

L'indagine OCI sul passivo fallimentare ha incrociato la strada di uno degli istituti più multiformi, complessi e in qualche modo misteriosi del diritto fallimentare: la prededuzione ovvero l'istituto che consente in sede fallimentare un trattamento preferenziale del credito, il quale, ancorché di natura chirografaria e pur postergato rispetto ai crediti con privilegio speciale, è antergato rispetto ad ogni altro.

Argomento delicato, ad alto tasso di emotività, forse perché coinvolge interessi significativi, dei quali spesso sono portatori gli stessi interpreti della norma. Inoltre mette in gioco aspetti, per così dire, ideologici sul ruolo del giudice e sul senso stesso della concorsualità: ciò può aver talvolta fatto velo sulla serenità dei giudizi.

Prima della riforma, l'espressione prededuzione non aveva cittadinanza nella legge fallimentare ed è noto lo spazio ridotto che essa aveva trovato nella prassi interpretativa del vecchio art. 111, co. 1, n. 1 (debiti contratti per l'amministrazione del fallimento e per la continuazione dell'esercizio dell'impresa: debiti cd di massa). Rarissime le aperture all'ingresso della prededuzione nel successivo fallimento e in ogni caso subordinate ad un giudizio di utilità ex post.

Con la Riforma e poi le riforme della riforma la prededuzione è stata espressamente chiamata a svolgere un ruolo di rilievo quale strumento idoneo ad agevolare l'evoluzione delle procedure di insolvenza da un modello meramente liquidatorio ad altro che consentisse una ristrutturazione aziendale, creando per questa via le basi della moderna concorsualità. E' naturale che il mercato isoli l'impresa in crisi (quando essa è percepita come tale), meno ovvio che, una volta intrapresa la via della ristrutturazione, gli investitori continuino a diffidare: il previsto miracolo del loro riavvicinamento tarda a realizzarsi. Lunga si è dimostrata la strada che separa la liquidazione dal risanamento, una strada che può essere percorsa solo dando fiducia e certezze a chi intende instaurare rapporti giuridici con l'impresa in procedura.

In concreto ciò può significare saper cogliere e valorizzare la *possibile disomogeneità nell'ambito di posizioni giuridicamente uguali e tradurla in disegualianza di trattamento*: per legge o per iniziativa dell'imprenditore in crisi nell'ambito di una proposta di riassetto economico e finanziario, che trovi il consenso della maggioranza dei creditori interessati. Tutto questo assume il nome di prededuzione e, ispirandosi ad altri ordinamenti che da tempo hanno tracciato la strada, anche il nostro legislatore ha disciplinato e reso fruibile questo strumento per individuare nuove e moderne forme di concorsualità alternative al modello esclusivamente liquidatorio del recente passato, marcato dalla traslazione del principio civilistico di cui all'art. 2741 cc.

Nasce così la riformulazione dell'art. 111 (e segg) che per la prima volta prevede il trattamento dei crediti prededucibili, definiti secondo una formula flessibile ed interpretabile – crediti sorti in funzione o in occasione - che è stata fonte di una quasi infinita e ancora non sopita, *querelle*. Si è anche preteso di ricavare decisivi elementi interpretativi dall'uso della disgiuntiva <<o>> in luogo della congiuntiva <<e>>, quasi che, isolata e decontestualizzata, l'espressione “in occasione” bastasse ad

integrare un criterio autonomo e ragionevole di riconoscimento della prededuzione in corso di procedura o che l'insieme eventualmente congiunto dei due termini (in occasione e in funzione) fosse idoneo alla corretta qualificazione anche di crediti nascenti durante la procedura, ma non coerenti con gli interessi ad essa sottesi (danni causati a terzi da beni ceduti o condanna alle spese di lite, per esempio). Quella del legislatore (adozione della disgiuntiva "o") è stata, dunque, nulla più che una scelta obbligata (meglio: una non scelta), come tale indifferente in sede interpretativa.

Da ultimo, nel 2010, considerando gli sconsolanti esiti della riformulazione del concordato preventivo e della creazione dell'AdR (messi impietosamente in luce dalla ricerca OCI del 2009), il legislatore ha introdotto la nuova norma di cui all'art. 182-quater palesemente rivolta ad agevolare il finanziamento dell'impresa in procedura (nell'ambito di un più complessivo intervento a protezione dell'impresa in crisi anche nella fase delle trattative con i creditori: art. 182 bis, co. 6).

Al termine di questo processo, non è fuor di luogo chiedersi se esista ancora e che senso abbia quella stella polare che aveva illuminato il cammino del fallimentarista per molti lustri e che ora appare offuscata, forse spenta: l'uguale condizione dei creditori, la *par condicio*.

Forse in dissonanza con le tensioni della società civile, il microcosmo della concorsualità è partito dalla aspirazione alla uguaglianza per giungere alla convinzione che una concorsualità moderna deve poter creare diritti diseguali. L'alterazione del meccanismo ordinario della *par condicio* è ineluttabile conseguenza della scelta di conferire tutela maggiore (e anche un eventuale maggiore profitto stante la legittimità del possibile intento speculativo) ai soggetti protagonisti della crisi, che rischiano in proprio per contribuire al suo superamento, rispetto a coloro che assumono programmaticamente una posizione passiva e la cui situazione resta regolata dai principi ordinari della concorsualità.

In questa ottica, si legittima la regola secondo cui la prededuzione può consentire il trattamento preferenziale del credito per i benefici che può assicurare ai creditori nell'ambito di una procedura rispetto alla quale quel credito si pone come funzionale: ciò rappresenta l'evoluzione moderna di quel risalente principio giurisprudenziale secondo cui in rari casi la prededuzione veniva riconosciuta quando il credito poteva superare positivamente un giudizio di utilità ex post.

Ridimensionata dalla introduzione delle classi nei concordati e poi dal regime cautelare previsto dal comma 6 dall'art. 182 bis (possibilità di acquisizione di titoli di prelazione concordati), la *par condicio* costituisce ancora un criterio spendibile di interpretazione generale o si riduce ad un criterio di livellamento valido solo all'interno della singola classe (oltre che norma di chiusura del sistema)?

Nelle soluzioni concordate della crisi di impresa la *par condicio* appare certo criterio recessivo (così Cass. 3274/2011), una regola che, a mio avviso, potrebbe semmai

riproporsi con un senso diverso da quello tradizionale: parità di trattamento non fra creditori ma fra margine di soddisfazione (intesa in modo ampio ed elastico) ragionevolmente prevedibile nell'ambito di una procedura alternativa rispetto a quello ipotizzabile in sede di fallimento (*par condicio fra procedure, non fra creditori*). Il tutto secondo una valutazione rimessa alla maggioranza dei creditori, ma con un preciso ruolo di garanzia (in termini tutti da verificare) da parte del tribunale. Resta che, mentre il principio di uguaglianza regge ancora la concorsualità ordinaria (fallimento), il *principio della possibile disuguaglianza funzionale* costituisce la base della concorsualità alternativa ovvero della moderna concorsualità.

Quest'ultima tuttavia, a differenza della prima che è un fatto, costituisce *aspirazione al fatto* cioè un tentativo che può o meno tradursi in realtà. Si tenta il salvataggio dell'impresa (moderna concorsualità), ma se il tentativo non riesce quel che resta è il fallimento ovvero la concorsualità tradizionale. Qui, però, la disuguaglianza funzionale (ad altra, diversa e non realizzata procedura) rischia di diventare disuguaglianza tout court, *il danno collaterale* dell'esito infausto del tentato salvataggio dell'impresa. Il problema nasce perché oggi, alla luce del nuovo art. 111, il possibile travaso della protezione del credito dall'una all'altra tipologia di procedura è ormai codificato.

Ecco allora la grande questione della prededuzione: chi decide sui contenuti del passaggio da un sistema ove la *par condicio* è residuale da un altro ove questo principio costituisce ancora la regola?

Il legislatore, con la riforma del 2010 e il nuovo art. 182 quater, offre una risposta chiara nell'ambito di due tipologie di crediti particolarmente significativi quali il credito da finanziamento e quello per prestazioni professionali strumentali: in presenza di presupposti e condizioni normativamente previste, decide in sostanza il consenso dei creditori nell'ambito di una visione privatistico/negoziale delle soluzioni concordate della crisi di impresa, con un ruolo significativo, ma non prevalente e, forse, solo anticipatorio per ragioni di mera tempistica, da parte del tribunale.

Si tratta di una regola generale oppure è possibile trovare fonti diverse legittimanti l'importazione della disuguaglianza di trattamento a prescindere dal binomio consenso/intervento degli organi della procedura e, dunque, anche per semplice iniziativa del debitore o di terzi?

Ugualmente da comprendere è l'esatta collocazione della prededuzione, che spesso pretende di anticipare le soglie del successivo fallimento e farsi valere già all'interno della procedura di riorganizzazione: prededuzione solo nel fallimento successivo o anche (o soltanto) nella procedura di riorganizzazione alternativa che eventualmente lo precede?

Ma ulteriori problemi di natura sistematica generale si pongono. Come conciliare l'indagine che la norma richiede al tribunale in tema di prededuzione (che spesso sfiora la questione di fattibilità della procedura) con la via stretta tracciata dalla Cass 21860/10 al tribunale in sede di ammissione del concordato: è forse necessario un ripensamento?

Tentare di dare risposte a tutto questo è compito della sessione sulla prededuzione del Convegno di Narni, insieme a quello di fornire le soluzioni possibili di alcuni non semplici passaggi di una norma di non facile decodificazione: insomma le istruzioni per l'uso dell'art. 182 quater.