

LE AMBIVALENZE DELLA GIURISPRUDENZA DI  
LEGITTIMITÀ IN TEMA DI PREDEDUCIBILITÀ DEL  
CREDITO DEL PROFESSIONISTA NEL  
FALLIMENTO CHE SEGUE AL CONCORDATO  
PREVENTIVO: L'AMMISSIONE È UNA  
CONDIZIONE NECESSARIA?

Commento a Cass., 6 marzo 2018, n. 5254,  
e Cass., 30 marzo 2018, n. 7974

di MARCO GREGGIO

SOMMARIO: 1. I recenti casi esaminati dalla Suprema Corte. – 2. Le varie interpretazioni del concetto di funzionalità dell'opera prestata dal professionista. – 3. Considerazioni critiche. – 4. Gli anticorpi dell'ordinamento per evitare gli abusi: l'eccezione di inadempimento e la proporzionalità del compenso. – 5. Il pagamento di acconti durante la procedura. – 6. La prospettiva *de iure condendo*.

1. Oramai da tempo la questione della prededucibilità del credito vantato dai professionisti che hanno assistito la società debitrice, poi dichiarata fallita, nella procedura di concordato preventivo è un tema controverso, che affatica la dottrina e divide la giurisprudenza.

La stessa giurisprudenza di legittimità, nonostante la sua funzione nomofilattica,<sup>1</sup> spesso disorienta l'interprete, interpretando casi simili in modi difformi. Con buona pace del principio di certezza del diritto e di uniforme interpretazione della legge.

---

<sup>1</sup> Ai sensi dell'art. 65 della legge sull'ordinamento giudiziario italiano (R.D. 30 gennaio 1941 n. 12) «*La corte suprema di Cassazione, quale organo supremo della giustizia, assicura l'esatta osservanza e l'uniforme interpretazione della legge, l'unità del diritto oggettivo nazionale (...)*».

Nell'alveo delle decisioni contrastanti si inseriscono due recenti pronunzie della Suprema Corte, entrambe emesse dalla I° Sezione (il Presidente è il medesimo ma i relatori sono diversi).

(i) La prima sentenza (*Cass.*, 6 marzo 2018, n. 5254, *Rel. dott.ssa Magda Cristiano*),<sup>2</sup> riguarda il credito di un professionista (*advisor*) incaricato (nel 2011) di verificare se ricorressero le condizioni per la presentazione di una domanda di concordato preventivo e poi, dopo il parere negativo, di coadiuvarla nella predisposizione della domanda di auto-fallimento.

Il Tribunale di Savona, in sede di opposizione allo stato passivo del Fallimento proposta dal professionista, con decreto pubblicato il 25.11.2014, da un lato aveva ridotto il compenso,<sup>3</sup> dall'altro aveva escluso la sussistenza dei presupposti per la prededuzione, posto che la domanda di concordato non era stata neppure depositata e l'attività non aveva apportato alcun vantaggio ai creditori concorsuali, così riconoscendo la natura privilegiata del credito, ai sensi dell'art. 2751 *bis* c.c., n. 2.

A seguito dell'impugnazione del suddetto decreto da parte del professionista con ricorso per Cassazione, per sei motivi (di cui il primo riguardante la mancata ammissione in prededuzione e gli altri cinque la riduzione del *quantum* richiesto), la Suprema Corte ha negato la prededucibilità del credito - accogliendo soltanto due motivi in relazione alla quantificazione dello stesso.

In motivazione si evidenziava che la natura prededucibile è collegata all'«esito dell'incarico», presupponendo «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)».

D'altro canto, secondo la Corte, la stessa norma di interpretazione autentica di cui alla L. n. 9 del 2014, art. 11, comma 3-*quater* riferita esclusivamente al c.d. concordato in bianco o con riserva, poi abrogata, «nel limitarsi a prevedere le condizioni in presenza delle quali i crediti sorti in occasione o in funzione di detta procedura potevano ritenersi prededucibili, dava per

---

<sup>2</sup> Reperibile sul sito [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it).

<sup>3</sup> Da Euro 411.728 a Euro 63.848,84, corrispondente ai minimi tariffari.

scontato che la stessa fosse stata aperta, ovvero che la domanda L. Fall., ex art. 161, comma 6 fosse stata depositata e non fosse stata dichiarata inammissibile».

(ii) Poche settimane dopo la Suprema Corte è ritornata sulla questione, con un'ordinanza (Cass., 30 marzo 2018, n. 7974, Rel. dott. Alberto Pazzi),<sup>4</sup> che tuttavia segue una diversa opzione interpretativa e giunge ad una conclusione diametralmente opposta.

Il caso riguardava il credito di un legale che aveva assistito una società nella procedura di ammissione al concordato preventivo - introdotto in forma prenotativa, con il successivo deposito nei termini assegnati dal Tribunale di una proposta fondata su piano in continuità - conclusasi (nel 2014) con la declaratoria di *inammissibilità* della domanda.

Il credito dapprima era stato ammesso in prededuzione<sup>5</sup> dal Giudice delegato al fallimento della società. Successivamente il Tribunale di Civitavecchia, nell'accogliere l'impugnazione del curatore, da un lato riteneva che la prestazione professionale non avesse soddisfatto in alcun modo l'interesse della massa, dato che il concordato era stato dichiarato inammissibile e non aveva avuto *ab origine* alcuna possibilità di esplicare alcun effetto favorevole per i creditori, qualificando così il credito come assistito dal privilegio di cui all'art. 2751-bis c.c., n. 2; dall'altro aveva rideterminato il credito nella misura del 10% rispetto al compenso complessivo convenzionalmente fissato, stante la

---

<sup>4</sup> Anche tale pronuncia è stata pubblicata sul sito *www.ilcaso.it*. Peraltro il medesimo Consigliere è stato Relatore anche in una recentissima pronuncia (Cass., 16 maggio 2018, n. 12017, in *www.ilcaso.it*), ribadendo quanto stabilito nella precedente ordinanza del 30 marzo 2018, n. 7974, ossia che il credito del professionista (nel caso di specie, l'attestatore) va collocato in prededuzione (nel successivo fallimento), in quanto rientra tra i crediti sorti in funzione della procedura (concordataria), non rilevando alcuna valutazione *ex post* afferente l'utilità per la massa in ragione dei risultati raggiunti. Tale pronuncia, peraltro, risulta interessante, tra l'altro, anche perché stabilisce che: (i) anche qualora la procedura sia stata revocata a seguito di fatti successivi al decreto di apertura (nella specie, il mancato versamento delle spese indicate nel decreto ex art. 163 l.f.), la prededucibilità deve essere riconosciuta; (ii) le eccezioni di inadempimento della prestazione deve essere eccepita e contestata dal curatore in sede di opposizione al decreto di ammissione del credito, risultando tardiva in sede di ricorso per cassazione.

<sup>5</sup> Nella misura di Euro 417.380,35.

cessazione sul nascere dell'attività svolta e in applicazione dei criteri stabiliti dal D.M. n. 55 del 2014, art. 21, comma 2 e art. 22.

A seguito del ricorso del legale, la Suprema Corte ha ritenuto fondato il primo motivo del ricorso, qualificando il credito come prededucibile nonostante la mancata ammissione al beneficio del concordato.

Ciò in quanto tale credito «rientra *de plano* tra i crediti sorti "in funzione" di questa ultima procedura e, come tale, a norma della L. Fall., art. 111, comma 2, 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»<sup>6</sup>.

In parte motiva la Corte ha compiuto un *excursus* sulla propria pregressa giurisprudenza (richiamata nel testo), interpretando l'esito della pronuncia in commento come sostanzialmente coerente con tale percorso evolutivo.

La *ratio* dell'art. 111, comma 2, l.f. - che «individua un precepto di carattere generale, privo di restrizioni»<sup>7</sup> - così come dell'art. 67, lett. g),<sup>8</sup> è quella di «favorire il ricorso alla procedura di concordato preventivo, nel quadro della riforma di tale procedura, diretta a predisporre un possibile strumento di composizione della crisi idonea a favorire la conservazione dei valori aziendali»,<sup>9</sup> non rilevando la natura concorsuale del credito stesso, per essere sorto in periodo anteriore al fallimento.<sup>10</sup> Così

---

<sup>6</sup> Cfr. Cass., 4 novembre 2015, n. 22450 (citata dalla stessa ordinanza n. 7974 del 30 marzo 2018 della Corte).

<sup>7</sup> Cfr. Cass., 30 gennaio 2015, n. 1765 (anch'essa richiamata dall'ordinanza n. 7974/2018).

<sup>8</sup> Che sottrae alla revocatoria fallimentare i pagamenti dei debiti liquidi ed esigibili eseguiti dall'imprenditore per ottenere la prestazione di servizi strumentali all'accesso alla procedura di concordato preventivo.

<sup>9</sup> Cfr. Cass., 5 marzo 2014, n. 5098 (anch'essa richiamata dall'ordinanza n. 7974/2018).

<sup>10</sup> Cfr. Cass., 14 marzo 2014, n. 6031 (citata dall'ordinanza n. 7974 del 30 marzo 2018 della Corte). Secondo la Corte «prova ne sia che la L. Fall., art. 182-*quater*, comma 2, individua come crediti prededucibili anche i crediti sorti prima dell'apertura della procedura "in funzione" della presentazione della domanda di ammissione alla procedura di concordato preventivo», rimanendo così confermato il significato dell'enunciato «in funzione», che richiama il concetto di «servizi

«la verifica del nesso di funzionalità/strumentalità deve essere compiuta controllando se l'attività professionale prestata possa essere ricondotta nell'alveo della procedura concorsuale minore e delle finalità dalla stessa perseguite secondo un giudizio *ex ante*», con la conseguenza che la prededuzione potrebbe essere esclusa *non* per l'*esito* della prestazione (il fallimento), ma soltanto per il carattere sovrabbondante o superfluo rispetto all'iniziativa assunta.<sup>11</sup>

Nessuna verifica deve invece essere compiuta in ordine al conseguimento di una utilità in concreto per la massa dei creditori, concetto che non può essere confuso o sovrapposto a quello di funzionalità.<sup>12</sup>

Ammessa la prededucibilità del credito del legale, la Suprema Corte ne ha tuttavia rideterminato il *quantum*, stabilendo la nullità parziale del contratto di prestazione d'opera nel punto in cui era previsto l'obbligo di pagamento di un corrispettivo fisso nonostante la medesima opera non fosse stata completata,<sup>13</sup> stante l'insanabile contrasto che si verrebbe a creare con la causa concreta dallo stesso perseguita, essendo necessario ispirarsi a criteri di corrispettività fra attività compiuta e compenso dovuto (art. 2233 c.c., comma 2).<sup>14</sup>

---

strumentali all'accesso alle procedure concorsuali» utilizzato dalla L. Fall., art. 67, lett. g) e della possibilità di intendere l'enunciato «strumentale a» come sinonimo di «funzionale» (Cass., 30 marzo 2018 n. 7974, che sul punto cita Cass., 10 settembre 2014 n. 19013).

<sup>11</sup> Cfr. Cass., 10 gennaio 2017, n. 280 (citata dall'ordinanza n. 7974/2018).

<sup>12</sup> Cfr. Cass., 18 gennaio 2018, n. 1182 (citata dall'ordinanza n. 7974/2018).

<sup>13</sup> L'attività del legale nel caso di specie era stata contrattualmente individuata per un ventaglio di prestazioni che andavano dall'analisi della documentazione aziendale e delle problematiche giuridiche sottese all'operazione, all'assistenza e consulenza legale nella predisposizione del ricorso per l'accesso alla procedura concordataria e dei relativi documenti, ivi compresa la redazione degli atti negoziali necessari alla miglior tutela del patrimonio aziendale in vista dell'introduzione della procedura, fino all'assistenza e consulenza nella fase giudiziale della procedura.

<sup>14</sup> Per altro verso, secondo la Suprema Corte «le attività stragiudiziali compiute dall'avvocato ai fini della presentazione della domanda di concordato preventivo strettamente connesse a quelle giudiziali vanno liquidate unitamente a quelle giudiziali in base alla tariffa giudiziale, ove le attività prodromiche all'avvio della procedura siano complementari a quelle riguardanti direttamente lo studio della controversia, la redazione ed il deposito del ricorso e la partecipazione alle fasi successive del procedimento, così da ritenersi giustificata l'aggregazione in un'unica prestazione complessa avente a oggetto la rappresentanza tecnica e la difesa

In conclusione, la Corte ha cassato senza rinvio il decreto del Tribunale di Civitavecchia, ritenendo che andava ammesso al passivo il credito in prededuzione *ma* nella misura determinata all'interno del provvedimento impugnato.<sup>15</sup>

2. Con le due pronunzie sopra richiamate la Cassazione, ricordando *Ianus Bifrons*, in relazione alla eventuale collocazione in prededuzione del credito del professionista nel passivo del successivo fallimento prende due posizioni diverse: per Cass., 6 marzo 2018, n. 5254 è necessario il decreto di apertura della procedura di cui all'art. 163 l.f., per Cass., 30 marzo 2018, n. 7974, invece, tale decreto non è necessario, essendo il credito prededucibile «*de plano*».

Nell'impianto originario della legge fallimentare, la prededuzione<sup>16</sup> - in assenza di una definizione *ad hoc* coniata dal legislatore - si rinveniva dalla mera lettura dell'art. 111 l.f. che, al primo comma, stabiliva l'ordine di distribuzione delle somme ricavate dalla liquidazione dell'attivo, assicurando la priorità al pagamento delle spese e dei debiti contratti per l'amministrazione del fallimento e per la continuazione dell'esercizio dell'impresa, se questo veniva autorizzato.<sup>17</sup> Così si negava

---

della debitrice nell'ambito della procedura concorsuale» (Cass., 30 marzo 2018, n. 7974, che cita Cass., 19 ottobre 2017, n. 24682).

<sup>15</sup> Ossia la minor somma di Euro 12.456,39 oltre accessori.

<sup>16</sup> Che deroga ai principi fondamentali del diritto fallimentare e in particolar modo alle cause legittime di prelazione e alla *par condicio creditorum* (sul punto cfr. G.P.MACAGNO, *La S.C. conferma la prededucibilità de plano dei crediti dei professionisti per le attività finalizzate all'apertura del concordato*, cit., p. 403 ss.; cfr. G.CIERVO, *Prededucibilità dei crediti sorti «in funzione» della procedura concorsuale*, in *Giur. comm.*, 2013, p. 773 ss.; V.SALLORENZO, *I crediti prededucibili nell'ambito delle procedure concorsuali: in particolare la sorte del credito professionale sorto in «occasione» o in «funzione» del concordato preventivo*, cit., p. 431 ss.).

<sup>17</sup> Nel vigore del R.D. del 1942, la giurisprudenza cominciò ad elaborare dei criteri per l'individuazione dei crediti prededucibili dando rilievo al momento della loro insorgenza (Cass., 27 ottobre 1966, n. 567), alla riferibilità di essi agli organi fallimentari (Cass., 16 novembre 1981, n. 6056) ed alla strumentalità per la gestione della procedura (Cass., 27 ottobre 1966, n. 2367; Cass., SS.UU., 14 ottobre 1977, n. 4370), considerando, così, prededucibili i crediti sorti «dopo» l'apertura del fallimento e per effetto di obbligazioni assunte dai suoi organi o comunque a questi riconducibili, funzionali all'acquisizione, amministrazione e liquidazione del patrimonio del fallito (Cass., 11 novembre 1998, n. 11379; Cass.,

pressoché unanimemente la prededuzione dei crediti dei professionisti che avessero assistito il debitore nell'ambito delle procedure di concordato preventivo cui era seguito il fallimento.<sup>18</sup>

Con il duplice intervento di cui all'art. 99 del D.Lgs. n. 5/2006 e all'art. 8 del D.lgs. n. 169/2007, il legislatore ha integralmente riformulato l'art. 111 l.f., introducendo una specifica definizione normativa dei crediti prededucibili e includendo - tra gli altri - anche quelli sorti nell'ambito delle procedure concorsuali minori che avevano preceduto il fallimento. Così ai sensi del novellato art. 111, comma secondo, l.f., devono ritenersi crediti prededucibili quelli «così qualificati da una specifica disposizione di legge», nonché quelli «sorti in *occasione* o in *funzione* delle procedure concorsuali di cui alla presente legge».

Mentre l'individuazione della prima categoria dei crediti risulta pressoché agevole perché è tipizzata dal legislatore, la seconda categoria, quella *atipica*, subordina la prededucibilità o meno del credito al fatto che ci sia un collegamento *occasionale* o *funzionale* dello stesso alla procedura, secondo una valutazione rimessa al prudente apprezzamento del giudice della procedura fallimentare nelle modalità indicate all'art. 111 *bis* l.f.<sup>19</sup>.

Precisato che i due criteri della «occasionalità» e della «funzionalità» sono alternativi ed autonomi,<sup>20</sup> l'attenzione degli interpreti si è concentrata sul criterio della *funzionalità*, potendo

---

1 novembre 1994, n. 9423). Al riguardo in dottrina cfr. M.SPADARO, *I crediti prededucibili*, in [www.ilfallimento.it](http://www.ilfallimento.it), 2016, p. 985 ss..

<sup>18</sup> Cass., 25 luglio 2007, n. 16426; Cass., 25 giugno 2002, n. 9262; Cass., 16 giugno 1994, n. 5821; Cass., 16 maggio 1983, n. 3369; Cass., 15 novembre 1974, n. 3628.

<sup>19</sup> Cfr. Cass., 5 marzo 2014, n. 5098, che ha avvalorato la «continuità» delle procedure, estendendo la sfera applicativa della prededuzione anche ai crediti sorti nell'ambito delle procedure concorsuali minori precedenti il fallimento. Così anche il concordato preventivo è stato inquadrato tra gli strumenti destinati al recupero dell'impresa (Cass., 14 marzo 2014, n. 6031; Cass., 6 agosto 2010, n. 18437; in dottrina: E.BRUSCHETTA, *Mutamenti legislativi ed adeguamenti giurisprudenziali in tema di prededuzione*, in [www.ilfallimento.it](http://www.ilfallimento.it), 2008, p. 1211 ss.; S.LEUZZI, *Preconcordato abortito e prededuzione dei crediti*, in [www.ilfallimentarista.it](http://www.ilfallimentarista.it), 2014).

<sup>20</sup> Cfr. Cass., 5 marzo 2014, n. 5098; Cass., 24 gennaio 2014, n. 1513; Cass., 5 marzo 2012, n. 3402: il criterio della «occasionalità» è cronologico - e quindi si riconduce al dato temporale del sorgere del credito nel corso della procedura concorsuale - e va integrato con il dato soggettivo della riferibilità del credito all'attività posta in essere dagli organi della procedura.

tale criterio ricomprendere anche i crediti venutisi a creare *ante-riormente* ad una procedura concorsuale e quindi fuori dalla stessa.<sup>21</sup>

L'interpretazione di tale criterio ha diviso la giurisprudenza e la dottrina: per semplicità potremmo individuare *tre opzioni ermeneutiche*. Per la prededuzione del credito del professionista: (i) *conditio sine qua non* è il decreto di apertura della procedura di cui all'art. 163 l.f.; (ii) è necessario valutare *ex post* l'utilità effettiva della prestazione professionale; (iii) la funzionalità dell'opera risulta «*de plano*».

*A) L'ammissione quale requisito della funzionalità.*

La sentenza della Suprema Corte n. 5254 del 6 marzo 2018 qui commentata si inserisce nell'alveo del primo orientamento, presumendo la funzionalità dell'attività (di assistenza e consulenza connessa alla presentazione della domanda di concordato ed alle sue successive integrazioni) in considerazione dell'*ammissione* alla procedura di concordato preventivo.

Tale orientamento, già seguito da parte della giurisprudenza di legittimità, è stato recentemente ripreso anche in tema di accordi di ristrutturazione *ex art. 182-bis l.f.*, considerato un istituto di diritto concorsuale e, come tale, parificato negli effetti al concordato preventivo: la recente Cass., 18 gennaio 2018, n. 1182, in un *obiter dictum* considera «l'ammissione al concordato in sé sintomatica della funzionalità delle attività di assistenza e consulenza connesse alla presentazione della domanda e alle eventualmente successive sue integrazioni».<sup>22</sup>

---

<sup>21</sup> La giurisprudenza ha, infatti, osservato che la locuzione «in funzione di», essendo spesso ricondotta alle equivalenti espressioni «in vista di», «allo scopo di» o «al fine di», poteva essere sinonimica proprio di un significato di strumentalità dell'attività professionale rispetto all'accesso alla procedura, riconoscendo così la prededuzione al credito del professionista pur essendo questo sorto in un momento anteriore alla procedura cui ineriva (cfr. Trib. Milano, 18 giugno 2009, in banca dati *Pluris*; Trib. Treviso, 16 giugno 2008, in [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it)).

<sup>22</sup> Peraltro anche la recente Cass., 12 aprile 2018, n. 9087 (Pres. Dott. Didone, rel. Dott.ssa Vella), considera l'accordo di ristrutturazione dei debiti di cui all'art. 182 *bis* l.f. una «procedura concorsuale», sì che, data la matrice comune, risulta applicabile anche all'accordo di ristrutturazione dei debiti, in via analogica, l'art. 162, primo comma l.f. dettato per la procedura di concordato preventivo (norma che consente al Tribunale, nell'esercizio di un proprio potere discrezionale, di



Anche qualche pronunzia di merito ha considerato l'ammissione un requisito di adeguatezza funzionale della prestazione al risanamento d'impresa,<sup>23</sup> atteso che con il decreto di *apertura* della procedura poteva essere esercitato – in quella fase - il controllo sulla funzionalità effettiva, rimanendo irrilevanti le vicende successive, ovvero sulla scorta della qualificazione del contratto di prestazione professionale finalizzato alla predisposizione del concordato come contratto con effetti protettivi.<sup>24</sup> Altri Tribunali, invece, hanno ritenuto indispensabile anche l'esito positivo della procedura tramite la sua omologazione, considerando che il cattivo risultato era esso stesso prova della mancanza di funzionalità della prestazione cui il credito ineriva.<sup>25</sup>

Va detto che il legislatore aveva già tentato di introdurre nel nostro ordinamento tale requisito per la prededuzione: con *il D.L. 31 maggio 2010, n. 78*, che aveva innovato il quarto comma dell'art. 182 *quater* l.f., limitando la prededuzione ai compensi spettanti al solo professionista «attestatore», con l'ulteriore condizione che ciò fosse espressamente disposto nel provvedimento di accoglimento della domanda di ammissione del concordato. Si rendeva pertanto necessario un vaglio giudiziale finalizzato alla verifica della funzionalità del credito dell'attestatore rispetto all'*esito* della procedura, con necessità quanto meno

---

concedere al debitore un termine non superiore a quindici giorni per apportare integrazioni o produrre nuovi documenti).

<sup>23</sup> Cfr. Trib. Roma, 19 maggio 2017 e Trib. Roma, 1 marzo 2017, entrambe in [www.pluris-cedam.it](http://www.pluris-cedam.it).

<sup>24</sup> Trib. Rovigo, 16 febbraio 2018, in [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it); App. Ancona, 15 aprile 2015, in [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it); Trib. Rovigo, 12 dicembre 2013, in banca dati *Pluris*; Trib. Terni, 22 marzo 2012, in [www.ilfallimento.it](http://www.ilfallimento.it), 10, p. 1250 ss., Trib. Bari, 17 ottobre 2010, *cit.*, p. 1304 ss.; Trib. Milano 20 agosto 2009, in [www.ilfallimento.it](http://www.ilfallimento.it), 2009, 12, p. 1413 ss.. Ciò anche al fine di evitare di far dipendere l'attribuzione della natura prededucibile di un credito dalla discrezionalità del debitore, col rischio di far sorgere una serie spropositata di crediti, senza alcun controllo giudiziale e per di più a scapito della massa dei creditori concorsuali (Trib. Roma, 2 aprile 2013, in [www.ilfallimento.it](http://www.ilfallimento.it), 2014, 1, p. 70 ss.; Trib. Terni, 13 giugno 2011, in [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it); Trib. Udine, 15 ottobre 2008, in [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it)).

<sup>25</sup> Trib. Roma, 2 aprile 2013, *cit.*, p. 70 ss.; Trib. Vicenza, 28 maggio 2010, in [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it).

dell'apertura della procedura di concordato<sup>26</sup>, se non addirittura della sua approvazione e omologazione.<sup>27</sup>

Tale norma è stata assai criticata<sup>28</sup> e ha avuto vita breve, essendo stata abrogata con la L. 7 agosto 2012, n. 134 di conversione del D.L. 22 giugno 2012, n. 83). Con la conseguenza che l'art. 111, comma 2, l.f. è ritornato ad avere una portata applicativa generale, riferendosi a tutte le procedure concorsuali, concordato preventivo compreso (con la parificazione del trattamento dei crediti di tutti i professionisti).

Il legislatore ha riprovato a ricollegare la prededuzione del credito dei professionisti (in generale, questa volta) al decreto di ammissione del debitore alla procedura, con una norma - definita di interpretazione autentica – del 2013: il c.d. Decreto Destinazione Italia, che aveva introdotto il terzo comma dell'art. 111 l.f.<sup>29</sup>. Ma anche tale norma ha avuto vita breve, essendo stata poi

---

<sup>26</sup> Trib. Milano, 26 maggio 2011 in [www.ilfallimento.it](http://www.ilfallimento.it), 2011, 11, p. 1337 ss.; Trib. Bari, 17 maggio 2010, *cit.*, p. 29 ss.

<sup>27</sup> Trib. Vicenza, 28 maggio 2010, in [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it).

<sup>28</sup> La prevalente giurisprudenza di merito riteneva che l'art. 182 *quater* l.f. dovesse essere letto come norma che andava a limitare l'ambito di applicazione dell'art. 111 l.f. (Trib. Milano, 26 ottobre 2011, in *Giur. mer.*, 2012, p. 891 ss.; Trib. Terni, 13 giugno 2011, in [www.ilfallimento.it](http://www.ilfallimento.it), 2011, p. 1339 ss.; Trib. Milano, 26 maggio 2011, *cit.*, p. 1337 ss.), ma una simile lettura appariva palesemente in contrasto sia con lo spirito generale della riforma della legge fallimentare, diretto a favorire l'accesso a procedure di composizione della crisi diverse dal fallimento (A.PATTI, *La prededuzione dei crediti funzionali al concordato preventivo tra art. 111 ed art. 182 quater l.fall.*, in [www.ilfallimento.it](http://www.ilfallimento.it), 2011, p. 1345 ss.; S.AMBROSINI, *Profili civili e penali delle soluzioni negoziate nella l. n. 122/2010*, in [www.ilfallimento.it](http://www.ilfallimento.it), 2011, p. 644 ss.; M.FERRO, F.S.FILOCAMO, *Art. 182 quater*, in M. FERRO, *La legge fallimentare. Commentario teorico-pratico*, Padova, 2011, p. 2196 ss.; L.STANGHELLINI, *Finanziamenti ponte e finanziamenti alla ristrutturazione*, in [www.ilfallimento.it](http://www.ilfallimento.it), 2010, p. 1352 ss.) che con il principio di eguaglianza di cui all'art. 3 Cost. (attesa la differenza tra il trattamento dei crediti dell'attestatore e quello degli altri professionisti che a vario titolo assistevano l'imprenditore).

<sup>29</sup> In particolare l'art. 11, comma 3 *quater* della legge 21 febbraio 2014 (di conversione del d.l. 23 dicembre 2013, n. 145) aveva introdotto un'interpretazione autentica dell'art. 111, comma 2, L.F.: «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 del citato articolo 161 siano presentati entro il termine, eventualmente prorogato, fissato dal giudice e che la procedura sia aperta ai sensi

abrogata nel 2014.<sup>30</sup>

Tuttavia, in una sorta di «eterno ritorno dell'uguale», forse memore di Nietzsche il legislatore ora ci riprova: la prededuzione del compenso del professionista è una delle questioni affrontate dalla Legge 19 ottobre 2017, n. 155 (pubblicata in G.U. n. 254 il 30 ottobre 2017), recante la «Delega al Governo per la riforma delle discipline della crisi di impresa e dell'insolvenza».<sup>31</sup> E l'art. 6, lett. c), della Legge n. 155/2017 prevede che i compensi spettanti ai professionisti incaricati dal debitore siano commisurati proporzionalmente al (solo) attivo dell'impresa soggetta alla procedura e che tali crediti godano della prededuzione a condizione che il concordato sia dichiarato *ammissibile* a norma dell'articolo 163 l.f..<sup>32</sup>

In attesa dell'emanazione dei decreti attuativi da parte del Governo, entro dodici mesi dalla data di entrata in vigore della Legge n. 155/2017 (art. 1), v'è da registrare che la bozza consegnata dal Presidente della Commissione ministeriale appositamente costituita al Ministro della Giustizia a fine 2017 (e tra essi vi è il «Codice della crisi e dell'insolvenza»), tra l'altro, conferma la prededucibilità dei crediti professionali sorti in funzione della presentazione della domanda di concordato (nonché del deposito della relativa proposta e del piano che la correda) nell'ambito delle successive procedure concorsuali, a

---

dell'articolo 163 del medesimo regio decreto, e successive modificazioni, senza soluzione di continuità rispetto alla presentazione della domanda ai sensi del citato articolo 161, sesto comma».

<sup>30</sup> L'articolo 22, comma 7, del D.L. 24 giugno 2014, n. 91 (c.d. «Decreto Competitività»), poi convertito con Legge 11 agosto 2014, n. 116, ha abrogato la citata norma.

<sup>31</sup> La Relazione al disegno di legge di riforma organica delle procedure concorsuali, approvato dal Consiglio dei ministri sulla scorta dei lavori della Commissione Rordorf (presieduta dal Consigliere di Corte di Cassazione Renato Rordorf), è stata presentata alla Camera l'11 marzo 2016 (d.d.l. n. 3671) ed è stata stralciata il 18 maggio 2016. Uno dei progetti derivanti dallo stralcio –d.d.l. 3671 *bis*- è stato approvato dalla Camera il 1 febbraio 2017 e trasmesso al Senato che, nell'ottobre 2017, l'ha approvato definitivamente.

<sup>32</sup> Tra i principi generali della Legge delega (art. 2) vi è quello di «ridurre la durata e i costi delle procedure concorsuali, anche attraverso misure di responsabilizzazione degli organi di gestione e di contenimento delle ipotesi di prededuzione, con riguardo altresì ai compensi dei professionisti, al fine di evitare che il pagamento dei crediti prededucibili assorba in misura rilevante l'attivo delle procedure», nonché quello di «riformulare le disposizioni che hanno originato contrasti interpretativi, al fine di favorirne il superamento».

condizione che la procedura sia aperta e nei limiti del 75% del credito.<sup>33</sup>

*B) L'utilità effettiva quale requisito della funzionalità*

Un secondo orientamento, seguito da altra parte della giurisprudenza, ha collegato la funzionalità al requisito dell'«utilità effettiva» della prestazione professionale, riconoscendo così la prededuzione al credito purché le prestazioni del professionista si pongano in un rapporto di «adeguatezza funzionale» con le necessità risanatorie dell'impresa e sempre che queste siano state in concreto «utili» per la massa dei creditori.<sup>34</sup>

Il giudice delegato dovrà così effettuare un accertamento *ex post* circa la reale utilità del credito, nella sede concorsuale dell'accertamento del passivo: solo un'attività congrua allo scopo, nonché strettamente indispensabile, risulterebbe conforme al concetto di buona fede oggettiva e all'adeguatezza di costi/benefici in relazione all'interesse dei creditori.<sup>35</sup> Per

---

<sup>33</sup> Art. 9 del Codice della crisi (rubricato: «Prededucibilità dei crediti»).

Il Codice della crisi appare assai «rigoroso» nei confronti dei professionisti nominati dal debitore, in quanto prevede: (i) compensi parametrati (in percentuale) al solo attivo risultante dallo stato analitico ed estimativo delle attività allegato al ricorso per l'omologa (con percentuali ridotte della metà per il concordato preventivo liquidatorio ed il futuro «concordato giudiziale», ossia l'attuale concordato fallimentare: art. 8); (ii) proporzionale ripetibilità nell'ambito delle procedure di concordato e revocabilità nella procedura di «liquidazione giudiziale» (l'odierno fallimento) eventualmente aperta, per la parte eccedente gli importi per scaglioni indicati nella norma (art. 8); (iii) limitazione dell'acconto pagato ai professionisti prima del deposito della domanda di concordato nella misura del 25% del compenso complessivo e revocabilità dei pagamenti effettuati per la parte eccedente; (iv) conferma della prededucibilità dei crediti professionali sorti in funzione della presentazione della domanda di concordato (nonché del deposito della relativa proposta e del piano che la correda) nell'ambito delle successive procedure concorsuali, nei limiti -tuttavia- del 75% (e sempre a condizione che la procedura sia aperta). Inoltre viene esclusa la prededucibilità dei crediti professionali per le prestazioni rese su incarico conferito dal debitore durante le procedure di allerta e composizione assistita della crisi a soggetti diversi dall'organismo di composizione assistita della crisi (art. 9).

<sup>34</sup> Con accezioni diverse, ma tutte incentrate sul fatto che il credito prededucibile rientrasse nell'interesse della massa e rispondesse agli scopi della procedura si vedano: Cass., 24 gennaio 2014, n. 1513; Cass., 13 dicembre 2013, n. 27926; Cass., 8 aprile 2013, n. 8534; Cass., 7 marzo 2013, n. 5705; Cass., 10 maggio 2012, n. 7166; Cass., 5 marzo 2012, n. 3402.

<sup>35</sup> Cass., 10 settembre 2014, n. 19013; Cass., 5 marzo 2014, n. 5098; Cass., 10 maggio 2012, n. 7166.

contro, la manifesta inutilità nonché la dannosità del concordato per i creditori, causata da una continuazione rovinosa dell'attività d'impresa (ad es. per la scoperta di atti di frode che il curatore dimostri essere stati conosciuti o comunque essere conoscibili con l'ordinaria diligenza), escluderebbe la prededucibilità del credito del professionista, che così godrebbe del solo privilegio generale *ex art. 2751 bis n. 2) c.c.*<sup>36</sup>.

Secondo tale opzione interpretativa, il concetto di «funzionalità», quale «utilità concreta» della prestazione professionale per la procedura e la massa dei creditori, è stato così associato a quello di «strumentalità»<sup>37</sup> del credito, o più propriamente, dell'attività professionale da cui esso trae origine rispetto alla procedura concorsuale, a prescindere che il credito sia sorto in costanza della procedura o meno.

### *C) Il riconoscimento «de plano» della prededuzione.*

L'ordinanza n. 7974 del 30 marzo 2018 qui commentata si inserisce nell'alveo dell'orientamento (che appare oggi) maggioritario della giurisprudenza di legittimità, secondo il quale il riconoscimento della prededuzione per il credito del professionista discende quale effetto automatico *ex lege* ai sensi dell'art. 111 l.f.: tale credito rientra «*de plano*» tra quelli funzionali e, quindi, è certamente strumentale all'accesso alla procedura minore.<sup>38</sup>

---

<sup>36</sup> Cfr. Cass., 7 febbraio 2017, n. 3218; Cass., 18 dicembre 2015, n. 25589; Cass., 17 aprile 2014, n. 8958; Cass., 8 aprile 2013, n. 8534.

<sup>37</sup> Cass., 14 marzo 2014, n. 6031; Cass., 5 marzo 2014, n. 5098; Trib. Forlì, 22 ottobre 2014, in [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it); Trib. Rimini, 10 ottobre 2014, in [www.dejure.it](http://www.dejure.it); Trib. Milano, 18 giugno 2009, in [www.novaraius.it](http://www.novaraius.it); Trib. Treviso, 16 giugno 2008, in [www.ilfallimento.it](http://www.ilfallimento.it), 2008, 10, p. 1209 ss..

<sup>38</sup> Cfr. Cass., 21 novembre 2017, n. 27694; Cass., 14 marzo 2017, n. 6517; Cass., 10 gennaio 2017, n. 280; Cass., 4 novembre 2015, n. 22450; Cass., 5 marzo 2015, n. 4486; Cass., 6 febbraio 2015, n. 2264; Cass., 30 gennaio 2015, n. 1765; Cass., 10 settembre 2014, n. 19013; Cass., 5 marzo 2014, n. 5098; Cass., 25 novembre 2013, n. 26336; Cass., 17 aprile 2013, n. 9316; Cass., 8 aprile 2013, n. 8533; Cass., 6 agosto 2010, n. 18437. Un Autore (G.P.MACAGNO, *La S.C. conferma la prededucibilità de plano dei crediti dei professionisti per le attività finalizzate all'apertura del concordato, ma all'orizzonte si prospetta una nuova stretta normativa*, in [www.ilfallimento.it](http://www.ilfallimento.it), 2017, p. 407 ss.) lo definisce «consolidato», ma si è invero notato che le soluzioni offerte dalla Corte di Cassazione sono ancora «non univoche» (S.AMBROSINI, *Appunti in tema di prededuzione del*

D'altronde, se si tenesse conto del «risultato» raggiunto, la norma sulla prededuzione risulterebbe priva di senso, in quanto non potrebbe mai trovare applicazione nel fallimento consecutivo al concordato (di per sé un insuccesso o, se si vuole, un «mancato risultato»<sup>39</sup>).

Secondo tale opzione interpretativa, l'art. 111, comma 2, l.f., detta un precetto di carattere generale che, per favorire il ricorso a forme di soluzione concordata della crisi d'impresa, ha introdotto un'eccezione al principio della *par condicio* ed ha esteso la prededucibilità a tutti i crediti sorti «in funzione» di precedenti procedure concorsuali (fra i quali il credito del professionista), prescindendo da ogni indagine sul momento dell'insorgenza dello stesso credito e senza la valutazione di elementi ulteriori.<sup>40</sup>

Ciò in virtù, in sintesi, di alcune motivazioni (in gran parte riprese dalla pronuncia n. 7974 del 30 marzo 2018 della Cassazione): (i) l'esclusione dall'azione revocatoria del pagamento del compenso del professionista *ex art.* 61, comma 3, lett. g), l.f.; (ii) l'abrogazione dell'art. 182 *quater*, comma 4, l.f.; (iii) l'interpretazione autentica dell'art. 111, comma 2, l.f. fornita dall'art. 11, comma 3 *quater* del D.L. 23 dicembre 2013 n. 145, convertito in L. 21 febbraio 2014 n. 9 (successivamente abrogato), che aveva esteso la prededuzione anche ai crediti sorti in occasione ed in funzione delle procedure di concordato preventivo con riserva; (iv) l'abrogazione dell'art. 111, comma 3, l.f. (c.d. Decreto Destinazione Italia) ad opera del D.L. 90/2014, che subordinava la prededucibilità all'apertura della procedura.<sup>41</sup>

Per la collocazione prededuzione non va compiuta, quindi, alcuna valutazione *ex post* di utilità in concreto o di risultati

---

*credito del professionista nel concordato preventivo e nell'eventuale successivo fallimento*, in [www.osservatorio-oci.org](http://www.osservatorio-oci.org), 2017, p. 1 ss.).

<sup>39</sup> Cfr. Cass., 4 novembre 2015, n. 22450.

<sup>40</sup> Tra le pronunzie più risalenti che hanno espresso tale concetto cfr. Trib. Milano, 20 agosto 2009, in [www.ilfallimento.it](http://www.ilfallimento.it), 2009, 12, p. 1413 ss.; Trib. Treviso, 16 giugno 2008, in *Corr. del mer.*, 2008, 10, p. 1015 ss. e in [www.ilfallimento.it](http://www.ilfallimento.it), 2008, p. 1209 ss.) e della dottrina (L.BOGGIO, *Crediti sorti «in funzione» del concordato preventivo: prededuzione...ma non troppo*, in *Il Fallimento*, 2009, 12, p. 1415 ss.; E.BRUSCHETTA, *Mutamenti legislativi ed adeguamenti giurisprudenziali in tema di prededuzione*, *cit.*, 1211).

<sup>41</sup> Cfr. Cass., 21 aprile 2016, n. 8091, secondo la quale viene così confermato implicitamente il già vigente regime prededucibile dei medesimi crediti nel concordato preventivo ordinario.

ovvero di «traguardi» procedurali raggiunti (*id est* il decreto di apertura della procedura ex art. 163 l.f.). Concetto ribadito chiaramente dall'ordinanza n. 7974 del 30 marzo 2018 e che è già stato più volte ribadito dalla Cassazione: «i due concetti di funzionalità e utilità concreta non possono, infatti, fra di loro essere confusi, atteso che la legge risulterebbe priva di senso, e non potrebbe mai ricevere applicazione nel fallimento consecutivo, se la funzionalità delle prestazioni svolte allo scopo di ottenere l'ammissione al concordato dovesse essere valutata *ex post* e con riguardo al fallimento anziché alla procedura minore. Così la funzionalità (ovvero la strumentalità) delle prestazioni va valutata in relazione alla procedura concorsuale in vista delle quali esse sono svolte, non potendosi così precludere, una volta che l'impresa sia stata ammessa al concordato, la funzionalità delle attività di assistenza e consulenza connesse alla presentazione della relativa domanda e a sue successive integrazioni».<sup>42</sup>

3. Per chi scrive, va detto fin d'ora, risulta più convincente l'opzione interpretativa sostenuta dall'ordinanza n. 7974 del 30 marzo 2018 della Cassazione, che rende indipendente la collocazione del credito dal “risultato” raggiunto (l'ammissione ovvero l'utilità concreta), salvo le precisazioni di cui dirà.

Tale opzione convince non solo per i motivi già richiamati nella suddetta ordinanza, ma anche “per esclusione”, analizzando le varie criticità insite alle tesi che per la prededuzione ritengono necessaria l'ammissione del concordato ovvero l'utilità concreta per la massa: vediamo le principali.

(a) L'ammissione (o l'utilità concreta) è un requisito, *de iure condito*, non previsto dall'art. 111, comma 2, l.f., né da altre disposizioni della legge fallimentare.

*De iure condendo* si vedrà, ma ad oggi la funzionalità dell'opera prevista dalla norma non è accompagnata da alcuna ulteriore specificazione (vantaggio per i creditori o decreto di apertura della procedura).

(b) Se si dovesse subordinare la prededucibilità del compenso del professionista alla circostanza che il concordato venga

---

<sup>42</sup> Cass., 21 novembre 2017, n. 27694.

ammesso o, ancor più, successivamente approvato o omologato (con una valutazione *ex post*), si trasformerebbe l'obbligazione del professionista, che notoriamente è una prestazione d'opera intellettuale, in una *obbligazione di risultato*.<sup>43</sup>

Ma così non può essere, atteso che l'obbligazione del prestatore d'opera intellettuale è considerata pacificamente un'obbligazione di *mezzi*: anche nell'ambito dell'opera svolta per accedere alla procedura di concordato, essa è disciplinata dalla diligenza professionale *ex art. 1176, comma 2, c.c.*, e la sua responsabilità è scriminata dalla mancanza di dolo o colpa grave al cospetto di problemi tecnici di speciale difficoltà *ex art. 2236 c.c.*<sup>44</sup>.

(c) Anche nel caso di mancata ammissione *ex art. 163 l.f.*, spesso l'opera del professionista risulta non solo funzionale ma anche vantaggiosa per gli interessi della massa.

Come evidenziato dalla stessa ordinanza n. 7974 del 30 marzo 2018 della Cassazione «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».<sup>45</sup> Peraltro, oltre agli effetti enunciati dalla pronuncia, si potrebbero richiamare anche l'inefficacia delle garanzie ipotecarie iscritte nei 90 giorni precedenti alla pubblicazione del ricorso nel registro delle imprese (art. 168, comma 2, l.f.), la cessazione della decorrenza degli interessi sui crediti chirografari (art. 55 l.f.), che la semplice messa in liquidazione della società non produce.

Si consideri anche che l'attività di predisposizione del piano

---

<sup>43</sup> Al riguardo *ex pluribus* si veda: P.RESCIGNO, voce «*Obbligazioni (nozioni)*», in *Enc. dir.*, vol. XXIX, Milano, 1979, p. 191 ss.; M.GIORGIANNI, *L'indebitamento*, Milano, 1975, p. 227 ss.; F.MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, III, Milano, 1959, p. 58 ss..

<sup>44</sup> Cfr. Cass., 5 agosto 2013, n. 18612; Cass., 18 aprile 2011, n. 8863; Cass., 11 gennaio 2010, n. 230. Attingendo alle categorie del diritto dei contratti, l'utilità tutt'al più potrebbe afferire la sfera dei «motivi» - e non alla «causa» del negozio giuridico - in linea di principio irrilevanti, a meno che non siano illeciti e comuni ai paciscenti: di conseguenza l'effettivo conseguimento costituisce soltanto un indice per valutare la diligenza concretamente adottata dal prestatore d'opera nello svolgimento della propria attività (S.AMBROSINI, *Appunti in tema di prededuzione del credito del professionista*, cit., p. 11 ss.).

<sup>45</sup> Al riguardo si veda anche Cass., 14 Marzo 2014, n. 6031.



di concordato, ancorché non ammesso, può essere di particolare complessità e richiedere l'espletamento di plurime attività prodromiche (si pensi al riordino delle scritture contabili e di riconciliazione dei valori contabili, con verifica delle poste, onde conseguire una corretta rappresentazione della situazione patrimoniale concordataria), che possono essere certamente *utili* anche nel successivo fallimento (e, quindi, a vantaggio della massa dei creditori), considerando che il curatore si ritroverebbe a svolgere il proprio compito con una situazione (contabile, legale, valutativa) già preparata, riordinata e rettificata dagli *advisor*. Da questo punto di vista, in linea di principio, l'opera del professionista potrebbe risultare sempre utile ai creditori, sotto il profilo dell'emersione della crisi, e dunque l'utilità potrebbe considerarsi in *re ipsa*.<sup>46</sup>

(d) La condizione dell'ammissione ha di certo il pregio della *certezza*, collegando il riconoscimento della prededuzione ad un dato oggettivo, quale il raggiungimento di un determinato obiettivo (l'ammissione, appunto), e così risolvendo le varie discussioni giurisprudenziali e dottrinali sul punto.<sup>47</sup>

D'altro canto, la mancata ammissione del concordato potrebbe costituire un serio indizio, in via *presuntiva*, della mancanza di funzionalità dell'opera del professionista: si ha una sorta di inversione dell'onere della prova, laddove il professionista potrà provare di aver comunque, nonostante il risultato, agito in modo diligente e che la mancata ammissione sia dipesa

---

<sup>46</sup> Cfr. Cass., 19 luglio 2016, n. 14813 e Cass., 8 settembre 2015, n. 17821, secondo la quale l'attività professionale svolta è comunque in *re ipsa* a favore anche della massa fallimentare.

<sup>47</sup> Invero sono molteplici i casi in cui si potrebbe giungere ad una dichiarazione di inammissibilità della proposta di concordato. Anzitutto all'esito del procedimento di verifica delle condizioni di ammissibilità, laddove non ricorrano i presupposti di cui agli articoli 160, commi 1 e 2, L. Fall. e 161 (art. 162, comma 2, L. Fall.). Successivamente, il tribunale potrebbe negare l'omologazione in esito al controllo di legittimità avente ad oggetto la regolarità della procedura e l'esito della votazione, anche nel caso in cui non siano state proposte opposizioni (art. 180, comma 3), e quindi in caso di mancata osservanza delle norme formali e sostanziali che regolano il procedimento, e la sussistenza dei presupposti richiamati dagli artt. 160 e 161 L. Fall. (cfr. Trib. Monza, 4 novembre 2014, in [www.il-caso.it](http://www.il-caso.it)). Il tribunale potrebbe anche, dopo l'ammissione, revocare il concordato ai sensi dell'art. 173 l.f. (sui vari casi cfr. C.COZZOLINO, *Cause di arresto della procedura e la valutazioni del commissario giudiziale*, in *Il concordato con continuità aziendale*, Quaderno n. 75 ODCEC di Milano, a cura di G.ROCCA-G.ACCIARO, 2018, pp. 37 e ss.).

da circostanza e lui non imputabili, anche creando un vantaggio per la massa.<sup>48</sup>

Tuttavia spesso la mancata ammissione non risulta neppure riconducibile all'inadeguatezza dell'attività svolta dal professionista. Si pensi a questioni giuridiche dibattute, la cui scelta interpretativa da parte del tribunale competente ha portato alla mancata ammissione del concordato: quanti concordati sono stati dichiarati inammissibili perché il piano prevedeva la falcidiabilità dell'IVA e delle ritenute?<sup>49</sup> Ebbene, se il medesimo piano concordatario fosse stato presentato qualche tempo dopo nello stesso tribunale, o addirittura lo stesso giorno ma in un tribunale diverso, probabilmente l'esito sarebbe stato differente e la domanda sarebbe stata ammessa (in virtù, appunto, del mutamento giurisprudenziale o di una sopraggiunta modifica legislativa o di una diversa opzione interpretativa seguita dal tribunale competente).

Parimenti, anche qualora il concordato venga ammesso, ciò non significa che le prestazioni svolte dal professionista possano essere considerate -sempre e comunque- vantaggiose o funzionali per la massa.

(e) Escludere la collocazione in prededuzione del credito del professionista nel caso in cui al concordato (o al pre-concordato) consegua il fallimento rischia di depotenziare lo strumento concordatario stesso, sfavorendo l'assistenza del debitore da parte di professionisti qualificati. E ciò sembra un *vulnus* sia dello spirito delle varie riforme che si sono succedute negli ultimi anni,

---

<sup>48</sup> Sul punto una recente sentenza di merito (Trib. Larino, 4 gennaio 2018, in [www.fallimentiesocieta.it](http://www.fallimentiesocieta.it)), ha evidenziato che se da un lato «l'apertura del concordato determina una presunzione *iuris tantum* della funzionalità, rispetto agli scopi della procedura, dell'attività professionale prestata per la predisposizione della domanda», dall'altro, «anche nel caso in cui la domanda sia dichiarata inammissibile, inoltre, è ravvisabile l'utilità per i creditori in relazione alla cristallizzazione della massa passiva, alla retrodatazione dei termini per l'esercizio delle azioni revocatorie fallimentari e all'inefficacia delle ipoteche giudiziali iscritte nei novanta giorni precedenti la data della pubblicazione del ricorso nel Registro delle Imprese» (escludendo l'utilità dell'opera quando pendono istanze di fallimento).

<sup>49</sup> Si consenta sul punto il rinvio a F.GALLIO-M.GREGGIO, *Il pagamento parziale dell'IVA e delle ritenute d'acconto in ambito concordatario a seguito delle recenti modifiche normative*, in *Bollettino Tributario*, 2017, p. 1572 ss.; M.GREGGIO., *La falcidiabilità dell'IVA nei concordati preventivi (una questione risolta?)*. *Commento a Cass. Civ. SS.UU. 27.12.2016 n. 26988 e Cass. Civ. SS.UU. 13.1.2017 n. 760*, in [www.fallimentiesocieta.it](http://www.fallimentiesocieta.it), 2017.

il cui intento dichiarato dal legislatore è sempre stato quello di favorire il risanamento dell'impresa nell'ottica della miglior soddisfazione dei creditori sociali, sia dalla stessa *ratio* dell'art. 111, comma 2, l.f.: «favorire il ricorso alla procedura di concordato preventivo, nel quadro della riforma di tale procedura, diretta a predisporre un possibile strumento di composizione della crisi, idonea a favorire la consecuzione dei valori aziendali».<sup>50</sup>

Per (tentare) la composizione della crisi si necessita di professionisti specializzati e preparati, la cui opera va remunerata e nei confronti dei quali non si può pretendere l'accollo del rischio di un possibile mancato pagamento (salvo i casi di inadempimento o di abuso di cui oltre si dirà). E non va sottaciuto che l'incertezza circa la sorte del proprio credito potrebbe rendere assai problematica l'assunzione dell'incarico da parte del professionista: incarico spesso assai gravoso per la mole di lavoro che si prospetta e la struttura professionale necessaria per assolverlo al meglio (si pensi soltanto alle varie *due diligence* necessarie per la corretta predisposizione di un piano concordatario ed ai numerosi problemi da risolvere nel corso della procedura).

(f)Va aggiunto che l'art. 67, comma 3, lett. g), l.f., sottrae alla revocatoria fallimentare «i pagamenti di debiti liquidi ed eseguibili eseguiti alla scadenza per ottenere la prestazione di servizi strumentali all'accesso alle procedure concorsuali e di concordato preventivo».<sup>51</sup> Dalla lettura combinata di tale norma con l'art. 111, comma 2, l.f.,<sup>52</sup> si evince che il legislatore riconosce nella strumentalità delle prestazioni all'accesso al concordato «quel nesso funzionale che, in caso di mancato pagamento, giustifica la prededucibilità dei crediti derivanti dalle prestazioni stesse, pur se sorti prima delle procedure».<sup>53</sup>

---

<sup>50</sup> La cui *ratio* è (Cass. SS.UU., 23 gennaio 2013, n. 1521).

<sup>51</sup> E persegue il fine di «incentivare l'accesso dell'imprenditore in crisi al concordato preventivo, rimuovendo l'incertezza che deriverebbe dalla soggezione al rischio della revocatoria del pagamento dei relativi corrispettivi» (M.SPADARO, *La prededucibilità dei crediti professionali*, in *Il Fallimento*, 2014, p. 543 ss.).

<sup>52</sup> La cui *ratio* è quella di «favorire il ricorso alla procedura di concordato preventivo, nel quadro della riforma di tale procedura, diretta a predisporre un possibile strumento di composizione della crisi, idonea a favorire la consecuzione dei valori aziendali» (Cass. SS.UU., 23 gennaio 2013, n. 1521).

<sup>53</sup> Cass., 9 maggio 2014, n. 10110; Cass., 14 marzo 2014, n. 6031; Cass., 5 marzo 2014, n. 5098. Si veda anche sul punto S.BONFATTI, *I concordati preventivi di risanamento*, in *Le procedure concorsuali*, Padova, 2011, p. 1375 ss.

Pertanto, esenzione revocatoria per i pagamenti effettuati e prededuzione per i crediti non pagati rappresentano due facce della stessa medaglia, nel momento in cui la prededuzione è volta a tutelare quei professionisti che non possono avvantaggiarsi dell'esenzione revocatoria per non aver ricevuto il pagamento del compenso nel corso della procedura.

Delle due l'una: o si identifica la «funzionalità» di cui all'art. 111, comma 2, l.f. con la stessa «strumentalità» richiesta dall'art. 67, comma 3, lett. g), l.f., oppure *de facto* si incentiva la prassi di accettare l'incarico professionale previo pagamento di tutto (o di gran parte) del compenso, senza alcun controllo giudiziale (con la protezione dall'azione revocatoria in caso di successivo fallimento). È peraltro evidente che in tali estreme ipotesi, se l'impresa in crisi non avesse sin dall'inizio liquidità sufficiente per pagare anticipatamente i professionisti, si troverebbe addirittura nella condizione di non poter beneficiare dello strumento concordatario: proprio quello che il legislatore ha voluto evitare.<sup>54</sup>

4. La tesi dell'utilità concreta o dell'ammissione come condizione necessaria per la prededuzione, seppur criticabili, sono state utilizzate dalla giurisprudenza, spesso, per censurare comportamenti poco virtuosi dei professionisti. Ed è probabilmente come forma di reazione agli *abusi* talora registrati nella prassi che molti Tribunali hanno ritenuto necessaria la presenza, in via alternativa, di tali condizioni.<sup>55</sup>

Tuttavia, nell'intento – onorevole - di ispirarsi, in mancanza di norme chiare e specifiche, all'*aequitas* e quindi di non gravare in misura eccessiva sull'attivo disponibile per la massa dei creditori, si è rischiato di eccedere nel senso opposto, registrando casi di esclusione di crediti professionali dal passivo fallimentare (o comunque di mancata soddisfazione in virtù della

---

<sup>54</sup> G.VERNA, *Sulla prededuzione «in funzione» nel concordato preventivo*, in *Il Diritto fallimentare e delle società commerciali*, 2015, 1, p. 93 ss..

<sup>55</sup> Risuona nelle aule l'eco di casi in cui i compensi professionali erano sproporzionati rispetto all'attivo a disposizione della massa oppure sono stati pagati per intero (o in gran parte) prima del deposito del ricorso in bianco, assorbendo oltremisura le risorse poi destinate ai creditori (e addirittura lasciando la ricorrente senza la pur minima disponibilità richiesta dall'art. 163, comma 2, n. 4, l.f.).

collocazione in privilegio generale), nonostante un lavoro diligente e certosino da parte del professionista.

V'è quindi da chiedersi se, accogliendo la tesi seguita dalla recente ordinanza n. 7974/2018 della Cassazione, nell'ordinamento siano ugualmente presenti gli «anticorpi» per tutelare la massa dei creditori da esiti iniqui.

La risposta ad avviso di chi scrive non può che essere *positiva* e si ricava dai principi civilistici.

(i) Il primo «anticorpo»: il «limite» imposto al principio della prededuzione «*de plano*» è quello del diligente adempimento della prestazione da parte del professionista.

Così le conseguenze dell'eventuale inadempimento non si pongono in termini di gradazione del credito, ammettendolo al passivo con il privilegio generale *ex art. 2751 bis n. 2, c.c.* anziché in prededuzione *ex art. 111 l.f.*, bensì - ancor prima - di *ammissione al passivo* del medesimo credito, in ossequio al principio *inadimplenti non est adimplendum* di cui all'art. 1460 c.c.. Se il professionista è stato inadempiente, in tutto oppure in parte, il suo credito va escluso o ridotto.

Tale esclusione o riduzione del credito si avrà, quindi, nei casi in cui le prestazioni professionali non avessero a risultare connotate da sufficiente diligenza e perizia e, quindi, ad essere idonee, con giudizio formulato *ex ante*, neppure astrattamente al conseguimento dell'obiettivo prefissato. La diligenza e perizia dell'opera del professionista, che comprende anche la correttezza e ragionevolezza delle scelte tecniche operate, connota quindi la «strumentalità» di cui all'art. 111 l.f. e deve essere ispirata al principio del miglior soddisfacimento dei creditori («valore-fine» dei concordati preventivi).

Il difetto di funzionalità non si ricava pertanto dalla mancata ammissione (o approvazione o omologa), bensì dall'inadeguatezza della perizia e diligenza applicata dal professionista, da accertare al compimento della prestazione (e non alla luce dell'esito della procedura). L'esistenza dello stesso credito del professionista è stata così esclusa in alcune pronunzie di merito alla luce della «manifesta dannosità» (per la massa) della prestazione, in quanto resa in modo inadeguato o comunque per inadempimento rispetto al modello legale di concordato (o, ancora,

per «inadempimento qualitativo»<sup>56</sup>).

Il credito del professionista potrebbe essere escluso dal passivo fallimentare nel caso di emersione di gravi atti di frode - posti in essere nel periodo immediatamente precedente al deposito della domanda di concordato - dei quali lo stesso professionista risultava essere a conoscenza (e vi sarà, quindi, un problema di *prova*), talché la prestazione professionale può essere ritenuta addirittura potenzialmente dannosa per i creditori, tenuto conto della erosione del patrimonio a disposizione della massa per effetto della continuazione dell'attività di impresa (senza alcun vantaggio concreto dalla retrodatazione del periodo sospetto derivante dalla consecuzione delle procedure).<sup>57</sup> E ancora, potrebbe essere escluso (o ridotto nel *quantum*, ma collocato in prededuzione) nel caso di un ricorso per concordato che denoti la non conoscenza di consolidati principi giurisprudenziali; di un piano finanziario e industriale totalmente privo dei cc.dd. *stress tests*; di perizie incomplete e comunque sprovviste di adeguato sviluppo motivazionale; di una relazione dell'esperto radicalmente difforme dai cc.dd. principi di attestazione emanati dal Consiglio nazionale dei commercialisti; ovvero ancora nel caso di emersione di atti di frode (non conosciuti ma) conoscibili dai professionisti con l'ordinaria diligenza.

Nei casi di estrema patologia, non può escludersi che la pretesa creditoria del professionista possa essere paralizzata dall'eccezione di compensazione basata su un controcredito di tipo risarcitorio, laddove l'imperizia o comunque negligenza del professionista/creditore abbia causato dei danni per la massa. Tali danni, comunque, andranno rigorosamente provati e l'eccezione per essere opposta deve poggiare sul requisito della necessaria omogeneità di credito e controcredito.<sup>58</sup>

(ii) Il secondo «anticorpo» rinvenibile nel sistema: la proporzionalità del compenso e la possibilità del Tribunale di ridurlo in caso non venga rispettato tale criterio.

---

<sup>56</sup> Cfr. Trib. Milano, 25 febbraio 2016, in [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it); Trib. Rimini, 10 dicembre 2014, in [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it); Trib. Monza, 4 novembre 2014, in *Fall.*, 2015, 5, p. 615 ss..

<sup>57</sup> In tal senso cfr. Trib. Rimini, 10 agosto 2015, in banca dati *Pluris*.

<sup>58</sup> Di tale avviso anche S.AMBROSINI, *Appunti in tema di prededuzione del credito del professionista*, cit., p. 13.

Invero il *quantum* richiesto dal professionista con la domanda di ammissione al passivo deve essere *proporzionato* da un lato all'attività concretamente svolta, dall'altro all'attivo ragionevolmente ritraibile dalla procedura – anche in un'ottica prospettica – e finanche al passivo concordatario.<sup>59</sup>

Così se un professionista ha assistito la società soltanto in alcune delle fasi della procedura, per esempio fino al decreto di (mancata) ammissione, non potrà pretendere l'intero corrispettivo forfetariamente pattuito. È una regola che risponde al principio giuridico della *buona fede oggettiva* rinvenibile dal disposto degli artt. 1175, 1337 e 1375 c.c., alla norma di cui all'art. 2233 comma 2 c.c., oltre che al buon senso.

D'altronde la stessa pronuncia n. 7974/2018 della Cassazione qui commentata, dopo aver ammesso la prededucibilità del credito del legale, ne ha ridotto il *quantum* preteso, stabilendo la nullità parziale del contratto di prestazione d'opera nel punto in cui era previsto l'obbligo di pagamento di un corrispettivo fisso a fronte del mancato completamento dell'opera: tale clausola, secondo la Corte «contrasta con il principio di imprescindibile correlazione fra prestazione e corrispettivo che si può evincere dal generale paradigma di necessaria adeguatezza del compenso previsto dall'art. 2233, comma 2, c.c., ma soprattutto prescinde e dissona con la causa concreta che ispira l'intera pattuizione negoziale».<sup>60</sup>

5. Collegato al principio di proporzionalità sopra descritto v'è il tema del pagamento di eventuali *acconti* in favore dei professionisti che assistono la società debitrice, nel corso della procedura concordataria e prima dell'omologazione.

Spesso infatti gli incarichi professionali prevedono il pagamento di anticipi del compenso nelle varie fasi del procedimento (al pari di «stati avanzamento lavori»): dopo il deposito del

---

<sup>59</sup> In generale il compenso va considerato non nella sua entità assoluta, ma in relazione all'impegno profuso, alla professionalità richiesta, alla difficoltà della procedura ed all'ammontare dell'attivo e del passivo in gioco (cfr. S.CASO-NATO, *Compensi e crediti dei professionisti nel concordato preventivo*, in AA.VV. *Fallimento, soluzioni negoziate della crisi e disciplina bancaria dopo le riforme del 2015 e 2016* (a cura di S.Ambrosini), Bologna, 2017, p. 640 e ss.).

<sup>60</sup> Cfr. Cass.. 30 marzo 2018, n. 7974.

ricorso c.d. in bianco oppure dopo l'ammissione ovvero l'approvazione del concordato.

A parere di chi scrive gli acconti possono essere pagati dalla società debitrice, in presenza delle seguenti condizioni, onde evitare *abusi* a danno dei creditori:

(a) anzitutto tra il debitore ed il professionista deve essere stato previamente stipulato un *contratto* di prestazione d'opera professionale – con data certa onde renderlo opponibile (alla successiva procedura fallimentare) - che preveda le varie fasi di intervento professionale e le relative attività, così da individuare un compenso per l'attività svolta fino alla data di presentazione del ricorso, un compenso per l'attività svolta fino alla presentazione del piano e della proposta ed, infine, un compenso per l'attività svolta successivamente all'ammissione e subordinato all'omologa o all'approvazione del ceto creditorio; in tal modo potrà essere corrisposto dal debitore la parte di credito del professionista che risulterà, alla scadenza pattuita per ciascuna fase, certa, liquida ed esigibile;<sup>61</sup>

(b) è ammissibile soltanto il pagamento di *acconti* fino all'intervenuta omologazione del concordato (*dead line* nella quale, usualmente, si esaurisce il mandato del professionista); solo dopo tale fase potrà essere effettuato il saldo;

(c) per il pagamento degli acconti, vi devono essere risorse nell'*attivo* della società sufficienti per soddisfare i creditori in prededuzione<sup>62</sup> (si badi, per le fasi in relazioni alle quali il

---

<sup>61</sup> Per esempio le fasi indicate nel mandato e la relativa attività potranno prevedere: (a) redazione e presentazione della domanda di concordato c.d. «in bianco» ai sensi dell'art. 161, 6 comma, l.f.; (b) attività successiva alla presentazione del ricorso in bianco, fino all'eventuale deposito del ricorso c.d. «pieno» ai sensi degli artt. 160 e ss. l.f., con la redazione e presentazione di istanze-note-memorie necessarie e/o opportune; (c) redazione e presentazione ricorso c.d. «pieno» ai sensi degli artt. 160 e ss. l.f. per l'ammissione della società alla procedura di concordato preventivo; (d) attività successiva al deposito del suddetto ricorso pieno, necessario e/o opportuna per l'ammissione della società al beneficio del concordato, con la redazione e presentazione di istanze-note-memorie necessarie e/o opportune e fino all'eventuale omologazione; (e) attività nell'eventuale fase di omologa, con la redazione della comparsa di costituzione e delle eventuali memorie difensive in caso di opposizione.

<sup>62</sup> Con attenzione al criterio della graduazione fra prededuzioni privilegiate e prededuzioni chirografarie. Peraltro, il differimento del pagamento è dovuto in assenza di risorse immediatamente disponibili (F.FILOCAMO, *La prededucibilità dei crediti nel concordato preventivo e negli accordi di ristrutturazione dei*



credito è già maturato e, quindi, divenuto esigibile); in mancanza il pagamento potrà (anzi, dovrà) essere differito sino al momento in cui queste risorse vengano acquisite (momento che non forzatamente dovrà coincidere con l'omologazione);

(d) il *quantum* richiesto quale acconto deve essere *proporzionato* non solo all'attività svolta, ma anche all'attivo concretamente ritraibile dalla procedura – anche in un'ottica prospettica – ed al passivo concordatario;<sup>63</sup>

(e) il pagamento deve rispondere ai canoni della *buona fede oggettiva* di cui agli artt. 1175, 1337 e 1375 c.c., atteso che la violazione di tale principio potrebbe inficiare gli atti compiuti tanto da renderli illegali (e quindi non prededucibili e revocabili) o, nella peggiore delle ipotesi, da doverli riqualificare nella loro natura e precluderne l'ammissibilità nel successivo fallimento;<sup>64</sup>

(f) ci deve essere quantomeno una (ragionevole) *probabilità* che la domanda e il piano concordatario vengano effettivamente depositati. Quindi nell'imminente scadenza del termine per il deposito del piano, laddove il contenuto dello stesso risulti ancora indefinito ovvero risulti chiaro che non è possibile presentare un ricorso prevedibilmente ammissibile (per esempio per mancata soddisfazione dei creditori chirografari nel limite di cui all'art. 160 ult. comma l.f. in caso di concordato liquidatorio) sarebbe opportuno *non* chiedere il pagamento di acconti.

Nel caso in cui le predette condizioni sussistano, il compenso del professionista potrà essere pagato – con acconti (e, quindi, in parte) - anche *prima* dell'esaurimento del mandato, in quanto è un *atto di ordinaria amministrazione*, legalmente compiuto dal debitore in virtù del combinato disposto dell'art. 161, comma 7,

---

*debiti*, in [www.ilfallimento.it](http://www.ilfallimento.it), 2013, p. 1153 ss.).

<sup>63</sup> In generale il compenso va considerato non nella sua entità assoluta, ma in relazione all'impegno profuso, alla professionalità richiesta, alla difficoltà della procedura ed all'ammontare dell'attivo e del passivo in gioco (cfr. S.CASONATO, *Compensi e crediti dei professionisti nel concordato preventivo*, cit., p. 645 ss.).

<sup>64</sup> Sulla buona fede oggettiva, quale principio generale dell'ordinamento giuridico, che trova il suo fondamento nel principio di solidarietà contenuto nell'art. 1175 c.c. e costituisce espressione dello stesso valore costituzionale di cui all'art. 2 Cost., si veda il classico S.RODOTA', *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 1969, p. 115. In giurisprudenza cfr. Cass., 29 agosto 2011, n. 17716; Cass., 22 gennaio 2009, n. 1618; Cass., SS.UU 25 novembre 2008, n. 28056; Cass., 6 agosto 2008, n. 21250; Cass., 27 ottobre 2006, n. 23273.

l.f. e dell'art. 67, comma 3, lett. e) e g), l.f.<sup>65</sup>.

Come noto, secondo l'art. 161 l.f. assumono la qualifica di atti legalmente compiuti dal debitore, dopo il deposito del ricorso c.d. in bianco e fino al decreto di cui all'art. 163 l.f., gli atti urgenti di straordinaria amministrazione previamente autorizzati dal tribunale e gli atti di ordinaria amministrazione, nonché i crediti di terzi eventualmente sorti per effetto di tali atti legalmente compiuti, tutti prededucibili ai sensi dell'art. 111 l.f.<sup>66</sup>.

Pertanto la sottoscrizione del mandato professionale ed il pagamento del relativo acconto (o di vari acconti) risultano atti di gestione ordinaria, se *proporzionati* e compiuti *in buona fede*, essendovi, appunto, un nesso di funzionalità - ai fini della prededuzione del credito - tra l'attività del professionista e la procedura concorsuale, considerando anche i vantaggi che la legge ricollega al momento della presentazione della domanda. Così, in presenza delle condizioni sopra descritte, il pagamento degli acconti per i professionisti *non* necessita della previa autorizzazione *ex art. 161*, comma 7, l.f. e, dopo l'ammissione, *ex art. 167* l.f. (anche se nella prassi risultano frequenti i casi di richieste in tal senso onde ottenere conseguenti provvedimenti di «non luogo a provvedere» da parte del Tribunale competente, per

---

<sup>65</sup> Si tratta di una regola che troviamo disciplinata nello stesso fallimento (art. 111 *bis*, comma 4, l.f.), applicabile ai crediti dei creditori prededucibili maturati anche all'interno della procedura di concordato, a prescindere dal fatto che questa sia sfociata in un successivo fallimento (cfr. V.ZANICHELLI, *La nuova disciplina del fallimento e delle altre procedure concorsuali*, Milano, 2008, p. 321 ss.).

<sup>66</sup> È oramai pacifico in giurisprudenza che gli atti di *straordinaria* amministrazione sono quelli idonei ad incidere negativamente sul patrimonio del debitore, pregiudicandone la consistenza o compromettendone la capacità a soddisfare le ragioni dei creditori, in quanto ne determinano la riduzione ovvero lo gravano di vincoli e di pesi cui non corrisponde l'acquisizione di utilità reali prevalenti su questi (Cass., 20 ottobre 2005, n. 20291; Trib. Treviso, 28 giugno 2017; Trib. Padova, 21 febbraio 2014; Trib. Pinerolo, 9 gennaio 2013; Trib. Terni, 28 dicembre 2012, tutte in [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it)), mentre costituiscono atti di *ordinaria* gestione dell'azienda quelli strettamente aderenti alle finalità e alle dimensioni del suo patrimonio, quelli che - ancorché comportanti una spesa elevata - lo migliorino o anche solo lo conservino nonché quelli relativi alla prosecuzione dei rapporti negoziali pendenti, ove inerenti alla gestione caratteristica dell'impresa e non incidenti in modo innovativo sul suo patrimonio, con conseguente prededucibilità dei crediti generati dalla prosecuzione degli stessi rapporti, senza necessità di autorizzazioni giudiziali: *ex multis* cfr. Cass., 21 ottobre 2011, n. 2194. Nel merito cfr. Trib. Milano, 11 dicembre 2012 e Trib. Prato, 14 giugno 2012 (entrambe in [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it)); Trib. Terni, 12 ottobre 2012, in [www.osservatorio-oci.org](http://www.osservatorio-oci.org); *contra* Cass., 16 maggio 2016, n. 9995.

evitare spiacevoli sorprese).<sup>67</sup>

Va tuttavia segnalato che alcune pronunzie di merito si sono espresse in senso contrario, qualificando i pagamenti al professionista, intervenuti tra il deposito della domanda di concordato con riserva e la successiva proposta, come atti di straordinaria amministrazione (e perciò bisognosi di autorizzazione ai sensi dell'art. 161, comma 7, l.f.) e attribuendo il rango di prededucibilità ai crediti del professionista soltanto a seguito dell'ammissione del concordato preventivo<sup>68</sup> (e quindi negando il pagamento di acconti nella fase precedente al decreto di apertura *ex* art. 163 l.f.).<sup>69</sup>

6. La ridda di pronunzie, di merito e di legittimità che si sono susseguite sul tema della prededucibilità, in particolar modo dalla riforma del 2006, spesso con soluzioni differenti per casi analoghi, rischia di creare distorsioni e comportamenti abusivi (che, inevitabilmente, pregiudicano la migliore soddisfazione dei creditori).<sup>70</sup>

In mancanza di norme chiare e specifiche, nell'intento – onorevole - di ispirarsi all'*aequitas* e quindi di non gravare in misura

---

<sup>67</sup> C'è chi ha evidenziato l'opportunità di richiedere al tribunale nella fase pre-notativa l'autorizzazione di cui all'art. 161, comma 7, l.f., compiendo una completa *disclosure* sul rapporto professionale pendente e sull'attività svolta e da svolgere, nonché dimostrando l'utilità e la congruità di tale atto, essendo peraltro in *re ipsa* l'urgenza richiesta dalla norma, attesa la necessità di non poter rinunciare all'immediata erogazione dello specifico servizio professionale svolto (S.CASO-NATO, *Compensi e crediti dei professionisti nel concordato preventivo*, cit., p. 648 ss.).

<sup>68</sup> App. Ancona, 15 aprile 2015, n. 514 in banca dati *Pluris*. Principio recentemente ripreso da Trib. Rovigo, 16 febbraio 2018, in *www.ilcaso.it*.

<sup>69</sup> Va comunque evidenziato che allorquando la questione sottoposta all'esame della Corte d'Appello di Ancona è giunta al vaglio della Corte di Cassazione, quest'ultima ha respinto tale impostazione, ritenendo che il credito del professionista rientra tra i crediti sorti «in funzione» della procedura concordataria (e, in quanto tale, sia un credito prededucibile nel successivo fallimento), non costituendo, pertanto, un atto di straordinaria amministrazione e non necessitando di autorizzazione da parte del giudice (Cass., 10 gennaio 2017, n. 280).

<sup>70</sup> Risuona spesso l'eco di casi in cui i compensi professionali erano sproporzionati rispetto all'attivo a disposizione della massa oppure sono stati pagati per intero (o in gran parte) prima del deposito del ricorso in bianco, assorbendo oltremisura le risorse poi destinate ai creditori (e addirittura lasciando la ricorrente senza la pur minima disponibilità richiesta dall'art. 163, comma 2, n. 4, l.f.).

eccessiva sull'attivo disponibile per la massa dei creditori, con l'introduzione – da parte di alcuna giurisprudenza - dei requisiti dell'ammissione, da un lato, ovvero dell'utilità concreta, dall'altro, si rischia di eccedere nel senso opposto: si sono così registrati casi di esclusione di crediti professionali dal passivo fallimentare (o comunque di mancata soddisfazione in virtù della collocazione in privilegio generale), nonostante un lavoro diligente e certosino da parte del professionista.

*Rebus sic stantibus*, sembra maggioritario l'orientamento di legittimità che considera il credito del professionista prededucibile *de plano*,<sup>71</sup> pur tuttavia con le dovute limitazioni (inadempimento o inesatto adempimento e abuso).

*De iure condendo* all'orizzonte si profila un possibile nuovo cambiamento, laddove avessero ad essere emanati i decreti attuativi della legge delega al Governo per la riforma organica delle discipline della crisi d'impresa e dell'insolvenza: i compensi saranno *ex auctoritate principis* limitati e la prededucibilità sarà dovuta soltanto in dipendenza del decreto di apertura della procedura *ex art. 163 l.f.*. Soluzione invero non nuova, avendo più volte il legislatore tentato di introdurre nel nostro ordinamento la *conditio sine qua non* dell'ammissione per la prededucibilità, e che recepisce decisioni di parte della giurisprudenza (di legittimità e di merito).

Se da un lato tale opzione ha il pregio della certezza, limitando *ex ante* la discrezionalità dei giudici delegati in sede di ammissione al passivo dei crediti dei professionisti che hanno assistito l'impresa nel concordato preventivo poi sfociato in fallimento, dall'altro – nella sua semplicità – non tiene conto delle molteplici ragioni che possono portare al mancato risultato dell'ammissione: ragioni che spesso prescindono dal corretto e diligente lavoro del professionista. Ma è pur vero che *auctoritas non veritas facit legem*.<sup>72</sup>

---

<sup>71</sup> Cass., 21 novembre 2017, n. 27694; Cass., 14 marzo 2017, n. 6517; Cass., 10 gennaio 2017, n. 280.

<sup>72</sup> T.HOBBS, *Leviatano*, cap. XVI.