

Civile Ord. Sez. 1 Num. 10885 Anno 2021

Presidente: SCALDAFERRI ANDREA

Relatore: DI MARZIO MAURO

Data pubblicazione: 23/04/2021

sul ricorso 1140/2017 proposto da:

 Marco, elettivamente domiciliato in Roma, Largo Somalia n.67, presso lo studio dell'avvocato , rappresentato e difeso dall'avvocato , giusta procura in calce al ricorso;

- ricorrente -

contro

Fallimento di di Ilenia & C. S.a.s. e di i Ilenia in proprio, in persona del curatore fall.re dott. i .

o.l.
1167
2021

elettivamente domiciliato in)
)
, giusta procura in calce al
controricorso;

- controricorrente -

avverso l'ordinanza del TRIBUNALE di MANTOVA, del 30/11/2016;

udita la relazione della causa svolta nella camera di consiglio del
11/03/2021 dal cons. DI MARZIO MAURO;

lette le conclusioni scritte del P.M. in persona del Sostituto
Procuratore Generale DE MATTEIS STANISLAO che chiede che il
presente ricorso sia rimesso alla Sezioni Unite della Corte di
Cassazione.

RILEVATO CHE

1. — Marco ricorre per tre mezzi, nei confronti del
Fallimento : di Ilenia & C. S.a.s. nonché di i
Ilenia, contro il decreto del 30 novembre 2016 con cui il Tribunale di
Mantova ha respinto l'opposizione allo stato passivo del il
quale, a fronte della domanda di ammissione al passivo per la somma
di € 38.064,00 in prededuzione, ovvero in subordine di € 31.200,00
in privilegio, era stato in precedenza ammesso per € 15.000,00 in
privilegio, a titolo di compenso per lo svolgimento di attività di
advisor contabile, finalizzata ad assistere la società ed il legale
incaricato dalla stessa nelle verifiche e rettifiche contabili necessarie
per la predisposizione della proposta e del piano di concordato
preventivo in corso di redazione, nel quadro di una procedura
concordataria in bianco cui essa società aveva in seguito rinunciato.

2. — Il Fallimento resiste con controricorso.

Il Procuratore Generale ha chiesto rimettersi il ricorso alle Sezioni Unite.

Le parti hanno depositato memorie.

CONSIDERATO CHE

3. — Il ricorso contiene tre motivi.

3.1. — Il primo mezzo denuncia violazione e falsa applicazione degli articoli 161, settimo comma, e 111 della legge fallimentare, lamentando che il Tribunale non abbia ammesso ^{in prededuzione} il suo credito in applicazione dell'assunto secondo cui, in caso di domanda di concordato poi rinunciato, il credito del professionista relativo al compenso per prestazioni professionali rese anteriormente alla dichiarazione di fallimento dell'imprenditore non è prededucibile ai sensi dell'articolo 111, secondo comma, della legge fallimentare, non arrecando alla procedura concorsuale alcun beneficio in termini di accrescimento dell'attivo e salvaguardia della sua integrità, lettura la quale, secondo il giudice di merito, troverebbe conferma nell'articolo 11, comma 3 *quater*, del decreto legge 23 dicembre 2013, numero 145, convertito nella legge 21 febbraio 2014, numero 9, quantunque successivamente abrogata.

3.2. — Il secondo mezzo denuncia nullità del provvedimento impugnato per violazione dell'articolo 112 c.p.c., in ragione della mancata decisione sul *quantum debeat*.

Si sostiene che l'opposizione allo stato passivo aveva avuto ad oggetto non soltanto la questione della prededuzione, ma anche

quella concernente l'entità del compenso dovuto, compenso ridotto in sede di formazione dello stato passivo, aspetto sul quale il decreto impugnato avrebbe totalmente omesso di pronunciare.

3.3. — Il terzo mezzo denuncia omesso esame di un fatto decisivo oggetto di discussione tra le parti.

La censura attiene alla circostanza che il ricorrente, dinanzi al Tribunale, aveva evidenziato, contrastando la diversa affermazione effettuata sul punto dal Fallimento, che l'incarico conferitogli non prevedeva l'attestazione del piano né la predisposizione della proposta e del piano medesimo, essendo stato egli viceversa incaricato della sola verifica contabile circa l'attendibilità delle scritture e l'aggiornamento delle stesse.

RITENUTO CHE

4. — Va disposta la trasmissione degli atti al Primo Presidente, sollecitata anche dal Procuratore Generale nella sua requisitoria scritta, per l'eventuale assegnazione del ricorso alle Sezioni Unite.

Il primo motivo, difatti, pone una questione, quella della prededuzione del credito del professionista che abbia prestato la sua opera in vista dello svolgimento della procedura di concordato preventivo, procedura subito abortita per rinuncia o dichiarazione di inammissibilità, sulla quale si rinvengono precedenti non uniformi di questa prima sezione.

D'altro canto, più in generale, l'inquadramento del tema, di impatto operativo senz'altro cospicuo, soffre a causa di punti di frizione tra ricostruzioni non omogenee, che inducono alla rimessione al Primo Presidente anche quale questione di massima di particolare importanza.

CA

4.1. — **La prededuzione prima della riforma.**

Prima della riforma del diritto fallimentare del 2006 (d.lgs. 9 gennaio 2006, n. 5, recante «*Riforma organica della disciplina delle procedure concorsuali*», in vigore dal 16 luglio 2006), la legge fallimentare non dettava un'espressa disciplina della prededuzione, la cui nozione era desunta dal testo dell'articolo 111 della legge fallimentare, secondo cui: «*Le somme ricavate dalla liquidazione dell'attivo sono erogate nel seguente ordine:*

1) *per il pagamento delle spese, comprese le spese anticipate dall'erario, e dei debiti contratti per l'amministrazione del fallimento e per la continuazione dell'esercizio dell'impresa, se questo è stato autorizzato;*

2) *per il pagamento dei crediti ammessi con prelazione ...;*

3) *per il pagamento dei creditori chirografari....*

I prelevamenti indicati al n. 1 sono determinati con decreto dal giudice delegato».

Su tale base era fondata la distinzione tra c.d. «*crediti verso la massa*», di cui al n. 1 della norma, correlati a c.d. «*debiti di massa*», crediti, cioè, scaturenti da atti posti in essere dall'ufficio fallimentare in vista dello svolgimento della procedura, così contraddistinti dal connotato della prededuzione, tale da attribuire al creditore il diritto ad essere soddisfatto integralmente ed alla scadenza, con priorità rispetto all'altra categoria dei crediti concorsuali, anche se assistiti da cause di prelazione: crediti, in definitiva, caratterizzati, in ragione della loro genesi e finalità, dalla sottrazione al regime del concorso ed al principio della *par condicio*.

La prededucibilità era perciò strettamente dipendente dalla simultanea sussistenza di un triplice connotato temporale, soggettivo

lm
Corte di Cassazione - copia non ufficiale

e funzionale, tale da circoscriverne l'applicabilità ai crediti insorti: i) nel corso della procedura concorsuale; ii) per la sola attività degli organi ad essa preposti; iii) al fine di liquidare i beni del fallito a favore della massa dei creditori.

4.2. — **Esclusione della prededucibilità ante riforma in caso di consecuzione tra concordato preventivo e fallimento.**

Riteneva questa Corte, nell'arco temporale antecedente la menzionata riforma del 2006, che la prosecuzione dell'attività economica del debitore non rientrasse nelle finalità del concordato preventivo, con conseguente insussistenza dei presupposti necessari al riconoscimento della prededucibilità ai crediti sorti per la gestione concordataria, in caso di successivo fallimento.

Si affermava cioè che: *«I crediti nascenti da obbligazioni contratte nel corso della procedura di concordato preventivo, cui segua la risoluzione per inadempimento, non possono, nel successivo fallimento, essere soddisfatti in prededuzione e gli atti solutori degli stessi, sia di natura dispositiva che meramente liquidatoria, sono suscettibili, ricorrendone i presupposti, di revocatoria fallimentare, stante la funzione liquidatoria del concordato, rispetto alla quale la continuazione dell'esercizio dell'impresa da parte del debitore è estranea, in quanto meramente eventuale»* (Cass. 14 febbraio 2011, n. 3581, tra le molte).

Erano viceversa riconosciuti, nella medesima ottica, i compensi ed i rimborsi dovuti al commissario ed al liquidatore, in quanto essi agivano *«proprio nell'interesse della massa»* (Cass. 5 febbraio 1988, n. 1258; Cass. 19 agosto 1983, n. 5402).

4.3. — **La novella dell'articolo 111 della legge fallimentare.**

Corte di Cassazione - copia non ufficiale

Con la riforma del 2006 l'articolo 111 della legge fallimentare ha assunto la nuova formulazione che segue: «*Le somme ricavate dalla liquidazione dell'attivo sono erogate nel seguente ordine:*

- 1) *per il pagamento dei crediti prededucibili;*
- 2) *per il pagamento dei crediti ammessi con prelazione ...;*
- 3) *per il pagamento dei creditori chirografari ...*

Sono considerati debiti 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 ...».

A seguito della riforma, dunque, oltre al caso della prededuzione disposta per specifica disposizione di legge, il legislatore ha previsto il riconoscimento della prededuzione ai crediti insorti «*in occasione o in funzione*» di una procedura concorsuale. Evidente la cesura, sul piano normativo, rispetto al passato: da una previsione nella quale il vocabolo «*prededuzione*», neppure compariva, si passa ad una previsione che contempla una prededuzione se non altro duplice, una prededuzione legale, ed una destinata ad essere riconosciuta per via giudiziale.

4.4. — **La nozione di prededuzione.**

Nelle procedure concorsuali, compresa quella di concordato, la prededuzione attribuisce non una causa di prelazione ma una precedenza processuale, in ragione della strumentalità dell'attività, da cui il credito consegue, agli scopi della procedura, onde renderla più efficiente, atteso che, mentre il privilegio, quale eccezione alla *par condicio creditorum*, riconosce una preferenza ad alcuni creditori e su certi beni, nasce fuori e prima del processo esecutivo, ha natura sostanziale e si trova in rapporto di accessorietà con il credito garantito poiché ne suppone l'esistenza e lo segue, la

prededuzione — che, per la differenza del piano su cui opera rispetto al privilegio, può aggiungersi alle cause legittime di prelazione nei rapporti interni alla categoria dei debiti di massa, quando vi sia insufficienza di attivo e sia necessario procedere ad una gradazione pure nella soddisfazione dei creditori prededucibili — attribuisce una precedenza rispetto a tutti i creditori sull'intero patrimonio del debitore e ha natura procedurale, perché nasce e si realizza in tale ambito e assiste il credito di massa finché esiste la procedura concorsuale in cui lo stesso ha avuto origine, venendo meno con la sua cessazione (Cass. 11 giugno 2019, n. 15724).

4.5. — **Occasionalità «o» funzionalità.**

Ciò detto, il testo della disposizione ha suscitato anzitutto l'interrogativo, con riguardo alla prededuzione giudiziale, se l'occasionalità e la funzionalità del credito, rispetto alla procedura, valgano o meno a definire un unico presupposto, dal duplice concorrente connotato, ovvero se la prededuzione possa trovare distinto ed autonomo fondamento sia, per un verso, nell'occasionalità che, per altro verso, nella funzionalità: se, in altri termini, la prededuzione richieda simultaneamente che il credito sia sorto durante lo svolgimento della procedura, *i.e.* dopo la sua apertura e prima della sua conclusione, e sia inoltre legato alla procedura dal vincolo di funzionalità, oppure se possa darsi prededucibilità di un credito che sia occasionalmente ma non funzionalmente legato alla procedura e viceversa.

A questo quesito, la Corte, nell'evidenziare, come si diceva, che il secondo comma dell'articolo 111 della legge fallimentare prevede due categorie di crediti prededucibili, «*la prededucibilità ... attribuita a determinati crediti da specifiche disposizioni di legge*» e quella

applicabile in forza di «*criteri generali in base ai quali essa può essere riconosciuta dal giudice della procedura fallimentare*», ove si tratti di crediti sorti «*in occasione o in funzione*» di una delle procedure concorsuali previste dalla legge fallimentare, ha chiarito che i due criteri «*risultano chiaramente considerati dalla norma come autonomi ed alternativi, in tal senso dovendo interpretarsi la disgiuntiva "o"*» (Cass. 5 marzo 2014, n. 5098; analogamente la coeva Cass. 14 marzo 2014, n. 6031; di recente Cass. 10 ottobre 2019, n. 25471).

4.6. — **Predeuzione e revocatoria.**

Per il discorso che si va facendo, in punto di preeducibilità del credito del professionista che abbia prestato la propria opera nel quadro dello svolgimento della procedura di concordato preventivo, riveste importante rilievo la novella (decreto legge 14 marzo 2005, n. 35, convertito in legge 14 maggio 2005, n. 80) che ha interessato l'articolo 67 della legge fallimentare, laddove esso stabilisce, al terzo comma, che: «*Non sono soggetti all'azione revocatoria ... g) i pagamenti di debiti liquidi ed esigibili eseguiti alla scadenza per ottenere la prestazione di servizi strumentali all'accesso alle procedure concorsuali ...*».

Il rilievo concettuale della disposizione (che peraltro sembra possedere un rilievo pratico ben più modesto, dacché, almeno nell'esperienza del collegio, non paiono ricorrenti i casi di prestazioni professionali pagate anticipatamente) sta in ciò, che, con riguardo al credito del professionista, insorto a seguito dello svolgimento di «*servizi strumentali all'accesso alle procedure concorsuali*», l'esclusione della revocatoria si presta ad essere intesa come l'altra faccia della predeuzione, giacché l'una e l'altra disposizione mirano alla realizzazione del medesimo risultato pratico, consistente

65

nell'assicurare al professionista il corrispettivo pattuito, vuoi che questi abbia ricevuto fin da subito quanto dovuto, vuoi che abbia invece, per così dire, lavorato «*a credito*».

Il tutto con una chiara finalità: quella di facilitare l'accesso alla procedura concordataria.

4.7. — **Sviluppi della disciplina concordataria.**

Prima di passare all'esame delle diverse soluzioni giurisprudenziali concernenti il credito del professionista che abbia prestato la propria opera per i fini dell'accesso alla procedura di concordato preventivo, occorre ancora rammentare che i primi approdi giurisprudenziali nella materia sono maturati in un contesto diverso dall'attuale, in cui l'ambito del concordato preventivo si è senz'altro dilatato:

-) da un lato per la previsione del concordato in continuità aziendale, mediante l'introduzione, nella trama della legge fallimentare, dell'articolo 186 *bis*, ad opera del decreto legge 22 giugno 2012, n. 83, convertito in legge 7 agosto 2012, n. 134;

-) dall'altro lato, soprattutto, con l'introduzione del cosiddetto concordato in bianco che, ai sensi del sesto comma dell'articolo 161 della legge fallimentare, consente al debitore di depositare la domanda di concordato, riservandosi la presentazione della proposta e del piano entro un dato termine estensibile fino a 180 giorni.

Ora, al fine di comprendere, nelle sue reali ragioni, il contrasto giurisprudenziale di cui tra breve si darà conto, deve essere evidenziato che, a fronte della *ratio* sottesa alla disciplina concordataria, consistente nella «*ravvisata opportunità di privilegiare soluzioni di composizione idonee a favorire, per quanto possibile, la conservazione dei valori aziendali, altrimenti destinati ad un inevitabile quanto inutile depauperamento*» (Cass., Sez. Un., 23

lex

gennaio 2013, n. 1521), non è mancato chi, soprattutto nella giurisprudenza di merito, ha guardato con marcato sfavore al progressivo ampliamento del fenomeno della predeuzione del professionista il quale abbia prestato la propria opera ai fini dell'accesso al concordato preventivo, massime in ipotesi di concordato in bianco, quale pernicioso congegno tale da ledere in misura non accettabile il principio della *par condicio* qualora il concordato preventivo sfoci nel fallimento, ed il credito del professionista finisca per assorbire in misura rilevante l'attivo altrimenti disponibile per la massa dei creditori. In breve, come è stato di recente osservato, «è assolutamente ovvio il danno che i creditori anteriori possono subire per effetto del depauperamento dell'attivo (e della correlata riduzione della garanzia patrimoniale) che deriva da una gestione preconcordataria produttiva di debiti prededucibili» (Cass. 29 maggio 2019, n. 14713).

ley

4.8. — Tentativi di limitare per via normativa l'ambito di applicabilità della predeuzione.

In effetti, lo stesso legislatore ha avuto nei confronti della materia un atteggiamento ondivago.

Il decreto legge 31 maggio 2010, n. 78, convertito, con modificazioni, in legge 30 luglio 2010, n. 122, ha introdotto nella legge fallimentare l'articolo 182 *quater*, nel complesso diretto a riconoscere la predeuzione ai crediti derivanti da finanziamenti alle imprese in crisi, così da favorire il loro accesso al credito, potenziando in tal modo lo strumento.

Il terzo comma della disposizione ha però stabilito che: «Sono altresì prededucibili i compensi spettanti al professionista incaricato di predisporre la relazione di cui agli articoli 161, terzo comma, 182-bis,

primo comma, purché ciò sia espressamente disposto nel provvedimento con cui il tribunale accoglie la domanda di ammissione al concordato preventivo ovvero l'accordo sia omologato».

E dunque, una norma posta nel complesso a rinforzare la prededuzione, al fine di favorire l'accesso al credito, la circoscrive, al tempo stesso, nei riguardi del professionista ivi menzionato, richiedendo la sussistenza di determinati adempimenti formali.

Sembrava d'altronde potersi arguire dalla norma, a testimonianza dell'intento di ridurre la portata della prededuzione del professionista, non solo che il credito dell'attestatore fosse prededucibile esclusivamente a determinate condizioni, ma che il beneficio dovesse intendersi radicalmente escluso per tutti gli altri crediti, compresi quelli vantati dagli altri professionisti che avessero prestato assistenza alla predisposizione del piano concordatario.

Il comma è stato però abrogato dall'articolo 33, comma 1, lettera e-bis), numero 4), del decreto legge 22 giugno 2012, n. 83, convertito in legge 7 agosto 2012, n. 134.

Medesima la sorte di una norma, apparentemente di interpretazione autentica, secondo cui: *«La disposizione di cui all'articolo 111, secondo comma, del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267, e successive modificazioni, si interpreta nel senso che i crediti sorti in occasione o in funzione della procedura di concordato preventivo aperta ai sensi dell'articolo 161, sesto comma, del medesimo regio decreto n. 267 del 1942, e successive modificazioni, sono prededucibili alla condizione che la proposta, il piano e la documentazione di cui ai commi secondo e terzo siano presentati entro il termine, eventualmente prorogato, fissato dal giudice e che la procedura sia aperta ai sensi dell'articolo 163 del medesimo regio decreto, e successive modificazioni, senza soluzione di continuità*

ky

rispetto alla presentazione della domanda ai sensi del citato articolo 161, sesto comma» (articolo 11, comma 3 quater, della legge 21 febbraio 2014, n. 9, di conversione, con modifiche, del decreto-legge 23 dicembre 2013, n. 145).

La norma, se vigente, consentirebbe di risolvere agevolmente lo specifico caso oggetto del contendere, giacché essa è volta a circoscrivere l'ambito di applicazione della prededuzione, proprio in caso di concordato in bianco, consentendone il riconoscimento solo nell'ipotesi in cui la proposta e il piano siano effettivamente depositati, con l'intera documentazione necessaria, con conseguente apertura della procedura.

Ma, come si premetteva, il comma è stato abrogato dal decreto-legge 24 giugno 2014, n. 91, convertito, con modificazioni, dalla legge 11 agosto 2014, n. 116. *Ergo*, resta applicabile, in un significato non condizionato dalla norma di interpretazione, la disciplina generale prevista all'articolo 111 della legge fallimentare.

E, ciò nondimeno, è difficile negare che il quadro normativo entro cui collocare la lettura della norma si sia caratterizzato per una volatilità tale da rendere tutt'altro che agevole ed univoca la ricostruzione della volontà del legislatore.

4.9. — La giurisprudenza di merito.

Secondo un diffuso orientamento della giurisprudenza di merito, formatosi dopo la novella dell'articolo 111 della legge fallimentare, la prededuzione, come si è accennato, competerebbe sì al professionista, ma all'esito di un'indagine diretta alla concreta verifica del nesso di funzionalità, sicché, in particolare, in caso di concordato che non giunga ad una determinata fase di sviluppo (per alcuni l'ammissione ai sensi dell'articolo 163 della legge fallimentare, per

altri l'omologazione della procedura) il nesso di funzionalità sarebbe tendenzialmente da escludere.

In buona sostanza, secondo quest'orientamento, occorrerebbe sempre verificare *ex post* se la prestazione fosse stata utile, in presenza di una proposta concordataria mancante di fattibilità giuridica ovvero economica.

4.10. — **La giurisprudenza della Corte.**

Questa Corte, viceversa, esclude la soggezione della prededuzione del professionista ad una verifica giudiziale, *ex post*, dell'utilità.

O per meglio dire l'ha esclusa da un certo momento in poi, perché non mancano alcune pronunce della Corte, ormai remote, le quali ritenevano che venisse in rilievo — pur non esprimendo il concetto in termini organicamente consapevoli — la concreta utilità per i creditori. Può richiamarsi una decisione peraltro non concernente il credito dei professionisti (Cass. 5 marzo 2012, n. 3402) e comunque intervenuta su una questione alla quale è stato poi dato un responso opposto (Cass. 21 dicembre 2018, n. 33350; Cass., Sez. Un., 2 marzo 2020, n. 5685), nonché una ulteriore pronuncia secondo cui al credito dei professionisti può essere riconosciuta la collocazione in prededuzione nella misura in cui le relative prestazioni si pongano in rapporto di adeguatezza funzionale con le necessità risanatorie dell'impresa e siano state in concreto utili per i creditori, per aver loro consentito una sia pur contenuta realizzazione dei crediti (Cass. 8 aprile 2013, n. 8534).

4.10.1. — **Il presupposto dell'occasionalità.**

La giurisprudenza di legittimità ha ammesso la prededuzione del credito del professionista che abbia prestato la propria opera in vista

ky
Corte di Cassazione - copia non ufficiale

della procedura concordataria sia, prevalentemente, sulla base del presupposto della funzionalità, sia considerando detto credito assistito da prededuzione perché rientrante tra quelli *«così qualificati da una specifica disposizione di legge»*.

Viceversa, viene per lo più escluso che il riconoscimento della prededuzione possa fondarsi sul requisito dell'occasionalità, in ragione del criterio cronologico: e cioè semplicemente per essere insorto il credito pendente la procedura concordataria.

L'occasionalità, difatti, richiede una contestualità, tra insorgenza del credito e svolgimento della procedura, non solo cronologica, ma anche, per così dire, soggettiva: e cioè, il criterio cronologico che si desume dall'articolo 111, secondo comma, *«deve essere integrato, per avere senso compiuto, con un implicito elemento soggettivo e cioè quello della riferibilità del credito all'attività degli organi della procedura; in difetto di una tale integrazione il criterio in questione sarebbe palesemente irragionevole in quanto porterebbe a considerare prededucibili, per il solo fatto di essere sorti in occasione della procedura, i crediti conseguenti ad attività del debitore non funzionali ad esigenze della stessa»* (Cass. 15 gennaio 2014, n. 1513; Cass. 20 ottobre 2016, n. 20113; Cass. 11 dicembre 2020, n. 28364).

Altre volte, in un senso parzialmente diverso, si è detto che *«la prestazione "in occasione" non esige sempre ovvero solo una assoluta coerenza con il meccanismo organizzativo allestito con il concordato, e dunque poggiante sull'attività dei suoi organi, ben potendosi predicare la pari qualità prededotta ove ricorra un indice di coerenza e proporzione con l'attività nascente dalle iniziative del debitore ..., altrimenti divenendo prive di ogni sensatezza innanzitutto economica le regole che presidiano la disciplina delle sue operazioni di ordinaria*

ben

Corte di Cassazione - copia non ufficiale

amministrazione, da cui ben possono scaturire crediti prededucibili di terzi se sorti ... da "atti legalmente compiuti", tra i quali quelli che non necessitano ... di alcun intervento tutorio preventivo (e dunque valutativo) degli organi giudiziari» (Cass. 25 novembre 2019, n. 30694; Cass. 25 novembre 2019, n. 30696; Cass. 25 novembre 2019, n. 30697).

Il che, pur nella diversità dell'impostazione, pare confermare che il mero dato cronologico da solo non basta.

4.10.2. – **Il presupposto della funzionalità.**

In un primo tempo si è osservato che la prededuzione spetta anche per i crediti sorti anteriormente all'inizio della procedura di concordato preventivo (che come tali non sono legati alla procedura da un nesso di occasionalità), in presenza del presupposto della funzionalità: ciò in ragione della *ratio* della norma, di cui si è già detto, in collegamento con la previsione dettata dall'articolo 67, lett. g), anch'esso già menzionato (Cass. 5 marzo 2014, n. 5098).

L'articolo 111, secondo comma, della legge fallimentare va cioè interpretato nel senso che è credito sorto «*in funzione*» di una procedura concorsuale anche quello venuto ad esistenza «*per ottenere la prestazione di servizi strumentali all'accesso alle procedure concorsuali*», quale l'attività prestata in favore dell'imprenditore poi dichiarato fallito ai fini dell'ammissione alla procedura di concordato preventivo, non rilevando la natura concorsuale del credito stesso, per essere sorto in periodo anteriore al fallimento, tant'è che l'articolo 182 *quater*, secondo comma, della legge fallimentare qualifica come crediti prededucibili anche quelli sorti «*in funzione della presentazione della domanda di ammissione alla procedura di concordato preventivo*», e ciò conferma che la

ky

formula «*in funzione delle procedure concorsuali di cui alla presente legge*» (articolo 111, comma secondo) si pone sul medesimo piano di quella «*servizi strumentali all'accesso alle procedure concorsuali*» (articolo 67, lett. g), a mezzo dell'impiego di sinonimi, «*funzionale*» da un lato, «*strumentale*» dall'altro (Cass. 14 marzo 2014, n. 6031; Cass. 10 settembre 2014, n. 19013).

I crediti sorti a seguito delle prestazioni rese in favore dell'imprenditore per la redazione della domanda di concordato preventivo e per la relativa assistenza rientrano dunque fra quelli da soddisfarsi in prededuzione poiché l'articolo 111, secondo comma, individua un precetto di carattere generale, privo di restrizioni, che introduce un'eccezione al principio della *par condicio creditorum*, estendendo in caso di fallimento la preducibilità a tutti i crediti sorti in funzione di precedenti procedure concorsuali (Cass. 30 gennaio 2015, n. 1765).

Qualora al concordato preventivo consegua il fallimento, come si premetteva, non occorre un'indagine concernente il conseguimento di un'utilità in concreto per la massa dei creditori, utilità che è altra cosa rispetto alla funzionalità: anche a non voler considerare che l'accesso alla procedura di concordato preventivo costituisce di per sé un vantaggio per i creditori ove si tenga conto degli effetti della consecuzione delle procedure, tra cui la cristallizzazione della massa e la retrodatazione del periodo sospetto ai fini dell'esperimento della revocatoria fallimentare (Cass. 14 marzo 2014, n. 6031), l'utilità non rientra invece nei requisiti richiesti e nelle finalità perseguite dalla norma in questione e non deve perciò essere in alcun modo indagata (Cass. 18 gennaio 2018, n. 1182).

Detto in altre parole, l'ammissione al concordato è in sé sintomatica della relazione di funzionalità delle attività di assistenza e consulenza

connesse alla presentazione della domanda e alle eventualmente successive sue integrazioni. Secondo un'esemplificazione fatta, in particolare, la funzionalità è ravvisabile ogni qual volta le prestazioni compiute dal terzo, per il momento ed il modo con cui sono state assunte in un rapporto obbligatorio con il debitore, confluiscono nel disegno di risanamento da quest'ultimo predisposto, in modo da rientrare in una complessiva causa economico-organizzativa almeno preparatoria di una procedura concorsuale, a meno che non ne risulti dimostrato il carattere sovrabbondante o superfluo rispetto all'iniziativa assunta. Resta fermo, come già detto, che nessuna verifica deve invece essere compiuta, ove alla procedura minore consegua il fallimento, in ordine al conseguimento di un'utilità in concreto per la massa dei creditori, concetto che non può essere confuso o sovrapposto a quello di funzionalità (Cass. 10 gennaio 2017, n. 280). Va così a stabilizzarsi la massima secondo cui il credito del professionista che abbia svolto attività di assistenza e consulenza per la redazione e la presentazione della domanda di concordato preventivo, rientra *de plano* tra i crediti sorti «*in funzione*» di quest'ultima procedura e, come tale, a norma dell'articolo 111, secondo comma, della legge fallimentare, va soddisfatto in prededuzione nel successivo fallimento, senza che, ai fini di tale collocazione, debba essere accertato, con valutazione *ex post*, che la prestazione resa sia stata, concretamente utile per la massa in ragione dei risultati raggiunti (Cass. 4 novembre 2015, n. 22450; Cass. 18 gennaio 2018, n. 1182, con riguardo all'accordo di ristrutturazione; ed ancora, tra le altre, Cass. 21 novembre 2018, n. 30114; Cass. 21 dicembre 2018, n. 33358; Cass. 18 giugno 2019, n. 16224; Cass. 10 luglio 2019, n. 18531; Cass. 25 novembre



2019, n. 30694; Cass. 25 novembre 2019, n. 30696; Cass. 25 novembre 2019, n. 30697).

4.10.3. – **Il presupposto della espressa previsione normativa.**

Più di recente si è ritenuto che il credito del professionista per l'attività prestata in vista dell'accesso alla procedura concordataria goda di una duplice copertura normativa.

La pronuncia riveste qui rilievo anche perché esamina in specifico la questione (sulla quale Cass. 11 ottobre 2019, n. 25705, ha chiesto una relazione al massimario, cui è seguita la relazione Prot. 329/M/19 del 15 gennaio 2020) della spettanza della prededuzione in caso di concordato in bianco che non abbia varcato la soglia dell'ammissione, in ragione della revoca o dichiarazione di inammissibilità ai sensi dell'articolo 162, secondo comma, della legge fallimentare. Rammenta la Corte (sulla scia della ricostruzione operata da Cass. 29 maggio 2019, n. 14713, concernente atti di amministrazione posti in essere dal debitore), che l'articolo 111 citato prevede le tre tipologie di crediti caratterizzati da prededuzione di cui si è detto (espressa previsione normativa, occasionalità e funzionalità), e che, a tenore dell'articolo 161 della legge fallimentare, l'imprenditore può depositare il ricorso contenente la domanda di concordato riservandosi di presentare la proposta, il piano e la documentazione necessaria entro un termine fissato dal giudice. Viene quindi evidenziato che il settimo comma della stessa norma stabilisce in sequenza che: i) «*dopo il deposito del ricorso e fino al decreto di cui all'art. 163 il debitore può compiere gli atti urgenti di straordinaria amministrazione previa autorizzazione del tribunale...*»; ii) «*nello stesso periodo e a decorrere dallo stesso termine il debitore può altresì compiere gli atti di ordinaria amministrazione*»; iii) «*i crediti di*

Corte di Cassazione - copia non ufficiale

terzi eventualmente sorti per effetto degli atti legalmente compiuti dal debitore sono prededucibili ai sensi dell'art. 111». Questa la conseguenza: «Il regime da riservare ai crediti in tal modo scaturenti è dunque quello della prededucibilità fondata su "specifica disposizione di legge" (art. 111, u.c.), senza che abbia rilievo la circostanza che il debitore abbia poi effettivamente formulato un piano concordatario, ovvero che ... la domanda concordataria abbia poi effettivamente generato l'apertura della corrispondente procedura ex art. 163», anche in considerazione dell'abrogazione della norma di interpretazione autentica di cui si è già detto (decreto-legge n. 91 del 2014, come convertito). La collocabilità in prededuzione di crediti riconducibili alla tripartizione dell'articolo 111, ed in particolare all'alveo degli atti contemplati da una «specifica disposizione di legge», postula, inoltre, «un accertamento di consecutività tra il concordato e la procedura successiva, a tal fine rilevando il profilo attinente al suo presupposto, nel senso che la consecutività può escludersi solo allorché si registri una discontinuità nell'insolvenza, per essere cioè il fallimento conseguente ad una condizione di insolvenza non riconducibile alla situazione di crisi originaria. Ove, invece, il fallimento abbia causa ... nella medesima originaria situazione di insolvenza, deve escludersi che la consecutio venga meno anche laddove la procedura concordataria non sia aperta» (Cass. 10 ottobre 2019, n. 25471). In breve, tra le diverse soluzioni astrattamente predicabili, viene riconosciuta la sussistenza della consecutio tra le procedure in presenza di un requisito di natura sostanziale, quale la essenzialmente sovrapponibile situazione di insolvenza.

La pronuncia evidenzia ancora — e si tratta di un passaggio di rilievo — che l'inquadramento della prededuzione del credito del

professionista che abbia operato in vista della procedura concordataria nel settimo comma dell'articolo 161 non comporta un generalizzato automatismo. Difatti: *«La prededuzione ... è ... un effetto automatico ove i crediti derivino da "atti legalmente compiuti" dall'imprenditore che abbia chiesto di essere ammesso al concordato ... Ebbene, il credito, per essere prededucibile, deve derivare da atti così "legalmente compiuti", e non pare seriamente discutibile che la citata ulteriore espressione sia stata impiegata in senso rafforzativo della piena rispondenza dell'atto alla finalità gestoria coerente con la situazione patrimoniale. Ciò richiede al giudice pur sempre di verificare che il debitore non abbia abusato del concordato preventivo, aumentando la sfera della prededuzione e, quindi, anche alterando la par condicio creditorum, poichè è assolutamente ovvio il danno che i creditori anteriori possono subire per effetto del depauperamento dell'attivo (e della correlata riduzione della garanzia patrimoniale) che deriva da una gestione preconcordataria produttiva di debiti prededucibili».*

La Corte ha quindi affermato che dovesse essere riconosciuta la prededuzione al professionista attestatore, essendosi *«innegabilmente, al cospetto di una pretesa creditoria nascente da un atto "legalmente compiuto" dall'imprenditore perché è proprio la legge che impone a quest'ultimo di corredare la sua domanda concordataria (anche) con l'attestazione predetta».* Viene altresì aggiunto che *«la domanda di concordato cd. "con riserva o in bianco" condivide la medesima natura giuridica della domanda di concordato ordinaria. Invero, la stessa formulazione letterale della L. Fall., art. 161, comma 6, secondo cui l'imprenditore può depositare "il ricorso contenente la domanda di concordato", riservandosi di presentare la proposta, il piano e la documentazione di cui ai commi 2 e 3 entro un*

lu

termine fissato dal giudice, implica che l'imprenditore presenta, finanche ai sensi del citato comma, proprio ed esattamente il ricorso contenente la domanda di concordato preventivo, e non già un ricorso di portata diversa e più circoscritta, per esempio destinato a concludersi col (e finalizzato ad ottenere semplicemente il) termine previsto dalla legge, a cui eventualmente far seguire un nuovo atto d'impulso. Cosicché, infine, il procedimento innescato dalla domanda con riserva non è un primo procedimento distinto (e antecedente) rispetto a quello, ordinario, che si apre solo con la presentazione della proposta, del piano e della documentazione, ma costituisce un segmento dell'unico procedimento che rileva, semplicemente articolato in due fasi per così dire "interne" (cfr. Cass. n. 14713 del 2019, in motivazione) ... Muovendo da una siffatta premessa allora, non vi è chi non veda come al descritto credito dell'odierno ricorrente ben potrebbe riconoscersi la natura di credito sorto "in occasione" di una procedura concorsuale (appunto quella concordataria), trovando così giustificazione la sua collocazione in prededuzione, nel successivo fallimento ... anche alla stregua della corrispondente, diversa ipotesi di cui alla L. Fall., art. 111, u.c.» (Cass. 10 ottobre 2019, n. 25471).

4.11. – **Concordato in bianco inammissibile o rinunciato: la prededuzione sussiste.**

Una decisione già citata (Cass. 10 gennaio 2017, n. 280) ha preso posizione sul rilievo del provvedimento di ammissione della procedura ai sensi dell'articolo 163 della legge fallimentare, osservando: «La riassunta equiparazione assume in modo erroneo la natura dei crediti pregressi, cioè anteriori alla proposta di concordato preventivo ... come situazioni che necessariamente si perfezionerebbero, almeno nel concordato con riserva, solo successivamente all'apertura della

procedura concorsuale, perché solo da quel momento soggetti al controllo giudiziale autorizzatorio attestante tale qualità ... Osserva il Collegio che la premessa, ove accolta, condurrebbe da un lato ad un'abrogazione parziale della norma (che conferisce con chiarezza identico rango prededotto anche a crediti i cui fatti costitutivi si siano completati prima della instaurazione del concorso, appunto ad esso funzionali) e dall'altro ad una impropria portata dell'art. 111 co. 2, cioè specificativa della diversa nozione assunta dal sistema degli artt. 161 co. 7, 167, 173 co. 3 l.f., che esige l'autorizzazione giudiziale per i diversi atti di straordinaria amministrazione».

In un'altra decisione misuratasi espressamente col tema è esaminato il ricorso del legale che aveva assistito il debitore nella fase della riserva del concordato. In tal caso la Corte ha ritenuto che il credito del professionista fosse prededucibile indipendentemente dall'ammissione o meno alla procedura. Viene affermato che la presentazione della domanda di concordato «*in bianco*» aveva di per sé avuto un'intrinseca utilità per i creditori sociali, in quanto aveva provocato l'anticipazione degli effetti del fallimento dichiarato successivamente, alla data del suo deposito (Cass. 30 marzo 2018, n. 7974). Il solo deposito della domanda in bianco di concordato preventivo avrebbe cioè apportato benefici per l'intero ceto creditorio, dovendosi già in tale circostanza riconoscere la funzionalità della prestazione svolta dal legale nell'assistere il debitore in tale delicata fase: «*la collocazione in prededuzione prevista dall'art. 111, comma 2, l. fall. costituisce infatti, come detto, un'eccezione al principio della par condicio che intende favorire il ricorso a forme di soluzione concordata della crisi d'impresa e rimane soggetta alla verifica delle sole condizioni previste dalla norma in parola*».

lu
Corte di Cassazione - copia non ufficiale

Si è poi dato già ampiamente conto del responso di Cass. 10 ottobre 2019, n. 25471: in sintesi, il credito del professionista che abbia operato in vista della procedura concordataria è prededucibile sia perché contemplato espressamente dalla legge (e però, si badi, senza alcun automatismo), sia per effetto della relazione di funzionalità.

Al riguardo sorge un ulteriore interrogativo. La pronuncia testé menzionata riguardava la posizione del professionista attestatore, il cui apporto è previsto dal terzo comma dell'articolo 161 della legge fallimentare, professionista che deve essere iscritto all'albo dei dottori commercialisti ed esperti contabili od a quello degli avvocati, e deve altresì essere iscritto al registro dei revisori contabili.

Ma l'articolo 161 prevede al secondo comma l'eventuale apporto di altri professionisti (quale, tra l'altro, l'odierno ricorrente, che ha svolto attività di *advisor* contabile): sicché occorre stabilire se il conferimento dell'incarico a simili altri professionisti, diversi dal professionista attestatore, debba essere ricondotto al novero «*degli atti legalmente compiuti dal debitore*» di cui al settimo comma, ultimo periodo, dello stesso articolo 161. E cioè, le posizioni dei professionisti di cui all'articolo 161 della legge fallimentare, secondo e terzo comma, potrebbero non essere omogenee, giacché in un caso il debitore può servirsi del professionista, nell'altro caso deve farlo. Questione non trascurabile, che, risolta nell'uno o nell'altro modo, potrebbe rinforzare o indebolire gli elementi di frizione tra l'orientamento ora in esame e l'altro di cui si dirà.

4.12. — **Concordato in bianco inammissibile o rinunciato: la prededuzione non sussiste.**

Secondo un diverso orientamento, il credito del professionista per l'attività svolta in favore di un imprenditore, al fine verificare la

praticabilità dello strumento concordatario quale mezzo di superamento del suo stato di crisi o di insolvenza, non ha sempre natura prededucibile, indipendentemente dall'esito dell'incarico: *«il 2° comma dell'art. 111 l.fall., nello stabilire che sono considerati prededucibili i crediti sorti in "funzione" di una procedura concorsuale, presuppone infatti che la procedura sia stata aperta (e dunque, quanto al concordato, che l'opera prestata sia sfociata nella presentazione della relativa domanda e nell'ammissione dell'impresa alla procedura minore, dimostrandosi in tal modo "funzionale", cioè strumentalmente utile, al raggiungimento quantomeno dell'obiettivo minimale perseguito dal cliente)»* (Cass. 6 marzo 2018, n. 5254).

Appare chiaro, anche a fronte di una motivazione non ancora sviluppata in tutte le sue articolazioni, che la distanza di questo secondo indirizzo da quello precedentemente rammentato è profonda già con riguardo al governo della nozione di consecuzione tra procedure, poiché esso non sembra compatibile con l'assunto che, ^{per averli} ~~in~~ tanto si ha consecutio, ^{e'} ~~alla~~ condizione necessaria e sufficiente che l'insolvenza emessa in sede concordataria sia sostanzialmente la stessa che ha poi portato al fallimento.

Da ultimo, in consapevole contrasto con la giurisprudenza precedente (anche se la decisione menziona tra le pronunce di segno opposto Cass. 15 dicembre 2017, n. 30204, emessa in effetti in un caso di domanda concordataria revocata, senza però che il collegio avesse preso posizione sulla questione), è stato affermato il principio secondo cui: *«L'art. 111 comma 2° legge fall., nello stabilire che sono considerati prededucibili i crediti sorti "in funzione" di una procedura concorsuale, presuppone che una tale procedura sia stata aperta, e non la semplice presentazione di una domanda di concordato, che dà luogo unicamente ad un procedimento di verifica volto al mero*

accertamento dell'ammissibilità della proposta. Il credito del professionista che abbia svolto attività di assistenza o consulenza per la presentazione della domanda di concordato preventivo dichiarata inammissibile o rinunciata non è pertanto prededucibile nel fallimento, ancorché la sentenza dichiarativa si fondi sulla medesima situazione (di insolvenza) rappresentata nella domanda» (Cass. 15 gennaio 2021, n. 639; sostanzialmente sovrapponibili le coeve nn. 640 e 641).

Qui il contrasto si fa più marcato, e le divergenze si manifestano a largo spettro: in particolare è messo in discussione lo stesso assunto secondo cui la domanda di concordato, piena o in bianco, è una fase della procedura concordataria, come evidenziato da Cass. 10 ottobre 2019, n. 25471. Viceversa, detta domanda non condividerebbe la natura del concordato preventivo, procedura che avrebbe inizio — secondo un modello invero peculiare nel sistema processuale — non con la domanda della parte interessata, ma con il provvedimento a mezzo del quale, ai sensi dell'articolo 163, primo comma, della legge fallimentare, il giudice «*dichiara aperta la procedura di concordato preventivo*».

Il ragionamento si svolge perlopiù sul piano dell'interpretazione letterale. Si evidenzia, anzitutto, che: «*Con la presentazione della domanda di concordato e, segnatamente, con la sua pubblicazione nel registro delle imprese, si instaura ... un mero procedimento di "verifica" ... finalizzato ad accertare la sussistenza dei presupposti per l'ammissione alla procedura. L'attività che il tribunale pone in essere nel corso di tale procedimento è quanto mai articolata ... Solo se la verifica ha un esito positivo, il tribunale fallimentare ... dichiara aperta la procedura di concordato preventivo ... Nel caso di esito negativo ... il tribunale emette invece una pronuncia di inammissibilità "della*

lu

proposta", e non già "del concordato": ciò significa che la domanda di ammissione alla procedura, al pari di ogni altra domanda sottoposta alla previa delibazione del giudice, non è produttiva dell'effetto che con essa l'imprenditore intende conseguire fino a quando non risulti accertata la sussistenza dei presupposti necessari al suo accoglimento» (Cass. 15 gennaio 2021, n. 639).

Il dato letterale, può osservarsi, è senz'altro rilevante e non certo trascurabile: e tuttavia non sembra di per sé solo univocamente risolutivo, tanto più in presenza di una tecnica legislativa non sempre ineccepibile. Basterà rammentare che l'articolo 179 della legge fallimentare, al primo comma, nel regolare la: «*Mancata approvazione del concordato*», stabilisce che, in caso di mancato raggiungimento delle maggioranze, e dunque in una fase in cui il corso della procedura concordataria ha senz'altro avuto inizio, il tribunale deve nondimeno provvedere «*a norma dell'articolo 162, secondo comma*», ossia della disposizione che, come viene osservato nella sentenza di cui si sta dando conto, stabilisce che il giudice «*dichiara inammissibile la proposta di concordato*», e non la procedura concordataria. Insomma, appare concreto il pericolo che venga eletto a criterio interpretativo discriminante un dato letterale di non insuperabile pregnanza.

Prosegue la pronuncia osservando che la conclusione raggiunta non è contraddetta dal rilievo che la legge riconnette ^{alla} la pubblicazione della domanda di concordato, di per sé considerata, e cioè indipendentemente dall'ammissione alla procedura concordataria, taluni relevantissimi effetti, quali la cristallizzazione della massa passiva e la retrodatazione del periodo sospetto ai fini dell'esperibilità delle azioni revocatorie; effetti che, in breve, ben potrebbero giustificarsi anche in assenza del provvedimento di ammissione al

concordato ed in presenza, invece, della dichiarazione di fallimento. Ma, certo, non è insostenibile affermare che la procedura ha invece inizio con la proposta concordataria, la quale, all'esito dei necessari accertamenti, tipici di un procedimento già in atto, mira ad un provvedimento interinale, quello che dichiara ammissibile il concordato, aprendo la strada al successivo svolgimento dell'unica, organicamente congegnata, procedura.

Dopodiché si afferma: *«La nozione di funzionalità (strumentalità) della prestazione dalla quale sorge il credito, cui consegue il diritto del creditore ad essere soddisfatto in prededuzione, non può invece essere ampliata fino al punto di comprendervi qualsivoglia attività resa nel mero tentativo, risultato infruttuoso, di accedere ad una determinata procedura, quand'anche, in luogo di questa, ne sia stata aperta una diversa e non voluta: restando al caso di specie (in cui alla constatata inammissibilità della domanda di concordato è seguita la dichiarazione di fallimento) una tale opzione interpretativa per un verso non tiene conto che la prestazione di assistenza del professionista, volta a favorire il cliente e non certo i creditori concorsuali, è del tutto scollegata dal vantaggio a costoro - in tesi derivante dalla retrodatazione degli effetti del fallimento alla data di pubblicazione della domanda di concordato, vantaggio che piuttosto scaturisce dalla scelta dell'imprenditore (cui unicamente spetta la relativa decisione) di presentare tale domanda; per altro verso, finisce con l'agevolare la presentazione di domande di concordato prive di concrete possibilità di accoglimento e col pregiudicare i creditori concorsuali, ponendo a carico del fallimento i costi (spesso ingenti) di prestazioni superflue»* (Cass. 15 gennaio 2021, n. 639).

Quanto alla tesi in precedenza esaminata, secondo cui il conferimento dell'incarico (quantomeno) al professionista attestatore rientrerebbe

tra gli «*atti legalmente compiuti dal debitore*», ai sensi del settimo comma dell'articolo 161 della legge fallimentare, la pronuncia sostiene che la tesi è in radice errata, dal momento che la norma si riferirebbe esclusivamente agli «*atti compiuti per l'ordinaria gestione dell'impresa (ovvero per la prosecuzione della sua attività tipica) e sempre che tali atti non incidano negativamente sul patrimonio destinato al soddisfacimento dei creditori concorsuali, gravandolo di ulteriori debiti o sottraendo beni alla disponibilità della massa*» (Cass. 15 gennaio 2021, n. 639).

L'interesse che la decisione suscita appare indubbio, laddove consente di circoscrivere il *vulnus* che la prededuzione, nel caso considerato, potrebbe arrecare al principio della *par condicio*: in particolare, non può farsi a meno di notare che la soluzione così prospettata mostra punti di contatto con la disciplina dettata dall'articolo 9 del c.d. Codice della crisi dell'insolvenza, il quale, semmai entrerà in vigore (tra il c.d. «*Correttivo*», di cui alla legge 8 marzo 2019, n. 20, il rinvio causa Covid 19, dettato dal decreto-legge 8 aprile 2020, n. 23, e l'impatto determinato dalla Direttiva UE 2019/1023), prevede la prededuzione dei «*crediti professionali sorti in funzione della presentazione della domanda di concordato nonché del deposito della relativa proposta e del piano che la correda, nei limiti del 75% e a condizione che la procedura sia aperta ai sensi dell'articolo 51 del presente codice*».

E, però, permane l'esigenza di collocare in modo armonico ed organico i diversi tasselli che dal dato normativo emergono: chiarendo anzitutto, a parere del collegio, il perché il legislatore avrebbe scelto di rendere inattaccabile per via di revocatoria il pagamento effettuato in favore del professionista che abbia preteso il pagamento immediato, ed avrebbe invece affidato al verificarsi di un

evento che egli non necessariamente ha modo di controllare, quale la rinuncia alla proposta concordataria ovvero la sua dichiarazione di inammissibilità, il credito di quel professionista che, almeno all'apparenza, abbia inteso giovare allo sviluppo della procedura concordataria, eseguendo la propria prestazione a fronte di un pagamento di là da venire, ma orientativamente certo, proprio in ragione del meccanismo della prededuzione.

4.13. – Criteri di selezione dei crediti per prestazioni professionali meritevoli di prededuzione.

Sembra al collegio che un complessivo scrutinio delle questioni non possa prescindere dall'osservazione che, nell'ambito dell'orientamento che vuole operante la prededuzione, in favore del professionista che abbia operato in vista del concordato preventivo, anche nell'ipotesi di proposta dichiarata inammissibile ovvero rinunciata prima ancora del provvedimento di cui all'articolo 163 della legge fallimentare, non manca l'individuazione di cautele tali da scongiurare il riconoscimento della prededuzione a fronte di prestazioni non meritevoli.

In primo luogo deve essere chiaro un punto. In tanto può discutersi di prededuzione, in quanto il professionista incaricato sia ai sensi del secondo che del terzo comma dell'articolo 161 della legge fallimentare abbia esattamente adempiuto la propria obbligazione, e nel rispetto della previsione legale: il che spetta istituzionalmente verificare al curatore fallimentare, ove alla procedura concordataria faccia seguito quella fallimentare. Se il professionista non ha adempiuto esattamente (in ipotesi di attestazioni, perizie o piani incompleti o comunque non armonici col paradigma della piena, veridica e completa informazione dei creditori), il presupposto della prededuzione, vuoi dall'angolo visuale della funzionalità, vuoi

lu

dall'angolo visuale degli «*atti legalmente compiuti dal debitore*», viene a mancare, come già evidenziato, a quest'ultimo riguardo, da Cass. 10 ottobre 2019, n. 25471.

Non solo, questa Corte ha già evidenziato che il credito del professionista ben può rimanere travolto quand'anche l'ammissione della procedura vi sia stata. E dunque, ad esempio, il credito del professionista che ha predisposto la documentazione necessaria per l'ammissione al concordato preventivo non è prededucibile nel successivo fallimento, ove l'ammissione alla procedura minore sia stata revocata per atti di frode dei quali il professionista stesso sia stato a conoscenza, posto che, in tale ipotesi, la prestazione svolta si è rivelata addirittura potenzialmente dannosa per i creditori, tenuto conto della erosione del patrimonio a disposizione della massa (Cass. 7 febbraio 2017, n. 3218; Cass. 2 luglio 2020, n. 13596).

5. – Quesiti.

In fin dei conti, è forse ragionevolmente da credere che un'operazione volta a coerenziare, nella materia, quanto emerge dal dato normativo, con le stratificate soluzioni interpretative adottate fino ad ora da questa Corte, possa richiedere un approccio ermeneutico non necessariamente ecumenico: è cioè probabile che qualcuno dei tasselli di cui si è detto debba essere valorizzato, e qualcun altro marginalizzato, se non sacrificato.

Certo, occorre offrire ai giudici di merito indicazioni chiare ed univoche, le quali possono orientare le loro decisioni in un contenzioso ampio e combattuto. Per il che sembra al collegio che occorra chiarire i seguenti punti:

i) se la disciplina della revocatoria dei pagamenti di crediti insorti a fronte della «*prestazione di servizi strumentali all'accesso alle*

;
; ,
procedure concorsuali» condivide ~~alla~~ medesima *ratio* che è posta a fondamento della prededuzione del credito dei professionisti che abbiano prestato la propria opera in vista dell'accesso alla procedura concordataria;

ii) se debba essere ribadito che la prededuzione di detto credito non trova fondamento nel presupposto dell'occasionalità, ma in quelli della funzionalità e/o della espressa previsione legale;

iii) se debba essere ribadito che il criterio della funzionalità va scrutinato *ex ante*, non considerando in alcuna misura l'utilità della prestazione del professionista;

iv) se la previsione legale si riferisca al solo professionista attestatore o anche agli altri professionisti cui si è fatto cenno;

v) se il preconcordato sia una fase di un'organica procedura o se la procedura di concordato preventivo, anche in caso di concordato in bianco, abbia inizio con il provvedimento di ammissione del tribunale;

vi) se la prededuzione spetti anche in caso di procedura concordataria in bianco che non varca la soglia dell'ammissibilità ovvero in caso di revoca della proposta da parte del proponente;

vii) se la prededuzione spetti al professionista che ha lavorato prima ancora del deposito della domanda di concordato;

viii) se l'esigenza di contrastare il danno inferto ai creditori per effetto del depauperamento dell'attivo derivante da una gestione preconcordataria produttiva di debiti prededucibili possa essere soddisfatta attraverso la verifica dell'esatto adempimento, e del carattere non abusivo e/o fraudatorio, della prestazione richiesta al professionista in vista dell'accesso alla procedura concordataria.

PER QUESTI MOTIVI

leu
Corte di Cassazione - copia non ufficiale

:
• dispone la trasmissione degli atti al Primo Presidente per l'eventuale assegnazione alle Sezioni Unite.

Così deciso in Roma, l'11 marzo 2021.

