

Si respinge l'istanza di prededuzione in quanto per potersi parlare di crediti sorti "in funzione" di una procedura, come testualmente recita l'art 111 l.f. richiamato dall'istante, occorre che una procedura sia effettivamente aperta e che quindi, nel caso di concordato preventivo, vi sia stata l'emissione di un decreto di ammissione che, come dispone testualmente l'art. 163 l.f., segna il momento in cui può ritenersi aperta la procedura. Deve pertanto ritenersi che la norma dell'art. 111 secondo comma l.f. nella sua nuova formulazione, pone come presupposto implicito della prededuzione di un credito, l'avvenuta apertura della procedura (quindi il decreto di ammissione). Ciò che giustifica infatti il trattamento preferenziale, ossia la sua "ratio", è proprio il fatto che la prestazione professionale ha reso possibile nell'interesse dei creditori l'accesso alla procedura di concordato quale forma di tutela anche dell'interesse collettivo. In caso contrario, si dovrebbe giungere a sostenere che possono godere parimenti del beneficio della prededucibilità tutti i crediti comunque sorti nel periodo dalla data di deposito del ricorso fino alla pronuncia del provvedimento (di apertura o di inammissibilità), per il solo fatto che possano in qualche modo avere detta funzione o che siano sorti in occasione, cioè durante la stessa. Tale conclusione è del resto maggiormente avvalorata dalla considerazione che la "prededuzione" non è una prelazione, non è cioè una "qualità" del credito che esiste prima della procedura in cui può essere fatta valere, non "preesiste" alla procedura, ma nasce solo nell'ambito della procedura stessa.

In termini generali, poi, il G.D. ritiene che in ogni caso, anche qualora si volesse superare tale obiezione, la prededuzione nel caso in esame vada esclusa in quanto trattasi di debito sorto *prima* dell'apertura della procedura di concordato preventivo, al di fuori di un qualsiasi controllo sull'"an" e sul "quantum" del credito, da parte degli organi della procedura, a tutela dei creditori.

Orbene, merita innanzitutto ricordare che il problema, postosi in tema di consecuzione di procedure (amministrazione controllata o concordato preventivo e successivo fallimento) anche prima della riforma, in mancanza di un preciso dato normativo, era stato risolto dalla giurisprudenza nel vigore del previgente art. 111 l.f. nel senso che il credito professionale sorto per attività prestata per la presentazione della domanda di concordato, in quanto debito contratto dallo stesso fallito prima del fallimento e al di fuori del controllo degli organi della procedura, aveva natura non prededuttiva. Poiché l'art. 111 secondo comma l.f. nell'originaria formulazione si limitava a stabilire la prededucibilità per le spese e per i debiti contratti *per l'amministrazione del fallimento (e per la continuazione dell'impresa)* si riteneva che tale non potesse qualificarsi il debito contratto dal fallito per accedere ad una procedura di concordato. La giurisprudenza poi, ma non è qui la sede per approfondire tale aspetto, era giunta ad ampliare la categoria della "prededuzione" ad alcuni debiti sorti prima del fallimento, nel corso della procedura di amministrazione controllata, prima, e anche nel corso del concordato preventivo, poi, distinguendo tra spese utili alla massa da pagarsi in prededuzione e quelle soltanto utili all'imprenditore. La "ratio" della prededucibilità era comunque sempre quella della salvaguardia del principio di stabilità degli atti compiuti nell'ambito (e quindi *all'interno*) di una procedura, ossia sotto il controllo degli organi della procedura, in modo da garantire coloro che contraevano con detti organi. Come sopra detto, la Suprema Corte, invece, con riferimento al credito professionale sorto per attività prestata per la presentazione della domanda di concordato, aveva più volte ribadito il principio della loro natura non prededuttiva (cass. 16/6/1994; C.s. 16/5/83 n. 3369; Cass 17/2/81 n.948).

Orbene, il legislatore del 2006, evidentemente al fine di coprire una lacuna normativa, ha introdotto una disciplina compiuta e articolata dei crediti prededucibili, da un lato fornendone una definizione che sotto il profilo letterale recepisce, quanto meno nei "termini" utilizzati, l'orientamento prevalente della giurisprudenza, dall'altro regolandone il procedimento di cognizione e le modalità di soddisfacimento.

Ciò che occorre allora verificare è se la nuova disciplina legislativa introdotta con il D.lgs. 9/1/06 n.5 comporti una modifica dell'indirizzo interpretativo sopra richiamato o se, invece, comporti un ulteriore ampliamento della categoria di questi crediti, tale per cui vadano tra essi compresi i crediti

sorti (oltre che in occasione, ossia durante una procedura, anche quelli sorti) “in funzione” del concordato preventivo, e in particolare anche se anteriori al fallimento.

Il tenore letterale della disposizione non è di significato inequivoco.

Il nuovo art. 111 l.f., oggi così dispone: “*Sono considerati crediti prededucibili quelli così qualificati da una specifica disposizione di legge e quelli sorti in occasione o in funzione delle procedure concorsuali di cui alla presente legge.*”

Se è chiaro che “in occasione” è un termine che ha un riferimento “temporale” sicuro, si tratta cioè di crediti sorti “durante” la procedura, non altrettanto chiaro è il termine “in funzione”, il quale potrebbe, di per sé, includere anche i debiti sorti *prima*, ossia al di fuori della procedura. Ma se, come si è osservato, nell’ottica di un concordato preventivo che oggi non è necessariamente liquidatorio, in quanto può comportare la prosecuzione dell’attività di impresa e l’accesso a nuove linee di credito, è effettivamente opportuno prevedere una prededucibilità dei crediti sorti “in funzione” della procedura *al suo interno*, non altrettanto opportuno né logico appare il riconoscimento della prededucibilità per i crediti sorti prima dell’apertura della procedura. Sarebbe una conclusione che spalancherebbe le porte ai più vari debiti e renderebbe possibili abusi ai danni dei creditori, al di fuori di ogni controllo di legittimità.

Ad avviso del G.D., peraltro, il complessivo sistema della nuova disciplina non porta a ritenere che debbano essere compresi tra i crediti “prededucibili”, in modo indiscriminato (ossia al di fuori delle ipotesi previste in modo specifico dalla legge, tra cui il caso del subentro in rapporti già pendenti) anche i debiti sorti *prima* dell’apertura della procedura concordataria, solo perchè sorti “in funzione” dell’apertura di una procedura, oltre a tutto senza distinzione se la procedura poi si sia effettivamente aperta o meno. Il concetto che il legislatore ha espresso con il termine “in funzione” presuppone comunque una “procedura aperta” e un controllo del giudice sulla congruità ed utilità dell’obbligazione.

A favore di tale tesi vi sono diverse argomentazioni.

1) l’art. 167 l.f. per tutta una serie di atti “disposizione” (non solo di straordinaria amministrazione) posti in essere nel corso della procedura di concordato preventivo esige la previa autorizzazione del G.D, prevedendone in caso negativo l’inefficacia. Viene quindi sostanzialmente stabilito il principio che i “debiti” di massa, da pagare prima di tutti gli altri, debbono passare attraverso il vaglio degli organi della procedura. Sarebbe allora incomprensibile come per quelli sorti *nel corso* della procedura sia stato previsto tale controllo, mentre per quelli compiuti *prima* dell’apertura, ne sia prevista la prededucibilità, senza alcun previo controllo.

2) l’art 67 comma 3 lett. G) dispone che non sono soggetti a revocatoria “*i pagamenti di debiti liquidi ed esigibili eseguiti alla scadenza per ottenere la prestazione di servizi strumentali all’accesso alle procedure concorsuali e di concordato preventivo*”. A parte il fatto che la norma pone quale condizione il fatto che il pagamento sia fatto “alla scadenza” e pare difficile configurare una scadenza dell’obbligo di pagamento del corrispettivo della prestazione di predisposizione della domanda di concordato o del piano o della perizia di stima, prima del deposito della domanda stessa, in ogni caso è certo che fra questi debiti di cui all’rt. 67 comma 3 lett. G) e quelli sorti “*in funzione*” di una procedura concorsuale vi è sostanziale identità. La differenza allora, come è stato opportunamente notato, è proprio temporale: l’art. 67 lett g) si occupa dei crediti antecedenti la procedura (crediti strumentali); l’art. 111 l.f invece disciplina i crediti successivi (crediti funzionali). Tale ultimo richiamo consente di superare l’indirizzo secondo cui (Cass. 14/7/97 n. 352) i “finanziatori” in corso di procedura non avevano alcuna tutela. Tutela che oggi appare perfettamente configurabile.