

LA PREDEDUZIONE NELL'ANNO DI GRAZIA 2013.

Di Raffaele D'Amora

SOMMARIO: 1. Il quadro di riferimento - 2. La Legge 134/12: lo tsunami delle nuove prededuzioni e le norme velenose - 3. *Verba manent*: i molti nomi della prededuzione - 4. La prededuzione nelle procedure di sovraindebitamento - 5. La prededuzione "ai sensi dell'art. 111" e le norme "incriminate" - 6. L'articolo 161, comma 7 e gli atti legalmente compiuti - 7. L'articolo 182-quinquies comma 1 e il senso dell'alternativa - 8. La prededuzione del credito del professionista attestatore - 9. La forza della prededuzione debole.

Avvolta per decenni nelle nebbie dell'art. 111 *ancien régime*, la prededuzione venne alla luce del sole col riformato art. 111 e, sul carro alato del binomio "in occasione o in funzione", cominciò a volare alto, così alto da rischiare la sorte di Icaro.

Riportata sulla terra dall'art. 182-quater, nell'anno di grazia 2013 è destinata a vivere una nuova stagione, difficile dire se primavera o autunno.

Cerchiamo di scrutare il futuro di questa affascinante, quanto sfuggente novella figlia di Dedalo.

1. Il quadro di riferimento

Chiunque legga questa riflessione è perfettamente a conoscenza del precedente dibattito. Doveroso, quindi, risparmiargli resoconti e citazioni e, in definitiva, la nota storia di ciò che è stato, se non nei limiti minimi necessari alla organizzazione del discorso.

E' utile rammentare che nella contrapposizione, senza esclusione di colpi, fra i sostenitori di un'interpretazione allargata della nozione di funzionalità e quelli di una nozione geneticamente caratterizzata, persino una norma di limpida chiarezza quale l'art. 182-quater è risultata non decisiva nella creazione di una visione unitaria e condivisa.

Così, le rilevanti modifiche dovute alla legge 134/12 di conversione del D.L. 83/12, sono intervenute quando per nulla sopito era il dibattito sulla collocazione sistematica dell'art. 182-quater, se tale, cioè, da escludere la prededuzione *automatica* di qualsiasi credito diverso – rispetto a quelli dalla norma disciplinati – *sorto nella fase antecedente* la procedura (in questo senso si è venuta consolidando la giurisprudenza di merito: T Milano 26 maggio 2011 in *Fall.*, 2011, 1337; T Terni 13 giugno 2011, *ivi*, 2011, 1339; T Pistoia 24 ottobre 2011, in www.osservatorio-oci.org, 2011, Ms. 560) ovvero se limitata alla creazione di crediti prededucibili così qualificati da specifica disposizione di legge ai sensi dell'art. 111, co. 1, con conseguente spazio per il riconoscimento della prededuzione in favore di ulteriori crediti anteriori ma in senso lato funzionali alla procedura (opzione ermeneutica accreditata in dottrina: A. Patti, *La prededuzione dei crediti funzionali al concordato preventivo tra art. 111 ed art. 182 quater l.fall.*, in *Fall.*, 2011, 1340 ss.).

E, tuttavia, un duplice intervento della SC in materia avrebbe dovuto porre fine ad una discussione forse non sempre perfettamente neutrale, attesa la natura di taluni degli interessi in gioco.

Con una prima pronuncia (C 3582/11), la Corte ha affermato che ai fini dell'individuazione dei debiti di massa, *non è determinante il profilo temporale, bensì quello funzionale: e cioè, la genesi del debito per atto degli organi fallimentari - e non certo di un terzo creditore - in occasione e per le finalità della procedura.*

Si tratta di una rilettura del precedente sistema alla luce del nuovo art. 111, con una significativa adozione della congiunzione “e” in luogo della disgiuntiva “o” e con il richiamo al necessario intervento degli organi della procedura nella fase genetica del credito. Ne è risultato confermato che, isolati e decontestualizzati, nessuno dei due termini basta di regola ad integrare un criterio autonomo e sufficiente di riconoscimento della prededuzione e che la formula disgiuntiva adottata da legislatore si è resa necessaria per

ricomprensione fra i c.d. crediti di massa anche quelli sorti in occasione (nel corso) della procedura *ma non ad essa funzionali* cioè non collegati ad un interesse dei creditori concorrenti (tipicamente crediti risarcitori verso terzi danneggiati da beni ceduti o derivanti da attività degli organi, quali la condanna alle spese di lite ecc.).

La più recente pronuncia (C 3402/12) non contraddice la prima, ma la integra e completa affermando 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 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”.

Definitiva conferma che si ha prededuzione nel successivo fallimento sia in forza di un giudizio di funzionalità *ex ante* riconducibile agli organi della procedura (fase genetica del credito), con creazione di un vincolo simmetrico per il GD dell’eventuale successivo fallimento, sia a seguito di una valutazione *a posteriori* da parte del GD, che presuppone la verifica *in concreto* della rispondenza dell’atto agli interessi della massa.

Mentre la seconda forma di prededuzione appare come evento occasionale e non predicabile quale elemento portante del sistema di soluzione concordata della crisi d’impresa, la prima è quella sui cui riposa quella certezza dei rapporti giuridici che può indurre il terzo ad assumere una posizione dinamica e operativa nel tentativo di salvataggio.

Quando la qualificazione di un credito come prededucibile interviene nella *fase genetica* del credito - sia attraverso un provvedimento espresso del giudice,

sia attraverso un controllo giurisdizionale di legittimità generale della procedura in cui il consenso alla prededuzione del credito (parte del piano proposto dall'imprenditore) è stato espresso dalla maggioranza dei creditori - avviene che il crisma della prededucibilità conferito *ex ante* attraverso una valutazione prognostica di funzionalità (ovvero di tendenziale, prevedibile utilità) non può più essere messo in discussione: è la *stabilità* della qualificazione di prededucibilità, che può, ad esempio, incoraggiare il terzo finanziatore garantendolo nella ipotesi di eventuale fallimento.

La prededuzione *in questa sua fondamentale e fisiologica declinazione* tende a divenire una *qualità* del credito fin dalla sua genesi: come in altre occasioni ho sostenuto, mi pare superabile la visione processualistica della prededuzione a vantaggio di una dimensione *sostanziale* non troppo dissimile da quella del privilegio (si noti la significativa assimilazione della prededuzione al privilegio nella individuazione delle ipotesi successive di cui ai nn. 1 e 2 del co. 1 dell'art. 111).

Ciò, salva la sua più limitata capacità di espansione che non può valicare i confini della concorsualità, ancorché di *tutta* la concorsualità, colta non in una prospettiva frazionata e segmentata, ma unitaria e circolare.

In questa ottica, la prededuzione geneticamente caratterizzata, può considerarsi quale *nuova categoria sostanziale* della concorsualità (R. D'Amora, *Prededuzione e par condicio: riflessione sulle disuguaglianze funzionali*, in *Crisi di impresa ed economia criminale*, Minutoli, 372-373)

2. La Legge 134/12: lo tsunami delle nuove prededuzioni e le norme velenose

Come sappiamo, nelle soluzioni concordate della crisi d'impresa quello della *par condicio* è divenuto criterio recessivo (C 3274/2011): mentre il principio di uguaglianza regge ancora la concorsualità ordinaria (fallimento), il principio della possibile disuguaglianza funzionale, connaturato alla prededuzione,

costituisce la base della concorsualità alternativa ovvero della soluzione concordata della crisi.

Tuttavia, se il tentativo di salvataggio dell'impresa o di soluzione concordata fallisce, quel che resta è il fallimento nel cui ambito la disuguaglianza funzionale (ad altra, diversa e non realizzata procedura) rischia di diventare disuguaglianza *tout court*, quello che altre volte ho chiamato il danno collaterale dell'esito infausto del ricorso alla concorsualità alternativa.

Orbene, è un fatto che il nuovo intervento riformatore del concordato preventivo e degli accordi di ristrutturazione ha creato un vero florilegio di nuove prededuzioni, rispetto alle quali si assiste a un'inedita asimmetria genetica, con spostamento tutto a favore del debitore rispetto agli organi della procedura. Il controllo del giudice talvolta appare evanescente, talvolta forse inesistente (per una lucida e completa ricostruzione delle nuove prededuzioni, cfr. P. Vella, *L'accrescimento dei controlli giudiziali di merito e degli strumenti protettivi nel nuovo concordato preventivo*, in www.ilcaso.it, II, 320/2012, 28-30).

Il timore di un'espansione incontrollata del danno collaterale dell'esito infausto del tentativo di soluzione concordata della crisi, con la progressiva sostituzione dei creditori dell'impresa con i creditori dell'imprenditore, costituisce probabilmente lo sfondo in cui si sono collocate talune interpretazioni o indirizzi programmatici dei giudici di merito, che hanno fatto levare autorevoli voci di dissenso rispetto a un atteggiamento della giurisprudenza inteso come diffidenza e resistenza nei confronti della riforma e, in definitiva, ispirato ad un presunto *disfavor concordati*.

Senza entrare nella polemica, ritengo più utile tentare una ricostruzione sistematica delle nuove disuguaglianze funzionali nella convinzione che lo scenario possa essere alquanto sdrammatizzato senza, per altro, depotenziare la portata innovativa della riforma 2012 e la sua oggettiva tensione in favore delle soluzioni alternative al fallimento.

Due sono le norme del sistema riformato che si prestano a letture, per così dire, ideologiche.

La prima è l'**art. 161, co. 7** che, nel concordato cd *al buio*, consente al debitore di ottenere dal tribunale un'autorizzazione, anch'essa si direbbe "al buio", per il compimento di atti di straordinaria amministrazione, restando egli libero di porre in essere atti di ordinaria amministrazione, mentre i crediti eventualmente sorti per effetto degli *atti legalmente compiuti* dal debitore vengono qualificati come prededucibili "ai sensi dell'art. 111".

La seconda è l'**art. 182-quinquies, co. 1** che consente al debitore di ottenere l'autorizzazione (anche in fase preconcordataria) a contrarre finanziamenti allo stesso modo prededucibili, sulla base di una attestazione di funzionalità alla migliore soddisfazione dei creditori, rilasciata da un professionista designato dallo stesso debitore, purché in possesso dei requisiti di cui all'art. 67, terzo comma, lettera d).

Si tratta, all'apparenza di norme aggressive (per la seconda, mi pare si sia parlato di "norma tigre"), dotate di una potenziale carica eversiva e in grado, se non ricondotte a ragionevolezza, di rendere patologico il tessuto della concorsualità (della stessa natura partecipa l'**art. 169-bis**, che tuttavia non incide in modo diretto sul tema della presente riflessione).

Da qui, credo, l'approccio cauto di chi ha ipotizzato la necessità di *discovery* normativamente non previste (e, probabilmente, inutili ove non rese vincolanti con la sanzione della inammissibilità in caso di mutamento successivo, con soluzione però di dubbia collocazione sistematica) ovvero di indagini e valutazioni di merito anche esse improbabili e, comunque, non previste né coerenti con la presumibile *ratio legis*, ispirata alla previsione di rapidità degli interventi risanatori e alla riconduzione degli stessi alla iniziativa e responsabilità (anche penale) del debitore e dei suoi professionisti, in un contesto di ancor più accentuata privatizzazione della gestione della crisi, che

rende difficilmente plausibile la sua convivenza con un sistema autorizzatorio di tipo dirigitico o, comunque, invasivo.

Diversa e singolare cosa è che poi sia lo stesso debitore (o, tramite lui, i suoi professionisti o terzi interessati, quali ad esempio i potenziali finanziatori) a sollecitare l'intervento giurisdizionale al di là del suo ragionevole e marginale ambito di espansione per ragioni in senso lato strumentali (emblematica la vicenda definita con il condivisibile decreto del Tribunale di Terni 28/12/12, sollecitato all'evidente scopo di ottenere *in ogni caso* l'effetto prededuttivo dei crediti professionali, quale che fosse stata la pronuncia del tribunale. Uno scopo, per altro, presumibilmente non raggiunto).

Parrebbe quasi che l'autonomia negoziale, mai così come ora esaltata nella concorsualità, chieda essa stessa contaminazioni eteronome per ricevere e offrire quelle certezze che, senza interventi esterni, da sola non ha la pretesa di garantire.

Una contraddizione che, forse, non è insita nel sistema riformato quanto riconducibile a sue non inoppugnabili interpretazioni.

Ma tornando alle norme che ci interessano, non si nega che si tratti di disposizioni dotate di un pungiglione velenoso, ma se appartenente a un pericoloso calabrone o a un'ape laboriosa questo è ancora da vedere.

La riflessione che segue muove dal presupposto che il legislatore (questo legislatore, sicuramente più avveduto che in passato) abbia fatto uso consapevole delle parole e che esse, di conseguenza, siano da considerarsi significative: la sciattezza della norma non può essere posta a base dell'interpretazione, ma costituire soltanto l'effetto residuale della impossibilità di interpretazioni diverse che la escludano.

Il punto di partenza è, dunque, che a significanti diversi corrispondano anche significati diversi. Piaccia o meno il risultato finale del possibile esercizio di semantica lessicale.

3. *Verba manent*: i molti nomi della prededuzione

La protezione del credito del finanziatore ai sensi dei primi due commi dell'art. 182-quater, norma madre in tema di prededuzione, era ed è descritta con l'espressione: "*ai sensi e per gli effetti dell'art. 111*".

Il significato appare chiaro: contiene un riferimento descrittivo ("ai sensi") ed uno operativo ("per gli effetti"), il primo è di uso comune allorché si voglia richiamare la disciplina di un istituto, il secondo indica lo spazio di efficacia, di operatività che si intende attribuire mediante il richiamo (cfr, nell'ambito della legge fallimentare, l'art. 120, co. 3).

L'uso congiunto (e inedito nel contesto della legge fallimentare) delle due modalità di aggancio normativo, ragionevolmente assume il seguente duplice significato:

- a) la prededuzione accordata dall'art. 182-quater al finanziatore è quella descritta dall'art. 111 (che indica l'ordine di distribuzione delle somme ricavate dalla liquidazione con conseguenziale il richiamo all'art. 111 bis che determina la disciplina fallimentare del credito prededucibile): resta individuata per questa via la tipologia e il contenuto della protezione;
- b) la prededuzione accordata dall'art. 182-quater ha lo stesso ambito di operatività dell'art. 111, che è norma operante all'interno del fallimento.

A nessuno sarà sfuggito che la protezione assicurata dal comma 7 dell'art. 161 è, invece, resa in termini lessicali diversi e ridotti: crediti prededucibili "*ai sensi dell'art. 111*"; allo stesso modo si esprime l'art. 182-quinquies in tema di finanziamenti.

Dunque, nello stesso contesto normativo (quello del concordato preventivo e degli accordi di ristrutturazione) e addirittura in due norme l'una successiva all'altra, il legislatore utilizza espressioni parzialmente diverse e che esse siano equivalenti quanto a significato deve considerarsi opzione residuale, predicabile solo in assenza di alternative interpretative che valorizzino la diversità e diano

un senso alla ablazione nelle nuove disposizioni della consecuzione “e per gli effetti”.

Ma il quadro così delineato è tutt'altro che completo in quanto, nello stesso contesto temporale, il legislatore è ulteriormente intervenuto in materia di crediti prededucibili con la legge 17 dicembre 2012, n. 221 (di conversione del dl 179/12) con cui è stata riscritta la disciplina della **insolvenza civile**.

Vediamo le nuove norme che ne trattano.

Art. 12, co. 5

La sentenza di fallimento pronunciata a carico del debitore risolve l'accordo. Gli atti, i pagamenti e le garanzie posti in essere in esecuzione dell'accordo omologato non sono soggetti all'azione revocatoria di cui all'articolo 67 del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267.

*A seguito della sentenza che dichiara il fallimento, i crediti derivanti da finanziamenti effettuati in esecuzione o in funzione dell'accordo omologato sono **prededucibili a norma dell'articolo 111** del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267.*

Art. 13, co 4-bis.

*I crediti sorti in occasione o in funzione di uno dei procedimenti di cui alla presente sezione sono soddisfatti **con preferenza** rispetto agli altri, con esclusione di quanto ricavato dalla liquidazione dei beni oggetto di pegno ed ipoteca per la parte destinata ai creditori garantiti.*

Art. 14-duodecies, co 2

*I crediti sorti in occasione o in funzione della liquidazione o di uno dei procedimenti di cui alla precedente sezione sono soddisfatti **con preferenza** rispetto agli altri, con esclusione di quanto ricavato dalla liquidazione dei beni oggetto di pegno ed ipoteca per la parte destinata ai creditori garantiti.*

Ricapitolando, accanto alla classica prededuzione “ai sensi e per gli effetti di cui all’art. 111” di cui al preesistente art. 182-quater, il legislatore del 2012 offre alla nostra meditazione queste tre ulteriori definizioni:

- a) una prededuzione “a norma dell’art. 111” (art. 12, co. 5 L. 221/12);
- b) una prededuzione “ai sensi dell’art. 111” (artt. 161, co. 7 e 182-quinquies co. 1);
- c) una “soddisfazione con preferenza” (artt. 13, co 4-bis e 14-duodecies L. 221/12),

Quattro significanti per un solo significato sembrano troppi. E’ ragionevole pensare che il legislatore abbia inteso cose parzialmente diverse.

4. La prededuzione nelle procedure di sovraindebitamento

Le novità introdotte nella materia che ci interessa dalla legge 17 dicembre 2012, n. 221 meritano attenzione in quanto la prededuzione *minore* (così definibile solo perché collegata ad una procedura concorsuale – ora la qualificazione in termini di concorsualità è testuale – a torto o a ragione intesa come minore) offre spunti di riflessione utili nella ricostruzione sistematica generale dell’istituto.

L’art. 12, co. 5, colmando la lacuna presente nel testo della norma di cui alla L. 3/12, per il caso di risoluzione dell’accordo omologato a seguito di sentenza di fallimento pone prima di tutto il principio di stabilità degli atti esecutivi, in parallelo con quanto previsto dall’art. 67, co. 3 lett. e).

Il terzo periodo riproduce per i finanziamenti (e solo per essi) la tutela prevista nel concordato preventivo dall’art. 182-quater.

Mentre per i finanziamenti in esecuzione sembra potersi ipotizzare un perfetto parallelismo rispetto alla corrispondente tipologia concordataria, non così forse per quelli “in funzione”, che nel contesto dell’art. 182-quater sono quelli già erogati al momento della presentazione della domanda (“in funzione della presentazione *della domanda*”), mentre nella previsione dell’art. 12, co. 5 sono

quelli effettuati in “funzione *dell'accordo*”. Con ogni probabilità si tratta di finanziamenti effettuati dopo il deposito della proposta di accordo (con precisione dopo il decreto di cui all'art. 10, co. 2 e fino alla omologazione) e autorizzati in base alla nuova disposizione di cui di cui all'art. 10, co. 3-bis (che estende in qualche modo il regime di cui all'art. 167 alla procedura di sovraindebitamento).

Orbene, per i crediti da finanziamenti in esecuzione o in funzione, la norma prevede un prededuzione “*a norma dell'articolo 111*”.

Non sembra dubbio che la protezione accordata dalla norma sia quella piena riconosciuta dal corrispondente art. 182-quater e che, pertanto, sul piano sostanziale l'espressione “a norma dell'art. 111” sia del tutto equivalente a quella “ai sensi e per gli effetti dell'art. 111” (si tratta, infatti, di finanziamenti autorizzati dal giudice ex art. 10, co. 3-bis oppure approvati dai creditori nell'ambito di una procedura di aggregazione del consenso di tipo concordatario la cui legittimità è garantita dall'intervento del giudice in sede di omologa).

La differenza lessicale sembra rinviare a un approccio sofisticato alla materia da parte del legislatore: mentre trattando di finanziamenti nel concordato preventivo (o nell'AdR) occorre precisare che l'ambito di operatività della disposizione è il fallimento (dove la precisazione “per gli effetti”), tale indicazione sarebbe risultata ultronea e ripetitiva nel contesto di una norma (art. 12, co. 5) che disciplina proprio la fattispecie del successivo fallimento.

La norma, letta all'unisono con quella correlata di cui all'art. 182 quater, assume a questo punto un valore sistematico di grande rilievo, consentendo di ipotizzare la seguente regola: 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 pleonastico.

E' il caso di osservare che nella procedura di omologa del piano del consumatore

(artt. 12-bis) non è prevista una disposizione analoga a quella di cui all'art. 12, co. 5.

Ciò in tanto perché, diversamente dall'accordo, il piano non può essere oggetto di risoluzione presupponendo la sua omologa, più che un consenso presunto, *l'assenza di un dissenso non ostruzionistico*.

Ma soprattutto perché, trattandosi di consumatore-persona fisica ovvero per definizione di soggetto non fallibile, il legislatore non ha nemmeno ipotizzato lo scenario fallimentare come è dimostrato dalla circostanza che esso è considerato estraneo anche alle forme di patologia degli effetti della omologazione di cui all'art. 14-bis.

La seconda norma sulla prededuzione nella procedura di sovraindebitamento (art. 13, co. 4-bis) conferma in pieno la regola sopra enucleata.

L'art. 13 contiene la disciplina della fase esecutiva sia dell'accordo sia del piano, la fase per definizione fisiologica: qui la protezione dei crediti funzionali (o occasionali, con definizione direttamente mutuata dall'art. 111) è descritta quale "preferenza".

La norma si applica in modo generale per tutti i crediti cui si possa attribuire tale qualificazione: dai finanziamenti ai crediti per compenso dei professionisti che abbiano svolto funzioni organiche alla procedura.

L'art. 13, co. 4-bis disciplina il contenuto e i limiti della preferenza accordata a tali crediti: *"preferenza rispetto agli altri, con esclusione di quanto ricavato dalla liquidazione dei beni oggetto di pegno ed ipoteca per la parte destinata ai creditori garantiti"*.

Come si vede, ancorché in modo autonomo, la norma riproduce in termini esatti il contenuto della prededuzione come stabilito dal comma 2° dell'art. 111 (crediti prededucibili "ai sensi", si potrebbe dire), ma senza alcun espresso riferimento all'art. 111.

Si tratta, ad avviso di chi scrive, di un modo di fare chiarezza all'interno di un

assai variegato panorama interpretativo, così come per l'uso del lemma "preferenza" rispetto all'altro, nella sostanza identico, "prededuzione": la protezione del credito è limitata alla procedura in cui, o in relazione alla quale, il credito è sorto e non si travasa in quella fallimentare eventualmente consequenziale.

Il Legislatore della più recente prededuzione ha posto in modo netto (utilizzando a tal fine anche un diverso ancorché equivalente *nomen iuris*) la regola secondo cui la preferenza può restare confinata anche solo nella procedura di origine e non operare *necessariamente* (ovvero automaticamente) in quella di eventuale fallimento.

Lo stesso principio è replicato dall'art. 14-duodecies, co 2 per i crediti funzionali sorti in relazione alla procedura di liquidazione del patrimonio di cui alla sezione seconda. Per la verità non chiarissima è l'alternativa "o di uno dei procedimenti di cui alla precedente sezione" ovvero la sezione prima (procedure di composizione) essendo per essi la prededuzione già disciplinata dalle norme prima esaminate.

La disposizione acquista, tuttavia, senso e significato se riferita all'art. 14-quater che prevede ipotesi di conversione in liquidazione dei procedimenti di cui alla sezione prima su istanza del debitore o dei creditori: in definitiva, quegli stessi crediti che sono prededucibili ex art. art. 13, co 4-bis nel corso della fisiologica esecuzione della procedura di composizione, mantengono tale caratteristica pur in caso di conversione della stessa in liquidazione su istanza del debitore o dei creditori.

5. La prededuzione "ai sensi dell'art. 111" e le norme "incriminate"

Logica vorrebbe che i principi della prededuzione costituissero un sistema unitario valido per tutti i segmenti della concorsualità (all'interno della quale è stata formalmente riconosciuta – art. 6, co. 1, art. 7, co. 2 lett. a, art. 14 terdecies

co. 1- la procedura da sovraindebitamento in tutte le sue articolazioni, ponendo fine a quella deriva interpretativa di tipo privatistico che ne aveva sancito la totale impotenza: sul punto, cfr. R. D'Amora, *Aristotele, Holmes e i creditori estranei (note a margine della legge n. 3 del 2012)*, in www.osservatorio-oci.org, 2012).

Occorre, tuttavia, sperimentare la tenuta delle regole enucleabili dalla L. 221/12 nel sistema concordatario riformato.

Spesso è stato posto l'interrogativo se la prededuzione, tipico istituto fallimentare, operi anche in ambito concordatario, come la rubrica dell'art. 182-quater potrebbe indurre a ritenere (prededucibilità "nel" concordato), ancorché la fattispecie in questo senso maggiormente pregnante (credito del professionista attestatore qualificato come prededucibile *tout court*) non possa più essere evocata a seguito della abrogazione del comma 4° dell'art. 182-quater.

In particolare, non sembra si dubiti che i finanziamenti previsti dall'art. 182-quinquies godano della prededuzione sia nel concordato che nel conseguente fallimento (S. Ambrosini, *I finanziamenti bancari alle imprese in crisi dopo la riforma del 2012*, in *Dir. fall.*, 2012, 478; M. Arato, *Il concordato con continuità aziendale*, in www.ilfallimentarista.it, 1 e 4. Per altro verso, dubita della prededuzione endoconcordataria dei finanziamenti ex art. 182-quater, P. Vella, *L'accrescimento dei controlli giudiziali di merito e degli strumenti protettivi nel nuovo concordato preventivo*, cit, 30-31. Per l'inadeguatezza del ricorso alla prededuzione concordataria in tema di finanziamento ponte, cfr. R. D'Amora, *Prededuzione e par condicio: riflessione sulle disuguaglianze funzionali*, cit., 377-379).

La riforma del 2012 pone in modo forte all'interprete il diverso quesito: può la prededuzione operare solo in ambito concordatario?

La questione non si pone in tema di prededuzione volontaria, che costituisce soltanto uno dei possibili contenuti della proposta concordataria e, dunque,

inidoneo a creare vincoli simmetrici nel fallimento successivo, ma si pone allorché la prededuttività del credito sia normativamente prevista (artt. 161, co7 e 182-quinquies, co.1).

Così come nelle procedure di sovraindebitamento esiste una prededuzione operante in sede fallimentare, ma anche una prededuzione solo endoprocedimentale, sembra ragionevole ipotizzare che anche nell'ambito del concordato preventivo possa configurarsi sia una prededuzione operante in sede (o anche in sede) fallimentare (art. 167, art. 182-quater) sia una prededuzione esclusivamente endoconcordataria (artt. 161, co. 7 e 182-quinquies, co. 1).

In questa ottica la distinzione, secondo la regola vista operante nelle procedure di sovraindebitamento, può essere affidata alla presenza o meno del riferimento all'art. 111 *quanto agli effetti?*

E' legittima l'affermazione che allorché la norma individui la protezione del credito solo "ai sensi dell'art. 111" intenda richiamare l'istituto fallimentare al fine di descrivere il modo e i limiti della protezione, ma escluda che essa si espanda in modo *automatico* nell'eventuale successivo fallimento (senza che ciò ovviamente impedisca che il credito possa essere poi considerato prededucibile, ma solo a seguito di una successiva valutazione di concreta utilità per la massa: C 3402/12)?

Sembra, a questo punto, necessario un incontro più ravvicinato con le nuove norme creatrici di prededuzione: l'art. 161, co. 7 e l'art. 182-quinquies, co. 1, dalle quali ci attendiamo conferme o smentite.

6. L'articolo 161, comma 7 e gli atti legalmente compiuti

Recita il comma 7 dell'art. 161: "*Dopo il deposito del ricorso e fino al decreto di cui all'articolo 163 il debitore può compiere gli atti urgenti di straordinaria amministrazione previa autorizzazione del tribunale, il quale può assumere sommarie informazioni. 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”.

La latitudine del problema è correlata alla opinabile nozione di “atti legalmente compiuti” (solo quelli autorizzati, solo quelli di ordinaria amministrazione che comportano il sorgere di diritti di terzi, entrambi) in quanto una cosa è dire che solo a seguito della autorizzazione del tribunale possono sorgere prededuzioni, altra è ritenere che il debitore possa liberamente crearle con il solo limite, per altro ben lungi da essere connotato in termini di certezza (per una ricostruzione dello stato dell’arte, cfr. F. Michelotti, *La prededucibilità dei crediti professionali sorti per la soluzione delle crisi d’impresa dopo la legge n. 134/2012*, in *Italia Oggi*, n. 20 del 2012, 120-123), dell’agire nell’ambito dell’ordinaria amministrazione. Nel primo caso, il catalogo delle prededuzioni passerà attraverso una selezione estremamente riduttiva, nell’altro potrà ampliarsi in modo non controllabile.

La delicata questione, probabilmente aperta quanto a soluzioni, deve essere collegata sul piano sistematico ad altra di ordine generale, che nasce dal rilievo che la regola di cui al comma 7 dell’art. 161 è inserita all’interno dei commi da 6 a 9 dedicati al concordato per cui occorre chiedersi se essa vale anche se è stata presentata una completa domanda di concordato ai sensi del comma 1 dell’art. 161.

Qual è il senso della collocazione? In ogni caso, qual è il regime degli atti di ordinaria e straordinaria amministrazione in caso di domanda di concordato completa, nella fase ante ammissione? E ragionevole ritenere che quella espressa dal comma 7 costituisca regola generale ancorché di discutibile collocazione, oppure è doveroso percorrere altre vie, che diano contezza della collocazione della norma? La questione è di grande rilievo nella ricostruzione del sistema e si presta ad opposte soluzioni.

Soluzione 1: si tratta di regola generale non essendo ragionevole che l'imprenditore più diligente abbia spazi operativi minori rispetto a quello più "indolente".

In questa ottica, il legislatore avrebbe soltanto anticipato al momento del deposito del ricorso il sistema di amministrazione dell'impresa come descritto dall'art. 167, sostituito il GD con il Tribunale, per cui l'art. 161, co. 7, sarebbe una mera articolazione dell'art. 167 alla luce del quale dovrebbe essere interpretato. Come è noto i crediti sorti in corso di procedura possono essere liberamente adempiuti dal debitore, sempre che gli atti da cui derivino siano stati autorizzati se rientranti nella straordinaria amministrazione, e potendosi qualificare come prededucibili all'interno della procedura concordataria (A. Maffei Alberti, *Commentario breve alla legge fallimentare*, Padova, 2009, 968; C 16387/07; C 16426/07).

Soluzione 2: La regola vale solo per il preconcordato in quanto porre in *standby* l'impresa non è opportuno quando i tempi non sono quelli ipotizzabili in casi di domanda di concordato completa (di norma non superiori a due mesi, anche considerando il termine di cui all'art. 162 co. 1, altrimenti molto più brevi), ma teoricamente pari a 180 giorni.

In deroga ai principi ordinari che, in linea di principio, ipotizzano la cessazione della fase di cristallizzazione solo col decreto di ammissione e l'avvento del regime di cui all'art. 167 (il cui il GD si avvale della collaborazione fattiva del commissario giudiziale), potrebbe ritenersi ragionevole aver previsto un sistema speciale di confezionamento degli atti nel *periodo di gestazione*.

In questa fase, al di là degli oneri informativi sulle "intenzioni" del debitore (sulla cui estensione e rilevanza in caso di ipotetica violazione molto si discute e si discuterà), l'imprenditore stesso finirebbe per assumersi la responsabilità delle prededuzioni conseguenti gli atti di ordinaria amministrazione posti in essere.

Tale soluzione appare pienamente in linea con lo spirito e i palesi fini della riforma che presuppongono un'accentuazione della facoltà di autodeterminazione del debitore nel quadro di un dialogo privilegiato fra il medesimo e suoi creditori teso al perfezionamento di un accordo idoneo a rimuovere lo stato di crisi dell'impresa.

Tuttavia, affinché la latitudine concessa alla autonomia dell'imprenditore nella fase di protezione non si trasformi in abuso e non crei una irragionevole asimmetria con lo *status* dell'imprenditore che di tale protezione preventiva non ha avuto bisogno (all'evidenza perché si è tempestivamente attivato rispetto all'insorgere della crisi, anticipando i tempi), è impensabile ipotizzare che le protezioni del credito volontariamente create in questa fase possano *automaticamente* trasmigrare nell'eventuale successivo fallimento (ne dubita anche A. Guiotto, *L'anticipazione degli effetti protettivi del concordato preventivo e il trattamento dei debiti della gestione dell'impresa nell'interim*, in Italia Oggi, n. 20 del 2012, 32, ancorché non risulti evidente la soluzione della fondamentale questione della allocazione dell'onere della prova).

Se così non fosse, il danno collaterale non sarebbe più necessariamente collegato all'esito infausto del tentativo di soluzione concordata della crisi, ma alla stessa esistenza di una fase di protezione anche soltanto fine a se stessa o, addirittura, finalizzata proprio alla creazione di statuti protetti di determinati creditori in danno di altri; non costituirebbe più il prezzo necessario in vista di uno scopo di rilevanza superiore (per l'economia in generale, ma anche per la migliore soddisfazione del ceto creditorio nel suo complesso) e come tale un rischio accettabile; lancerebbe il carro della prededuzione ad altezze vertiginose, tanto da determinarne la sua certa ricaduta con impatto lacerante sullo stesso tessuto della concorsualità.

E', dunque, la stessa regola dell'art. 161, co. 7 che impone una nozione della prededuzione con valenza esclusivamente concordataria, sicché non casuale 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”.

Conferma indiretta pare provenire dalla contemporanea modifica dell’art. 67, co. 3, lett. e) con l’introduzione dell’ultima parte che ora sancisce l’esenzione da revocatoria per gli atti, i pagamenti e le garanzie *legalmente* posti in essere dopo il deposito del ricorso.

Se, come pare, risulta evidente il collegamento con l’art. 161 co. 7, che appunto richiama la nozione di “atti legalmente compiuti” non si comprenderebbe il senso di escludere espressamente dalla revocatoria un credito (sia come atto generatore, sia come eventuale pagamento) altrove definito come prededucibile, *se si trattasse* di prededucibilità nel fallimento: la stabilità non implica prededucibilità, ma è vero il contrario, per cui si finirebbe per accreditare una lettura del nuovo art. 67, co. 3, lett. e) come norma parzialmente pleonastica.

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 operosa.

Come è giusto che sia, l’imprenditore nella fase (anche lunga) di gestazione ha solo degli obblighi di trasparenza (art. 161, co. 8) e di controllo sugli atti di maggiore impatto economico (autorizzazioni ex art. 161, co. 7 per gli atti urgenti di straordinaria amministrazione), ma per il resto è autonomo nella gestione caratteristica dell’impresa essendo il soggetto più idoneo (anzi: l’unico idoneo) a selezionare le più corrette scelte operative: può, dunque, liberamente creare preferenze interne alla eventuale procedura concordataria, che incideranno sulla confezione finale della proposta potendo renderla più o meno appetibile per i creditori.

Il controllo dell’imprenditore non è delegato al giudice, ma è nel sistema: se il debitore è abile e corretto il concordato viene approvato e il terzo contraente con l’impresa è ampiamente protetto dalla prededuzione concordataria; se non lo è, il concordato rischia la bocciatura (anche solo per la non convenienza rispetto al fallimento dove quel determinato credito non è *necessariamente*

prededucibile), mentre il terzo resta comunque tutelato tramite il riconoscimento del suo credito nello stato passivo del fallimento grazie alla stabilità ex art. 67, co. 3 lett. e), fatta salva la prova a carico del creditore della concreta funzionalità/utilità per la massa dei creditori (C 3402/12).

7. L'articolo 182-quinquies comma 1 e il senso dell'alternativa

Si tratta di uno dei più significativi interventi del legislatore della riforma del 2012 e trova giustificazione nella scarsa operatività dell'art. 182-quater almeno per quanto attiene al cd finanziamento ponte (comma 2°).

La protezione della parificazione alla prededuzione è, infatti, condizionata al provvedimento in tal senso in sede di ammissione del concordato ovvero alla omologa dell'AdR: quando il finanziamento viene erogato vi è totale incertezza sul verificarsi della condizione.

Perché ciò avvenga è inoltre necessario che l'imprenditore:

- 1) presenti effettivamente la domanda di procedura alternativa;
- 2) preveda il finanziamento nel piano e, forse, anche che chiedo la parificazione alla prededuzione;
- 3) ottenga dal perito attestatore una relazione idonea a consentire la valutazione di funzionalità;
- 4) utilizzi *davvero* il finanziamento in funzione della presentazione della domanda, posto che la funzionalità attiene, piuttosto che al finanziamento in sé, alla sua destinazione.

Nessuna garanzia ha il finanziatore che tutto ciò avvenga e ciò spiega la scarsa fortuna incontrata dall'istituto e l'introduzione della nuova ed alternativa disciplina dei finanziamenti di cui all'art. 182-quinquies comma 1°.

Si tratta di ricostruire ora i rapporti fra tale norma e gli artt. 182-quater e 167 (che consente al debitore di essere autorizzato dal GD anche a contrarre finanziamenti in corso di procedura per sostenere l'impresa nella fase interinale,

dalla ammissione fino all'omologa): i finanziamenti riconducibili a tali due ultime disposizioni sono finanziamenti prededucibili *ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 111* (ovvero prededucibili automaticamente nell'eventuale successivo fallimento), per disposizione testuale quanto ai primi, per piana interpretazione quanto ai secondi.

Il tenore generico della rubrica dell'art. 182-quinquies ("disposizioni in tema di finanziamento") può indurre a ritenere che vi sia una completa sovrapposizione fra le tipologie di finanziamento in precedenza disciplinate e quella di cui all'art. 182-quinquies, sicché le prime potrebbero refluire nell'ultima seppure con regole diverse.

L'art. 182-quinquies allora si applicherebbe tanto ai finanziamenti ponte (in concorrenza con l'art. 182-quater, co. 2), tanto ai finanziamenti interinali (in concorrenza con l'art. 167), quanto ai finanziamenti all'esecuzione o alla ristrutturazione (in concorrenza coll'art. 182-quater, co. 1).

E', tuttavia, predicabile anche un'interpretazione più ristretta dell'ambito operativo dell'art. 182-quinquies, facendo leva su dati letterali: l'espressione "il debitore che presenta" e il riferimento alla connotazione temporale "sino all'omologazione" relativo alla verifica del professionista, possono indurre a ritenere limitata la previsione normativa al finanziamento ponte e a quello interinale o, al limite, anche solo al primo.

Come che sia, è indubbio che almeno il finanziamento ponte (ma con ogni probabilità anche quello interinale) possa transitare tanto attraverso l'art. 182-quater che attraverso l'art. 182-quinquies: nel primo caso la protezione prevista per il credito del finanziatore è la prededuzione (*parificazione alla*) ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 111, nel secondo quella ai sensi dell'art. 111.

Condizione del finanziamento ex art. 182-quinquies è l'attestazione di funzionalità alla migliore soddisfazione dei creditori da parte di un professionista designato dal debitore e in possesso dei requisiti di cui all'art. 67, terzo comma, lettera d).

Sembra allora evidente la *ratio* agevolativa della norma, che è quella di consentire l'accesso al finanziamento in tempi rapidi, come dimostrato dalla operatività della disposizione anche in caso di domanda ex art. 161, co. 6, e con ragionevole certezza del risultato, in quanto tutto l'impianto concordatario non può che essere condizionato dal conseguimento o meno delle necessarie risorse (in definitiva, se l'imprenditore non avesse in mano le carte che rendono ampiamente prevedibile la concessione del finanziamento neppure allestirebbe o inizierebbe l'allestimento della proposta concordataria - o, almeno, di *quella* proposta - mettendo in moto un meccanismo costoso e, di fatto, dilatorio se non accompagnato da ragionevole possibilità di successo).

Ritenere che, nonostante la chiara lettera della legge, sia riservata al tribunale un'indagine di merito in ordine alla funzionalità, intesa come idoneità alla migliore soddisfazione dei creditori, *pur in presenza di una attestazione in tale senso da parte del professionista*, significherebbe stravolgere l'istituto e, di fatto, neutralizzare il nuovo intervento riformatore: qui davvero potrebbe cogliersi un atteggiamento di preconcetta ostilità rispetto alla riforma.

Del resto, non si comprenderebbe con quali strumenti, potrebbe condursi un'indagine di merito nella fase preconcordataria ove non esiste per il giudice un professionista di riferimento, quale è il commissario giudiziale nella fase successiva all'ammissione.

Non può sfuggire l'analogia della situazione rispetto a quella, che appare del tutto simmetrica, che si determina in relazione alla *attestazione di fattibilità* di cui al comma terzo dell'art. 161 (secondo le linee interpretative tracciate in progressione da C 21860/10, C 3274/11, 13817/11, 18864/11 18987/11, in attesa della sintesi definitiva da parte delle SSUU a seguito della ordinanza 15 dicembre 2011) non a caso proveniente da un professionista di pari requisiti: nell'una come nell'altra ipotesi, sembra ragionevole riservare la tribunale solo un mero controllo di *legittimità sostanziale*.

Tale impostazione mi pare confermata anche dall'essere attribuita al tribunale solo la facoltà di assumere "sommarie informazioni" ovvero chiedere chiarimenti (al debitore o allo stesso professionista attestatore), disporre un'integrazione documentale, acquisire il parere del C.G. (nella fase successiva alla ammissione).

Dunque, il finanziamento può transitare attraverso la via tradizionale dell'art. 182-quater oppure attraverso quella più agile dell'art. 182-quinquies sottratta al controllo di merito del tribunale (ovvero al vaglio selettivo dei creditori in sede di omologa, il che è equivalente): si tratta di un'alternativa di alto valore strategico per l'imprenditore, ancorché gli effetti non possano che essere diversi in coerenza con la differenza ontologica fra i due tipi di 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: questa la *ratio* e il senso del riconoscimento di una prededuzione solo "ai sensi dell'art. 111".

L'art. 182-quinquies, comma primo, evidenzia in modo plastico la ragionevolezza di una prededuzione con valenza (necessaria) solo all'interno della procedura in cui nasce (salva la prova a carico del creditore della concreta funzionalità/utilità per la massa dei creditori: C 3402/12).

Se è il debitore che crea la prededuzione (direttamente o attraverso professionisti designati) è ben ipotizzabile che un controllo di merito sulla funzionalità/idoneità alla migliore soddisfazione dei creditori debba esistere pur sempre, traducendosi da giudizio prognostico *ex ante*, in ipotesi assente, in valutazione concreta *ex post* sugli esiti dell'atto: l'assenza del controllo preventivo *di merito* da parte del giudice (o della maggioranza dei creditori), evita ogni frattura sistemica nell'ipotizzare la necessità della autonoma verifica in sede di successivo fallimento, in quanto in questo caso non è più messa in gioco l'autorevolezza del sistema che, altrimenti, dovrebbe imporre l'esistenza di vincoli simmetrici per il giudice del fallimento.

L'art. 182-quinquies, co. 1, conferma in modo evidente l'esistenza e il senso di una prededuzione avente valore relativo e non assoluto.

8. La prededuzione del credito del professionista attestatore

Da sempre argomento sensibile, la questione dell'eventuale prededuzione del credito del professionista attestatore è divenuta l'ottica, alquanto deformante, attraverso la quale si è focalizzato il dibattito sulle nuove prededuzioni dopo l'abrogazione (non del tutto convincente) del quarto comma dell'art. 182-quater.

Credo possa essere utilmente collocata nell'ambito della interpretazione adottata nella presente riflessione.

Quale che fosse il senso e la possibile estensione della protezione del credito professionale attraverso il riconoscimento di una prededuzione non meglio qualificata in base alla disposizione abrogata del comma 4 dell'art. 182-quater, oggi si tratta di un credito, pur assistito dal privilegio di cui all'art. 2751 bis n. 2, che (come quello di ogni altro professionista) potrà aspirare alla prededuzione nel successivo fallimento solo nei limiti della effettiva prova di una funzionalità rispetto agli interessi dei creditori (secondo la regola generale di cui a C 3402/12, per lo specifico caso replicata da C 7166/12): in definitiva assai

raramente in quanto il più delle volte l'esito infausto della procedura concordataria avrà determinato un aggravio del passivo, piuttosto che un incremento dell'attivo.

Diversa questione è quella di una possibile prededuttività del credito ai sensi dell'art. 111 ovvero nell'ambito della procedura concordataria.

E' certamente sostenibile che rispetto ad esso si configuri il divieto di pagamento in corso di procedura argomentando *a contrariis* rispetto alla facoltà concessa dall'art. 182-quinquies co. 4, in presenza delle condizioni ivi previste (così P. Vella, *L'accrescimento dei controlli giudiziali di merito e degli strumenti protettivi nel nuovo concordato preventivo*, cit, 30-31).

E', tuttavia, anche possibile ritenere che l'art. 182-quinquies co. 4 non ponga un divieto assoluto del pagamento del credito anteriore (il panorama interpretativo ante Novella era variegato: in senso contrario, C 578/07; in senso favorevole, C 24476708, C 26036/06. Secondo C 22916/10 si tratterebbe di pagamenti inefficaci nel successivo fallimento ex art. 44 l.f.), ma si limiti soltanto ad assicurare l'esenzione da revocatoria ove il pagamento avvenga alle condizioni previste dalla norma. Tale esenzione è implicita in tema di concordato in quanto discende direttamente dalla disposizione generale di cui all'art. 67, co. 3 lett. e) nella parte integrata dalla riforma, esplicita per quanto attiene agli AdR (comma 5, secondo periodo dell'art. 182-quinquies) in assenza di una esenzione di ordine generale rinvenibile nel contesto dell'art. 67.

In questa ottica, il pagamento del credito professionale in corso di procedura (da intendersi dopo l'omologa) con preferenza sugli altri crediti (ai sensi dell'art. 111) potrebbe considerarsi legittimo inserendo il professionista attestatore (ma non necessariamente soltanto questi) in una classe di creditori prededucibili presumibilmente senza diritto di voto (argomentando dall'analoga disposizione dell'art. 182-quater, co. 5 ante riforma, in tema di credito prededucibile dell'attestatore).

Il rovescio della medaglia di questa impostazione è che, così operando, si sottrae al voto (e al calcolo delle maggioranze) alcuni creditori presumibilmente favorevoli al concordato, ma soprattutto che si potrebbe prevedere l'esito favorevole di un eventuale cram down nel senso che l'antergazione non si verificherebbe negli scenari alternativi e ciò determinerebbe per altri creditori una non convenienza della proposta (salvo l'esistenza di un *surplus* concordatario).

Altra possibile soluzione è quella di configurare il credito del professionista attestatore non già come derivante da un rapporto esaurito (ergo: credito anteriore alla pubblicazione del ricorso), ma come inerente ad un contratto in corso di esecuzione. In effetti, l'opera professionale in oggetto è destinata a proseguire anche dopo l'avvio della procedura, sia in virtù dei chiarimenti e delle possibili integrazioni richieste dal tribunale o sollecitate dallo stesso debitore tramite richiesta di termine ex art. 162, co. 1, ma anche in riferimento alle "analoghe relazioni" (di solito relazioni integrative o modificative) imposte ora dall'art. 161, co. 3, ultimo periodo, in caso assai frequente di modifiche sostanziali della proposta o del piano.

Se così è, ragionando *a contrariis* rispetto alla disciplina di cui all'art. 169-bis, il pagamento in termini contrattuali dell'opera del professionista attestatore sarebbe atto dovuto (salvo che per modalità o entità non possa integrare atto di frode scrutinabile ex art. 173).

Questa interpretazione, ove ritenuta praticabile, consentirebbe di non creare asimmetrie con la disciplina del preconcordato.

Non vi è dubbio che, adottando l'istituto di cui all'art. 161, co. 6, il credito del professionista sia un credito maturato in corso di procedura e per questa tipologia di crediti (salvo che non derivino da atto di straordinaria amministrazione, il che palesemente non è nella fattispecie o che la necessità di autorizzazione non derivi dalle modalità solutorie prescelte: C 17162/02) esiste il principio della possibilità di libero adempimento trattandosi di crediti

non concorsuali (salvo che per modalità o entità il pagamento non possa integrare atto di frode scrutinabile ex art. 173).

Adottando soluzioni simmetriche tanto nel concordato che nel preconcordato, si evita la tentazione di abbandonare definitivamente il primo a tutto vantaggio del secondo...

9. La forza della prededuzione debole

La conclusione della riflessione sulla nuova prededuzione è che le norme di cui ci siamo occupati, apparentemente “velenose”, nella realtà non lo sono affatto.

Il comma 7 dell’art. 161 e il comma 1 dell’art. 182-quinquies creano certamente spazi nuovi di autonomia privata e autodeterminazione in favore dell’imprenditore e, in modo significativo, lo agevolano al tavolo delle trattative con i suoi creditori.

Ne dovrebbe risultare rafforzata la possibilità di salvataggio dell’impresa o, comunque, di raggiungimento di soluzioni concordate. Il rischio di danno collaterale in caso di esito infausto del tentativo, così come di abuso dello strumento concordatario per favorire la programmatica sostituzione dei creditori dell’impresa con quelli dell’imprenditore, viene in sostanza neutralizzato attraverso l’adozione, quale strumento selettivo della protezione del credito, della prededuzione “ai sensi dell’art. 111” ovvero di una preferenza che non si travasa in modo automatico nell’eventuale successivo fallimento, salva la prova, a carico del creditore, della effettiva funzionalità del credito alla migliore soddisfazione dei creditori e, dunque, della sua coerenza con gli interessi della massa.

E’ quella che potremmo chiamare **prededuzione debole**, ma solo per distinguerla da quella, per contrappunto “forte”, che si è detto assurgere a nuova categoria della concorsualità in quanto caratterizzata come tale fin dal momento genetico.

In realtà la prededuzione “debole” di debolezze ne ha assai poche, in particolare non ha quella di rendere più problematici i finanziamenti per l’assenza di certezza della protezione prededuttiva anche nell’eventuale successivo fallimento.

Va, intanto, rilevato che è possibile (sempre in forza della attestazione del professionista) la concessione da parte del tribunale di pegno o ipoteca a garanzia del credito e ciò col beneficio della stabilità ex art. 67, co. 3 lett. e).

Inoltre, come si detto, quella tracciata dall’art. 182-quinquies, co. 1, è una possibile strada che conduce al finanziamento e che si connota, se risulta convincente la ricostruzione prospettata, in termini di rapidità e di ragionevole certezza dell’esito positivo, in sostanza rimesso alla serietà e competenza del professionista attestatore, *ma non è l’unica strada*.

Oltre quelle alternative ben note di cui all’art. 182-quater e all’art. 167, più complesse e meno certe quanto agli esiti finali, ma in compenso ancor più protettive del credito del finanziatore (salvo il caso di concessione di garanzie ex art. 182-quinquies co. 3), esiste un’ulteriore strada intermedia: in sede di ammissione al concordato preventivo, il tribunale - esercitando i poteri che spetterebbero al giudice delegato dopo l’apertura della procedura ai sensi dell’art. 167 l.f., ma dei quali nella fase compresa tra il deposito della domanda e l’ammissione è titolare il collegio - può riconoscere, già con il decreto di apertura, la prededucibilità ai sensi e per gli effetti di cui all’art. 111 al credito da finanziamento la cui erogazione sia subordinata all’ammissione alla procedura concordataria - e che, dunque, verrà erogato in corso di procedura - quale finanziamento cd. interinale (T Pistoia 24 ottobre 2011, in www.osservatorio-oci.org, MS 561).

Come si vede, la prededuzione debole integra una nuova concreta possibilità, che si aggiunge alle altre (testualmente previste dalle norme o in via interpretativa individuabili) senza sostituirle, ma aumentando il ventaglio di

opzioni strategiche disponibili per l'imprenditore: una forza, dunque, non una debolezza.

Ma la forza della prededuzione debole si coglie anche altrove.

Prima di tutto consente una lettura sistematica unitaria della prededuzione: le categorie prededuttive proprie delle procedure di sovraindebitamento, così come introdotte dalla legge 17 dicembre 2012, n. 221 (di conversione del dl 179/12), trovano piena rispondenza nelle procedure concordatarie e degli accordi di ristrutturazione: il sistema della concorsualità non risulta frammentato, ma armonicamente ricostruito e ricondotto a unità.

Ma soprattutto, sdrammatizzando le conseguenze dell'agire del debitore, libera tutte le energie insite nella riforma del 2012 e consente ai protagonisti della vicenda concorsuale di riappropriarsi del proprio ruolo istituzionale.

L'imprenditore (con i professionisti da lui designati) diventa artefice in prima persona dei modi di risoluzione della propria vicenda debitoria, recupera nuovi spazi di autodeterminazione nei contenuti e nelle modalità della proposta da presentare ai creditori.

Questi ultimi sono destinatari della valutazione di fattibilità e serietà della proposta, nell'ambito della quale si collocano anche le prededuzioni "ai sensi dell'art. 111", quelle create (meglio: "proposte") dal debitore, ma che non sfuggono alla complessiva verifica di convenienza.

E' ben vero che il nuovo sistema di calcolo delle maggioranze in base al riformato art. 178 renderà assai facile l'approvazione del concordato. Tuttavia, in sede di opposizione, ove si introduca la questione di non convenienza della proposta, sembra chiaro che la stessa attestazione del professionista in merito alla "migliore soddisfazione dei creditori" (art. 182-quinquies co. 1) ritornerà in gioco ancorché in modo indiretto (come aspetto parziale di una più generale convenienza).

Questa volta il tribunale potrebbe essere chiamato ad una indagine di merito e non più solo di legittimità sostanziale il cui esito negativo potrebbe impedire

l'omologa: ancora una volta le analogie con la questione di fattibilità sono evidenti.

Sotto altro profilo, e per la prima volta, la prededuzione debole chiama *apertamente* in gioco anche il finanziatore, vero invitato di pietra al tavolo della soluzione concordata della crisi d'impresa.

Sembra possibile prevedere un mutamento culturale in forza del quale il finanziatore debba assumere un ruolo più attivo nella vicenda: non più solo destinatario di un provvedimento autorizzatorio sul quale fondare la credibilità del futuro recupero dell'investimento, ma ora coinvolto direttamente nella valutazione di credibilità del piano di ristrutturazione all'interno del quale si determina la ragionevole certezza del recupero del capitale investito.

In questa ottica non sembra eretico ipotizzare che la designazione del professionista attestatore, anche quello previsto dall'art. 182-quinquies, avvenga all'interno di una rosa di professionisti in cui il finanziatore riponga preventiva fiducia (ovviamente nel rispetto dei criteri di indipendenza posti dall'art. 67 co. 3 lett. d).

Da ultimo, la prededuzione debole, neutralizzando il rischio dell'irragionevole incremento del danno collaterale in caso di fallimento, dovrebbe indurre il giudice a riappropriarsi del suo ruolo di risolutore di conflitti e di garante della legittimità e correttezza della procedura, diminuendo le tentazioni di interventi invasivi di merito e abbandonando quel ruolo tutorio non più in linea con il senso della moderna concorsualità.

Autonomia negoziale ed eteronomia giudiziale potrebbero così trovare un punto di armonico incontro: questa, forse, la vera forza della prededuzione debole.

Gennaio 2013.