuzione di cui si discute, essi dovranno ricadere su altri.

Ed in particolare essi potranno ricadere sui professionisti stessi (che non troveranno capienza), ma solo ove non sia presente una massa liquida attiva mobiliare: se essa vi sia, al contrario, i crediti prededucibili in parola saranno ovviamente soddisfatti con preferenza rispetto ai creditori concorsuali.

Orbene, tra questi ultimi, con frequenza statisticamente notevole, figurano soggetti assistiti da privilegio generale, quali, ad esempio:

- lavoratori;
- artigiani;
- Erario;
- etc.

Nessuno di costoro, nell'ambito di un concordato preventivo disciplinato dalla legge fallimentare (in disparte l'istituto della cd. transazione fiscale) è chiamato al voto, in ossequio e quale corollario delle regole della cd. *absolute priority rule*.

Ebbene, esonerare l'ipotecario dalla sopportazione di costi quali quelli in parola, a cagione della esclusione del creditore dal voto, avrebbe la necessaria e contraddittoria conseguenza di far ricadere gli stessi costi su altri creditori, pure privi di tale potere di interlocuzione, e di regola socialmente più svantaggiati.

Si verte in una situazione di "ottimo paretiano" tale per cui la necessità di allocazione delle risorse impone che non si possa migliorare la condizione di un soggetto senza peggiorare la condizione di un altro.

Tale *impasse* potrebbe essere risolubile attraverso la applicazione pratica del criterio del cd. "*maximin*" sviluppato nella filosofia del diritto statunitense del secolo passato: secondo questo criterio, la funzione del benessere può essere fatta coincidere con il benessere dell'individuo più svantaggiato; se, infatti, in una ottica del tutto astratta si assuma che gli individui siano chiamati a prendere una decisione soddisfacente, è lecito attendersi che essi, data la loro avversione al rischio, tenderanno a massimizzare l'utilità minima attesa.

In altre parole, per un individuo razionale che agisca in condizioni di incertezza, qualsiasi intervento di redistribuzione delle risorse sarà giudicato positivamente se la situazione del consociato più sfavorito sarà migliorata.

Alla luce di tutte le considerazioni svolte, si auspica che la Suprema Corte di Cassazione, in esito al vaglio di ammissibilità dell'Ecc.mo Primo Presidente, voglia decidere il rinvio pregiudiziale siccome proposto.

Tutto ciò premesso;

visto l'art. 363-*bis* c.p.c.;

PQM

Dispone il rinvio pregiudiziale alla Ecc.ma Corte di Cassazione – Roma della presente ordinanza, affinché la Stessa, previo vaglio di ammissibilità dell'Ecc.mo Primo Presidente, voglia indicare il principio diritto atto a dirimere il seguente nodo interpretativo, rilevante sia nel contesto della legge fallimentare, che in quello del codice della crisi di impresa:

- ***“se, ai sensi del combinato disposto degli artt. 111-bis c. 2 e 111-ter c. 3 l.f., i crediti per i compensi dei professionisti che abbiano assistito la impresa debitrice in vista e nel corso della procedura di concordato preventivo, laddove ammessi in via di prededuzione al passivo del consecutivo fallimento, possano essere considerati uscite di carattere generale, come tali suscettibili di soddisfazione proporzionale sul ricavato della vendita di un immobile gravato da ipoteca, per il caso in cui il ricavato medesimo non sia sufficiente a soddisfare il creditore ipotecario ammesso al passivo”***.

Dispone l'immediata trasmissione della presente ordinanza, oltre che degli atti del fascicolo del reclamo, a cura della Cancelleria, alla Suprema Corte di Cassazione – Roma.

Sospende per l'effetto il presente procedimento.

Riserva, nel concerto con gli organi della procedura, di disporre in ordine al compimento di atti urgenti connessi alla procedura di ripartizione dell'attivo che non dipendano dalla soluzione della presente questione.

Si comunichi alla Curatela ed alle parti costituite nel giudizio di reclamo.

Modena, 17.6.2023

Il Giudice delegato

Dott. Carlo Bianconi