

DALLA CRISI ALL'EMERGENZA: LA PREDEDUZIONE AL TEMPO DEL COVID-19

di SALVO LEUZZI*

SOMMARIO: 1.Premessa. 2.Le coordinate concettuali. 3.Le prededuzioni degli esordi. 4.Le prededuzioni nell'ordinamento concorsuale riformato. 5.L'occasionalità delle prededuzioni. 6.La funzionalità delle prededuzioni. 7.Concordato preventivo e crediti del professionista. 8.La *consecutio* tra le procedure concorsuali. 9.La chiave di lettura dell'"adeguatezza funzionale". 10.Il criterio della "funzionalità in astratto". 11.Il ricorso all'*exceptio inadimpleti contractus*. 12.L'approccio all'"utilità concreta". 13.Le prededuzioni "codificate": prospettive e implicazioni del d.lgs. n. 14 del 2019.

1. Premessa.

I d.l. n. 11 e n. 18 del 2020, finalizzati a contrastare sull'intero territorio nazionale un'emergenza epidemiologica epocale, contenendone le ripercussioni sullo svolgimento dell'attività giudiziaria, hanno imposto la riduzione al minimo dei contatti interpersonali. Ciò ha implicato una riorganizzazione immediata e complessiva dell'approccio al lavoro negli Uffici giudiziari e da parte dei professionisti del settore. Un approccio idoneo a salvaguardare – nei limiti davvero angusti del possibile – la tutela dei diritti e l'efficienza (almeno minimale) della giurisdizione. Nel contesto del diritto concorsuale – che correlandosi ai fenomeni eminentemente dinamici dell'impresa e della sua crisi – gli snodi del procedimento postulano, per larga

* Saggio edito anche su <https://www.unicost.eu/corona-virus-faq-e-contributi-contributi-interpretativi/>

parte, presenze soggettive e adempimenti esterni. Gli uffici stanno inesorabilmente oscillando fra il congelamento pressochè integrale delle procedure e un governo delle stesse teso ad assicurare al sistema un soffio vitale di liquidità quante volte la trattazione dell'affare sia suscettibile d'essere solo cartolare.

Naturale che le soluzioni operative adottate dai tribunali – in difetto di indicazioni puntuali che potessero valere *erga omnes* in funzione di vedute uniformi – hanno disegnato da subito una sostanziale disomogenità di riassetto. Ne esce un profilo organizzativo della giurisdizione inerosabilmente piuttosto sfrangiato, che occorrerà ricucire nel tempo, quando – auspicabilmente – il Coronavirus avrà raggiunto il suo epilogo.

In un contesto così sfilacciato possono apparire utili, forse, in questo quadro alcune riflessioni sull'istituto della prededuzione, la sua attualità e la sua prospettiva, anche e soprattutto in relazione a quello che – perlomeno negli ultimi due lustri – ha rappresentato il cuore pulsante, spesso affannato della concorsualità: il concordato preventivo.

La prospettiva che ci si è dati è quella di raccogliere i profili sedimentati e di favorire – loro tramite – una presa di coscienza della necessità di un accosto univoco alle prededuzioni, che scongiuri la fuga verso meccanismi distorsivi. L'univocità è ciò che verosimilmente si attendono i mercati, prima ancora che i professionisti e gli istituti di credito, che verranno chiamati – rispettivamente – a gestire le sorti di imprese in debito d'ossigeno e di liquidità e a iniettare risorse in un sistema dalle evoluzioni imprevedibili, ma che, in un modo o nell'altro, dovrà ripartire. L'incertezza delle regole, al pari dell'imprevedibilità delle interpretazioni, finirebbe per togliere certezza ai traffici dell'economia nel frangente stesso del loro riavvio, disorientando quegli investitori o finanziatori, che scorgono nella stabilità delle regole e delle loro interpretazioni un valore irrinunciabile.

2. Le coordinate concettuali.

La prededuzione rinviene la sua essenza nel diritto dei creditori della massa di essere soddisfatti, nei limiti della capienza dell'attivo realizzato, con precedenza assoluta rispetto

ai creditori concorrenti e prima del riparto¹. La sua *ratio* alloggia nell'esigenza di liberare a beneficio degli organi della procedura somme indispensabili a consentirne svolgimento e gestione, assicurando il pagamento agevolato nei confronti di quanti abbiano prestato la propria attività in favore della procedura medesima.

Secondo l'approccio ad oggi preminente la prededuzione è istituto ontologicamente divaricato dal privilegio: quest'ultimo è un'eccezione alla *par condicio creditorum* che assegna preferenza al titolare di un credito e su certi beni, sorge fuori e prima del processo esecutivo concorsuale, rivela natura sostanziale, si pone in un rapporto di accessorietà con il credito garantito, poiché ne postula l'esistenza e lo segue; la prededuzione, di contro, accorda una precedenza rispetto a tutti i creditori sull'intero patrimonio del debitore, esibisce natura procedurale in quanto nasce e si realizza unicamente in tale ambito, assiste il credito fintantochè esiste la procedura concorsuale in cui ha avuto origine, venendo meno con la cessazione di questa².

La prededuzione, dunque, è una corsia preferenziale interna al processo, in ragione della strumentalità dell'attività da cui il credito consegue agli scopi della procedura. In tal senso – e da una diversa angolazione – essa è una modalità di pagamento, che impone il prelievo dall'attivo di somme necessarie a colmare la ragione che assiste prima d'ogni altra operazione³.

¹ Cass. 11 giugno 2019, n. 15724, in *Italggiure*.

² G. Ferri, *In tema di prededuzione prefallimentare*, in *Corr. giur.*, 2015, 453; G. Bozza, *I criteri per la distribuzione delle prededuzioni tra il ricavato dei beni messi a disposizione dei creditori dal debitore concordatario*, in *Fallimento*, 2015, 701, per il quale la prededuzione non può essere qualificata come una qualità del credito in quanto la preferenza è accordata solo in virtù di una ragione processuale consistente nella radicazione del credito nella procedura espropriativa. In giurisprudenza v. Cass. 3 marzo 2011, n. 5141, in *Italggiure*.

³ La diversa natura – rispettivamente, sostanziale e procedurale – del privilegio e della prededuzione importa quindi che quest'ultima si sovrappoga al privilegio senza estinguerlo, e che i crediti prededucibili possano assumere natura chirografaria ovvero privilegiata. Un esempio di credito prededucibile collocato al privilegio si trova ora, del resto, nella stessa legge fallimentare, ed in particolare nel quarto comma dell'art. 80 l.fall., il quale stabilisce che il credito per l'indennizzo che sorge a seguito del recesso dal contratto di locazione immobiliare è soddisfatto in prededuzione ai sensi dell'art. 111 l. fall. con il privilegio di cui all'art. 2764 c.c.; senza considerare poi che, già in via generale, l'art. 111-*bis*, comma 2, l. fall., ammette la graduazione anche all'interno dei crediti

Al riassunto orientamento si contrappone in misura crescente altra opinione che, avuto riguardo ai crediti attinenti alla gestione dell'attività, nonché a quelli correlati alla conservazione del valore, accosta la prededuzione al privilegio: se questo è generato dalla causa del credito riferita alla natura del rapporto (art. 2745 c.c.), la prededuzione è originata dalla causa del credito riferita alla funzione del rapporto stesso. Il divario fra gli istituti si accorcia e la prededuzione assurge a privilegio più alto in grado, una sorta di "superprivilegio"⁴, divenendo nuova categoria sostanziale della concorsualità, atta a contrassegnare il credito fin dalla sua origine⁵.

I corollari delle discordanti impostazioni sono d'immediata percezione: in quanto qualifica processuale del credito, la prededuzione è destinata a venir meno a procedura chiusa⁶; in quanto coloritura sostanziale del credito medesimo, la prededuzione è attrezzata a persistere in una diversa procedura concorsuale riguardante la medesima crisi d'impresa, in quanto legata alla prima da un vincolo di *consecutio*⁷.

3. Le prededuzioni degli esordi.

Al debutto del r.d. n. 267 del 1942 il fenomeno prededuttivo era racchiuso dentro una categoria marginale. L'originario art. 111 l.fall. si limitava a stabilire l'ordine di distribuzione delle somme ricavate dalla liquidazione dell'attivo, assicurando priorità al pagamento delle spese e dei debiti contratti per l'amministrazione del fallimento e per la continuazione

prededucibili, laddove dispone che detti crediti “vanno soddisfatti (...) tenuto conto delle rispettive cause di prelazione”.

⁴ M. Fabiani, *Il delicato ruolo del professionista del debitore in crisi fra incerta prededuzione e rischio di inadempimento*, in *Giur. comm.*, 2017, 720 ss.

⁵ R. D'Amora, *La prededuzione nell'anno di grazia 2013*, in Osservatorio OCI.

⁶ G. Bozza e G. Schiavon, *L'accertamento dei crediti nel fallimento e le cause di prelazione*, 1992, 470.

⁷ Trib. Terni, 14 gennaio 2014, in *Il Fallimentarista*, con nota di S. Leuzzi, *Concordato “abortito” e prededuzione dei crediti*.

dell'esercizio dell'impresa, qualora autorizzato⁸. Altre disposizioni disciplinavano fattispecie particolari⁹.

In difetto d'una specifica definizione normativa, i criteri d'individuazione della prededucibilità erano affidati al lavoro della giurisprudenza nomofilattica, che aveva valorizzato ora il momento dell'insorgenza del credito¹⁰, ora il profilo della riferibilità agli organi fallimentari¹¹, ora l'aspetto della strumentalità rispetto alla gestione della procedura¹². In questo perimetro, venivano stimati prededucibili i crediti nati dopo l'apertura del fallimento e per effetto di obbligazioni assunte dai suoi organi o comunque ad essi riconducibili, funzionali alla acquisizione, amministrazione e liquidazione del patrimonio del fallito¹³; quelli connessi alla disposta continuazione dell'attività aziendale¹⁴; quelli da contribuzione assicurativa e previdenziale concernente rapporti di lavoro cessati nel corso del fallimento¹⁵; quelli riguardanti contratti "prefallimentari" proseguiti dal curatore¹⁶.

Con un'interpretazione estensiva dell'art. 111 l.fall. la Corte era giunta a riconoscere la prededucibilità dei crediti sorti durante l'amministrazione controllata poi sboccata nel fallimento, invero volta a conservare o ad accrescere il valore economico dell'impresa nell'interesse dei creditori¹⁷. Il rango in parola veniva, peraltro, condizionato all'avvenuta assunzione

⁸ Ai sensi dell'originario comma 1 dell'art. 111 l.fall. andava anteposto agli altri 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".

⁹ Così l'art. 34 l.fall. relativo a quanto necessario per spese di giustizia e di amministrazione; l'art. 73 l.fall. relativo al prezzo della vendita a termine, l'art. 109, comma 2, l.fall. relativo all'anticipo del compenso al curatore sulle somme ricavate da una vendita immobiliare.

¹⁰ Cass. 27 ottobre 1966, n. 567, in *Mass. Giust. civ.*, 1966, 1507.

¹¹ Cass. 16 novembre 1981, n. 6056, in *Mass. Giust. civ.*, 1981, 11.

¹² Cass. 27 ottobre 1966, n. 2367, *Dir. fall.*, 1967; Cass., sez. un., 14 ottobre 1977, n. 4370, in www.pluris-cedam.utetgiuridica.it.

¹³ Cass. 11 novembre 1998, n. 11379, in *Italggiure*; Cass. 1 novembre 1994, n. 9423, in *Italggiure*.

¹⁴ Cass. 9 gennaio 1987, n. 71, in *Italggiure*.

¹⁵ Cass. 6 febbraio 1986, n. 719, in *Italggiure*.

¹⁶ Cass. 4 febbraio 1993, n. 1397, in *Italggiure*.

¹⁷ Cass. 16 giugno 1994, n. 5821, in *Italggiure*.

del debito secondo le regole e per le finalità proprie della procedura minore e alla accertata sussistenza di un nesso di consecutività cronologica e di interdipendenza della procedura minore rispetto a quella maggiore, in virtù del perdurare e dell'evolversi, nel corso di esse, di un'identica crisi economico-finanziaria¹⁸.

Con riferimento al concordato preventivo la prededuzione assisteva, nello scenario giurisprudenziale dei tempi, unicamente i crediti sorti per obbligazioni contratte dalla stessa procedura, per il compenso del commissario giudiziale o del liquidatore giudiziale¹⁹ nonché i crediti nati per effetto della continuazione dell'attività d'impresa, qualora la stessa avesse rappresentato modalità essenziale della proposta di concordato, ammessa dal tribunale, approvata dai creditori, quindi omologata²⁰.

Viceversa, veniva esclusa la prededuzione ai crediti dei professionisti che avessero assistito il debitore nel concordato preventivo che aveva preceduto il fallimento²¹.

4. Le prededuzioni nell'ordinamento concorsuale riformato.

Nel contesto della riforma fallimentare del 2006-2007 – ad opera del d.lgs. n. 5 del 2006 (art. 99) e del d.lgs. n. 169 del 2007 (art. 8) – l'art. 111 l.fall. ha ricevuto integrale riformulazione, con l'acclusione in esso di una definizione espressa delle prededuzioni. Con norma di nuovo conio – l'art. 111-bis, l.fall. – è stata sancita la sottoposizione di queste ultime al rito dell'accertamento dello stato passivo di cui agli artt. 96 e ss. l.fall..

A tenore dell'art. 111, comma 2, l. fall., attuale sono "*considerati crediti prededucibili quelli così qualificati da una specifica disposizione di legge, e quelli sorti in occasione o in*

¹⁸ Cass. 29 luglio 1999, n. 8164, in *Italggiure*.

¹⁹ Cass. 3 ottobre 1983, n. 5753, in *Giur. it.*, 1984, 691.

²⁰ Cass. 11 novembre 2003, n. 16915; Cass. 2 agosto 2002, n. 11580; Cass. 5 agosto 1996, n. 7140, tutte in *Italggiure*.

²¹ Cass. 15 novembre 1974, n. 3628, in *Giust. civ.*, 1975, I, 405; Cass. 16 maggio 1983, n. 3369, *Giur. it.*, 1984, I, 1, 521.

funzione delle procedure concorsuali di cui alla presente legge"²².

La norma disegna due categorie di crediti prededucibili: l'una tipizzata, che racchiude quelli "*così qualificati da una specifica disposizione di legge*"; l'altra atipica, che affascia "*quelli sorti in occasione o in funzione delle procedure concorsuali di cui alla presente legge*".

I crediti della prima sottospecie non mostrano problemi identitari, dovendosi semplicemente intercettare le previsioni di legge disseminate nell'ordito della l.fall. o delle leggi speciali che li contemplano²³.

È l'individuazione delle prededuzioni atipiche a comportare un'operazione scomoda, incentrata su un criterio sussidiario e di

²² Cass. 6 agosto 2010, n. 18437, in *Italgire*; Cass. 14 marzo 2014, n. 6031, in *Il Fallimento*, 2014, 516 ss., con commento di P. Vella, L'enigmatico rapporto tra prededuzione e concordato preventivo.

²³ Guardando alle norme della legge fallimentare, rientrano in tale ambito: il credito del terzo avente titolo alla restituzione all'integrale pagamento del controvalore della cosa, quando quest'ultima, già in possesso del fallito all'atto dell'apposizione dei sigilli, sia andata successivamente persa dal curatore (art. 103 l.fall.); il credito del conduttore all'"*equo indennizzo*" nel caso in cui il curatore del fallimento del locatore receda anticipatamente dal contratto di locazione (art. 80, comma 4, l.fall.); l'analogo credito all'equo indennizzo spettante alla controparte del curatore il quale sia receduto dal contratto di affitto di azienda (art. 79 l.fall.); i crediti sorti nel corso dell'esercizio provvisorio (art. 104, comma 8, l.fall.); i crediti di terzi sorti per effetto "*degli atti legalmente compiuti*" (in quanto atti di ordinaria amministrazione ovvero atti urgenti di straordinaria amministrazione autorizzati dal Tribunale) dal debitore che abbia presentato domanda di concordato preventivo "con riserva" (art. 161, comma 7, l.fall.). Non mancano peraltro diverse disposizioni contenute in leggi speciali che qualificano espressamente determinati crediti come prededucibili. Tali, sempre in via meramente esemplificativa, l'art. 30 della l. 11 dicembre 2012, n. 220 (recante "*modifica alla disciplina del condominio negli edifici*"), che, per il caso di fallimento di un condomino, attribuisce rango prededucibile ai sensi dell'art. 111 l. fall. ai contributi per le spese di manutenzione ordinaria e straordinaria nonché per le innovazioni; l'art. 52, comma 5, del d. lgs. 6 settembre 2011, n. 159 (c.d. codice antimafia), che attribuisce rango prededucibile all'equo indennizzo spettante ai titolari di diritti personali o reali di godimento su beni sottoposti a confisca definitiva; l'art. 1, lett. c), del d.l. 6 luglio 2010, n. 103 (conv. con modificazioni in l. 4 agosto 2010, n. 127), che ha "*equiparato*" ai crediti prededucibili di cui all'art. 111 l. fall. quelli vantati da banche ed intermediari finanziari per l'erogazione di nuovi finanziamenti a favore di Nuova Tirrenia s.p.a.; l'art. 20 del d. lgs. 8 luglio 1999, n. 270, secondo cui sono soddisfatti in prededuzione i crediti sorti per la continuazione dell'esercizio dell'impresa e la gestione del patrimonio del debitore dopo la dichiarazione dello stato di insolvenza

chiusura, tendenzialmente generico, qual è quello dato dal collegamento "occasionale" o "funzionale".

La giurisprudenza della Suprema Corte offre, tuttavia, un utile dato di premessa: i parametri della funzionalità e dell'occasionalità, utilizzati dall'art. 111 l.fall., sono criteri alternativi ed autonomi²⁴.

5. L'occasionalità delle prededuzioni.

Sono crediti sorti "in occasione" del procedimento quelli che nascono nel corso del fallimento o di altra procedura concorsuale, e quindi dopo la sua apertura, per effetto dell'operato degli organi di questa, cui si mostrano direttamente riconducibili.

La contestualità è d'indole cronologica e – insieme – soggettiva: il criterio temporale che testualmente emerge dall'111, comma 2, l.fall. *“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”*²⁵.

A sporgere sono pretese creditorie derivanti sul piano genetico dall'attività negoziale o non negoziale²⁶ degli organi concorsuali, senza che rilevi, ai fini della prededucibilità, che i crediti in questione siano concretamente funzionali al conseguimento degli scopi della procedura. La funzionalità alle esigenze di questa non può infatti *“costituire un criterio integrativo”* proprio in quanto *“autonomamente considerata*

²⁴ Cass. 5 marzo 2014, n. 5098 in *Italggiure*.

²⁵ Cass. 15 gennaio 2014, n. 1531, in *Italggiure*.

²⁶ Si pensi ai debiti derivanti da fatto illecito verificatosi in corso di procedura ed a causa del suo svolgimento: v. Stanghellini, *Le crisi di impresa fra diritto ed economia. Le procedure di insolvenza*, Bologna, 2007, 286

come causa della prededucibilità dei crediti" dal successivo criterio normativo²⁷.

Chiaro che nella maggior parte dei casi, i debiti riconducibili ad atti degli organi del fallimento siano anche (almeno astrattamente) idonei al conseguimento degli scopi della procedura concorsuale, eppure non si possono escludere “*casi in cui l'attività del curatore comporti soltanto costi, senza alcun vantaggio per i creditori*”²⁸.

Deve trattarsi in ogni caso di obbligazioni che, oltre ad insorgere in costanza di procedura, ineriscano effettivamente alla stessa, in quanto non soddisfino invece esigenze diverse, come quelle personali del fallito²⁹.

6. La funzionalità delle prededuzioni.

Sono crediti funzionali alla procedura quelli per oneri riconducibili ad attività o iniziative di terzi, espletate anche anteriormente all'inizio della procedura medesima – quindi senza il diretto controllo degli organi di quest'ultima – e destinate ad avvantaggiare il ceto creditorio.

Concettualmente vi sono inclusi i crediti sorti prima dell'inizio di procedure concorsuali "minori", al fine della loro preparazione e instaurazione; vi si collocano i crediti da attività professionali svolte al fine di rendere possibile l'inizio della procedura, quali il deposito del ricorso, la redazione delle attestazioni, l'assistenza nella preparazione di piano e proposta, la predisposizione di perizie estimative.

Invero, “*ogni qualvolta gli oneri sopportati da terzi siano relativi ad atti i cui effetti ridondano a vantaggio di tutti i creditori (e non soltanto ad una parte cospicua di essi), appare*

²⁷ Cass. 15 gennaio 2014, n. 1531, cit..

²⁸ Forgillo, *La ripartizione dell'attivo*, in *Fallimento e concordati*, a cura di P. Celentano e E. Forgillo, Torino, 2008, 957

²⁹ Nella sottocategoria *de qua* si inscrivono molte fattispecie che, nel vigore della legge fallimentare del 1942, erano comunemente ricondotte nel novero delle “*spese e dei debiti contratti per l'amministrazione del fallimento e per la continuazione dell'esercizio dell'impresa*”, di cui faceva parola il vecchio art. 111 l.fall.

*del tutto razionale riconoscere a quei crediti il rango e la qualità di crediti prededucibili*³⁰.

Un sentiero ermeneutico prudente consiglia, per il riconoscimento della prededuzione, di non limitarsi a constatare che l'obbligazione sia stata contratta al servizio della procedura, ma di pretendere la sussistenza di un rapporto di inerenza necessaria, appurando *"che quel risultato non possa essere diversamente perseguito, ovvero possa essere sì perseguito ma con minore efficienza e con minori benefici collettivi"*³¹. In sostanza, la funzionalità non si esaurisce nell'attinenza del credito alla procedura, ma *"va ancorato al requisito della utilità per la stessa da intendersi come necessaria strumentalità rispetto alla procedura e come rispondenza al suo scopo ed all'interesse della massa dei creditori"*³². Potrebbe dirsi in sintesi che è prededucibile il credito legato al processo concorsuale da un rapporto di "inerenza necessaria", in quanto comportante un'utilità per la massa dei creditori non diversamente conseguibile.

Alcuni altri elementi ricostruttivi paiono sufficientemente assodati.

Non è oramai revocabile in dubbio l'intenzione del legislatore di ricomprendere nel novero delle prededuzioni, non solo le poste creditorie sorte *"in occasione"* o *"in funzione"* della procedura di fallimento, bensì anche quelle riconducibili, tanto in via occasionale quanto in via funzionale, ad una procedura concorsuale minore – tra tutte il concordato preventivo – conclusasi con esito negativo e cui abbia fatto seguito la procedura di fallimento. Milita a sostegno, in uno alla lettera della legge – che fa sommario riferimento alle procedure –, la *ratio* ispiratrice del nuovo dettato normativo, volta a favorire il ricorso a forme di soluzione concordata della crisi di impresa alternative alla procedura fallimentare.

Non meno sedimentato il profilo dell'autonomia-alternatività dei due criteri previsti dalla norma in esame in punto di

³⁰ A. Silvestrini, *Sub art. 111*, in *La legge fallimentare dopo la riforma*, a cura di A. Nigro, M. Sandulli, V. Santoro, II, Torino, 2010, 1555.

³¹ Fabiani, *Diritto fallimentare*. Un profilo organico, p. 299 ss..

³² F. Lamanna, *I crediti prededucibili perché "funzionali" alle procedure concorsuali previste dall'art. 111, comma 2, l. fall.*, in *Il Fallimentarista*.

occasionalità-funzionalità, palesandosi abbastanza inequivoca la disgiuntiva "o"³³. Successivamente alla riforma, il contrasto tra quanti ha ravvisato una sorta di endiadi nella locuzione "*in occasione o in funzione*"³⁴ e quanti ha immantinentemente considerato occasionalità e funzionalità due criteri distinti ed indipendenti³⁵, è stato dissipato dalla giurisprudenza della Corte di Cassazione, la quale è venuta a chiarire, da un lato, che "*i due criteri, quello cronologico ('in occasione') e quello teleologico ('in funzione'), risultano chiaramente considerati dalla norma come autonomi ed alternativi, in tal senso dovendo interpretarsi la disgiuntiva 'o'*"³⁶, dall'altro, che la funzionalità alle esigenze della procedura non costituisce un criterio integrativo di quello cronologico, poiché tale funzionalità è autonomamente considerata come causa della prededucibilità dei crediti³⁷.

7. Concordato preventivo e crediti del professionista.

L'abrogazione – ad opera della l. n. 134 del 2012, di conversione con modifiche del d.l. n. 83 del 2012 – del comma 4 dell'art. 182-*quater* l.fall., norma che prevedeva espressamente la prededucibilità del credito relativo al corrispettivo dovuto al professionista attestatore subordinandolo ad un'espressa previsione nel decreto di ammissione del tribunale, ha fisiologicamente allargato il terreno della prededucazione, generalizzando le regole di cui all'art. 111 l.fall. all'intera platea

³³ Cass., 5 marzo 2014, n. 5013, in *Italggiure*. In dottrina v. A. Maffei Alberti, *Commentario breve alla legge fallimentare*, Padova, 2013, 774; Patti, *La prededucazione dei crediti funzionali al concordato preventivo tra art. 111 ed art. 182 quater l. fall.*, in *Fallimento*, 2011; V. Zanichelli, *I concordati giudiziali*, Torino, 2010, 207 ss..

³⁴ Trib. Firenze 26 marzo 2008, in *Foro toscano - Toscana Giur.*, 2008, 2, 168; Trib. Pordenone 8 ottobre 2009, in *www.unijuris.it*; Trib. Bari 17 maggio 2010, in *Dir. fall.*, 2012, 1, 2, 29; Trib. Udine 15 ottobre 2008, in *www.ilcaso.it*.

³⁵ Trib. Milano 18 giugno 2009, in *www.novaraius.it*; Trib. Terni 13 giugno 2011, in *Dir. fall.*, 2012, 1, 2, 49; (Trib. Treviso 16 giugno 2008, in *www.ilcaso.it*; Trib. Milano 18 giugno 2009, in *www.ilcaso.it*.

³⁶ Così testualmente Cass. 5 marzo 2014, n. 5098, cit. ed ancor prima cfr. Cass. 5 marzo 2012, n. 3402, in *Italggiure*.

³⁷ Cass. 24 gennaio 2014, n. 1513, in *Fallimento*, 2014 516, con nota di P. Vella, *Crediti in occasione e crediti in funzione del concordato preventivo: la prededucazione nel successivo fallimento.*

dei professionisti la cui opera sia direttamente strumentale alla procedura concordataria.

Chiarita dalla Corte Suprema l'indipendenza del criterio teleologico della funzionalità da quello cronologico della occasionalità³⁸, venuto meno l'art.182-*quater*, comma 4, 1.fall., la cui interpretazione era stata già ritenuta immotivatamente restrittiva e *contra legem*³⁹, stabilito che il controllo del giudice sui crediti (anche potenzialmente prededuttivi) va svolto *a posteriori* ai sensi dell'art. 111-*bis* 1.fall.⁴⁰, il problema del riconoscimento della prededuzione al credito del professionista che assiste il debitore ai fini dell'accesso al concordato preventivo cui segua il fallimento, si risolve oggi in un'*actio finium regundorum* del perimetro concettuale della funzionalità e – segnatamente – nella comprensione dell'opportunità-possibilità di accostare a tale concetto⁴¹ o meno⁴², l'ulteriore presupposto della utilità concreta per i creditori dell'attività professionale.

La locuzione "*in funzione di*", equipollente a quella di "*al fine di*" o "*in vista di*", esprime un'obiettivo cui un'azione è mirata⁴³. L'etimologia della parola (dal latino *fungi*: servire, contribuire a) e l'uso corrente nella lingua italiana fanno propendere per un'interpretazione di scopo, non di risultato.

In quest'accezione l'espressione è stata intesa spesso come sinonimica di strumentalità⁴⁴: le prededuzioni funzionali verrebbero in evidenza con riferimento ai crediti da prestazione di servizi necessari all'accesso alle procedure concorsuali, con il significato – quindi – di mezzo per il conseguimento di un fine.

Laddove si acceda ad un'interpretazione della prestazione del professionista in termini di mera "strumentalità" della stessa ai

³⁸ Cass. 5 marzo 2014, n. 5098, cit.

³⁹ Cass. 8 aprile 2013, n. 8533, in *Italggiure*.

⁴⁰ Cass. 10 settembre 2014, n. 19013, in *Italggiure*.

⁴¹ Cass. 10 settembre 2014, n. 19013, cit.

⁴² Cass. 6 febbraio 2015, n. 2264, in *Italggiure*.

⁴³ G. Cervo, *Prededucibilità dei crediti sorti «in funzione» della procedura concorsuale*, in *Giur. comm.*, 2013, II, p. 779

⁴⁴ L'orientamento si ritrova essenzialmente nella giurisprudenza di merito: v. Trib. Treviso 16 giugno 2008, in *Fallimento*, 2008, 10, 1209; Trib. Milano 18 giugno 2009, in *www.novaraius.it*; Trib. Forlì 22 ottobre 2014, in *www.ilcaso.it*; Trib. Rimini 10 dicembre 2014, in *www.dejure.it*.

fini dell'ingresso nella procedura, il successivo sindacato del giudice delegato sarà per forza di cose circoscritto all'accertamento in termini di "utilità" astratta dell'operato del professionista rispetto all'apertura possibile della procedura.

Solo qualora si scelga una approccio interpretativo proclive a promuovere l'accertamento del risultato in concreto raggiunto dal professionista, l'autorità giudiziaria sarà legittimata a ritenere prededucibile la posta creditoria di quest'ultimo unicamente in presenza di un vantaggio acclarato per la massa dei creditori, che sia conseguenza diretta dell'attività del professionista.

8. La *consecutio* fra le procedure concorsuali.

La *littera legis* plurale e onnicomprensiva – col riferimento alle "*procedure concorsuali di cui alla presente legge*" – implica che la prededuzione possa essere almeno tendenzialmente riconosciuta nell'ambito di procedure concorsuali fra loro consecutive, il che accade, tra l'altro, proprio quando ad un concordato preventivo di sorte infausta, segua un fallimento chiamato a governare la medesima situazione di dissesto.

In giurisprudenza vi è stata sostanziale consonanza di opinioni nel ritenere evento scriminante, ai fini della consecuzione, la pronuncia del decreto di cui all'art. 163 l.fall.⁴⁵. La *consecutio* presuppone procedure concorsuali esistenti e il concordato esiste solo in quanto la procedura sia stata aperta⁴⁶.

Per il vero, la giurisprudenza di legittimità suggerisce un'altra possibile via ricostruttiva, essendosi da lunghi anni chiarito che il fenomeno della consecuzione tra procedimenti concorsuali va costruito in senso sostanziale⁴⁷.

Segnatamente, la *consecutio* è un collegamento sequenziale fra procedure concorsuali volte a regolare una coincidente situazione di dissesto dell'impresa – vuoi che essa si impronti a

⁴⁵ Cass. 28 maggio 2012, n. 8439 e Cass. 16 maggio 2016, n. 9996, entrambe in *Italggiure*.

⁴⁶ V. soprattutto A. Patti, *Quale compensazione nella "consecuzione" del fallimento a proposta di concordato preventivo inammissibile?*, in *Fallimento*, 2015, 818

⁴⁷ Cass. 26 giugno 1992, n. 8013, in *Italggiure*.

crisi, vuoi che culmini in una situazione di insolvenza, dacchè stato di crisi e stato di insolvenza possono rappresentare una mera distinzione di grado del medesimo squilibrio economico-finanziario – e unite da un rapporto di continuità causale e unità concettuale, piuttosto che di rigorosa successione cronologica⁴⁸.

La consecuzione postula l'unificazione delle procedure, in quanto queste in ragione di presupposti soggettivi e oggettivi che appaiono essere gli stessi, si offrono all'applicazione della disciplina dell'ultimo procedimento della sequenza. In altri termini, le situazioni anteriori all'apertura del procedimento che chiude la serie sono regolate dalle norme di quest'ultimo, attese la correlazione logica con quelle occorse e vagliate al suo interno.

Su tali premesse è stata da ultimo affermata l'astratta possibilità di riconoscere la prededuzione nell'ultima procedura di concordato preventivo ai crediti legalmente sorti nella prime delle due procedure non andata a buon fine⁴⁹.

Necessita sia l'identità (finanche ovvia) dell'imprenditore; sia la continuità dello stato di crisi patrimoniale, che deve rimanere lo stesso, sebbene, in quanto ontologicamente liquido, esso si conegni ad un fisiologico sviluppo; sia la continuità sostanziale delle procedure, quindi l'effettiva consecutività di esse.

Uno scarto temporale non esiguo tra la conclusione di una procedura e l'avvio dell'altra non pregiudica la ravvisabilità di un fenomeno di consecuzione tra le stesse. Il lasso di tempo, quando non è irragionevole, si configura come elemento da ponderare nella sua dimensione concreta, in guisa da verificare se in ragione di esso siano o meno mutati i presupposti utili a considerare unitariamente le procedure concorsuali. In tal senso, quando si appura che lo stato di crisi in funzione del quale si era invocata l'apertura del concordato era in realtà un'insolvenza, la situazione da fronteggiare rimane fondamentalmente la stessa sicchè l'efficacia della sentenza dichiarativa di fallimento va

⁴⁸ Cass. 8 aprile 2013, n. 8534, cit.

⁴⁹ Cass. Cass. 11 giugno 2019, n. 15724 cit..

retrodatata alla data di presentazione della domanda di accesso alla procedura minore⁵⁰.

Tra prededuzione e consecuzione di procedure sussiste un intimo rapporto di connessione, sol che si consideri che la prima viene accordata al credito non sempre e comunque, ma all'interno dell'ambito processuale in cui lo stesso ha avuto origine e a condizione che in quell'ambito si rimanga⁵¹.

In questa prospettiva la *consecutio* segna i confini esterni della prededuzione; al di fuori di essa non può esservi, infatti, corsia preferenziale per il credito di massa.

La prededucibilità riferita ad un procedimento ad epilogo infausto invoca, pertanto, un accertamento di consecutività tra questo e quello successivo. Il fenomeno della *consecutio* non può dirsi inficiato, in linea di principio, dal decreto di inammissibilità della domanda di concordato. Invero, quest'ultima spiega i propri effetti – tra cui quelli racchiusi nell'*automatic stay* dell'art. 168 l.fall. – prima e a prescindere dal provvedimento d'apertura.

I pilastri che sorreggono l'edificio della consecuzione sono rappresentati dall'identità soggettiva dell'imprenditore e dalla sussistenza di un'unica situazione di crisi, per quanto esposta ad una dinamica evolutiva che, fermo il nucleo eziologico dell'alterazione dei fattori di equilibrio su cui si regge l'attività d'impresa, di detta alterazione può cambiare sembianze, contorni, sfumature. Ed allora, non si scorgono ragioni oggettive per escludere a priori la prededucibilità del credito in ipotesi di diniego dell'ammissione⁵². La consecutività è, infatti, recisa solo dalla discontinuità nell'insolvenza, che viene in rilievo quando la situazione che conduce alla declaratoria fallimentare è differente sul piano causale rispetto alla crisi primigenia cui si indirizzava il tentativo concordatario.

⁵⁰ n questi termini Cass. 6 agosto 2010, n. 18347, in *Giust. civ.*, 2010, 2458, con nota di A Didone, *Note minime sulla consecuzione di procedure*; Cass. 27 febbraio 2013, n. 4959, in *Italggiure*. Sulla natura unitaria della procedura di fallimento seguita al procedimento di concordato preventivo, si vedano, tra le tante, Cass. 13 aprile 2016, n. 7324, in *Italggiure* e Cass. 28 maggio 2012, n. 8439, in *Italggiure*.

⁵¹ Cass. 11 giugno 2019, n. 15724 cit..

⁵² Cass. 16 aprile 2018, n. 9290, in *Italggiure*; Cass. 6 agosto 2010, n. 18347, cit..

Neppure la rinuncia alla domanda di concordato determina una soluzione di continuità dell'insolvenza, atteso che, viceversa, detta opzione è sintomatica, piuttosto, proprio del succedersi delle procedure nel contesto di un'unica condizione di dissesto delle cui dimensioni progressivamente si assume contezza⁵³.

La ricostruzione prospettata sembra presentare diversi addentellati di supporto.

L'art. 69-*bis*, comma 2, 1. fall., come modificato dal d.l. n. 83 del 2012, nel testo integrato dalla l. di conversione n. 134 del 2012, ha consacrato, a livello normativo, il principio della consecuzione tra procedura di concordato preventivo e fallimento, il quale prevede che il *dies a quo* per il calcolo del periodo sospetto sia fissato nella data di pubblicazione della domanda di concordato, ancorché presentata ai sensi dell'art. 161, comma 6, 1. fall., nel registro delle imprese, poiché questo è il momento a partire dal quale la stessa domanda produce gli effetti di cui all'art. 168 1.fall. e lo stato di crisi, dichiarato dall'imprenditore, viene palesato ai terzi. La disposizione in esame è applicabile a tutte le ipotesi in cui alla domanda di concordato segua la dichiarazione di fallimento, a prescindere dalle ragioni che hanno condotto all'apertura della procedura fallimentare e dal momento in cui questa si è verificata. Seguendo questa impostazione, sembrerebbe dunque irrilevante che la procedura di concordato si sia effettivamente aperta, così come parrebbe ininfluenza il periodo di tempo decorso tra la data di deposito della domanda di concordato e la declaratoria di fallimento. Coerentemente, non pare possibile negare che l'apertura della procedura di concordato, anche nella forma scarna del concordato cd. "in bianco", produca effetti giuridici sostanziali "utili" per i creditori sociali, anche nel caso di esito negativo della stessa ed a condizione che la successiva procedura fallimentare prenda le mosse dallo stato di crisi che era stato a fondamento della prima procedura concordataria, purchè, naturalmente, la fase di pre-concordato non determini l'insorgenza di passività prededucibili che una dichiarazione di fallimento avrebbe consentito di evitare.

⁵³ Così Cass. 29 maggio 2019, n. 14713, in *Italggiure*.

In definitiva, l'art. 69-bis l.fall. assegna portata pregnante, non al decreto di ammissione dunque, ma alla domanda. La consecuzione delle procedure sembrerebbe ritrovare in quest'ultima il proprio elemento determinante, nel mentre l'ammissione parrebbe smarrire ogni ruolo dirimente.

In realtà, l'argomento non va sopravvalutato, in quanto il legislatore può ben aver deciso di agganciare per ragioni equitative il *dies a quo* del periodo sospetto delle revocatorie fallimentari ad un momento che non combacia con l'avvio della procedura concorsuale, senza che ciò autorizzi ad "esportare" per finalità ermeneutiche ultronee la previsione.

Non va sovrastimato nell'approccio alla questione nemmeno l'art. 161, comma 7, l.fall., il quale prevede la prededucibilità di tutti i crediti "*sorti per effetto degli atti legalmente compiuti dal debitore*" addirittura in fase c.d. "pre-concordataria", il che parrebbe rappresentare un sigillo dell'irrilevanza a tal fine dell'ammissione al concordato c.d. "pieno".

Infatti, a ben guardare, nulla autorizza ad estendere una disciplina dettata *ad hoc* in punto di prededuzione ad un fattispecie diversa, nella quale, senza passare dalla fase del c.d. "concordato in bianco", il debitore si sia visto negare l'ammissibilità della domanda di concordato preventivo completa di proposta e piano.

9. La chiave di lettura dell'“adeguatezza funzionale”.

Nel cimentarsi col testo novellato dell'art. 111 l.fall., le prime pronunce del Supremo Collegio hanno manifestato non poche difficoltà interpretative.

La funzionalità è stata genericamente ricondotta al nesso teleologico tra l'insorgere del credito e gli scopi della procedura, con l'introduzione, per via interpretativa, di condizioni ulteriori rispetto a quelle testualmente indicate dalla norma, e ravvisate nella necessità che il pagamento in prededuzione del credito, ancorché avente natura concorsuale, rientrasse negli interessi della massa e dunque rispondesse agli scopi della procedura⁵⁴ o,

⁵⁴ Cass. 5 marzo 2012, n. 3402 cit.; Cass. 7 marzo 2013, n. 5705, in *Italgiure*.

addirittura, che la relativa prestazione procurasse un risultato utile e concreto per il ceto creditorio⁵⁵.

Così è stata negata la prededuzione al credito del professionista per le prestazioni svolte nelle procedure di amministrazione controllata e di concordato preventivo antecedenti la dichiarazione di fallimento, delle quali non era stata provata l'utilità per la massa⁵⁶.

In un noto *arrêt* del 2013, il Supremo Collegio ha riconosciuto la collocazione prededuttiva, allorchè le prestazioni professionali siano state in rapporto di "adeguatezza funzionale" con le necessità risanatorie dell'impresa e, nel concreto, utili per i creditori, per aver consentito una sia pur contenuta realizzazione dei rispettivi crediti⁵⁷.

Segnatamente, come precisato dai giudici nomofilattici qualche tempo dopo, susseguentemente all'apertura del procedimento fallimentare, in sede di verifica dello stato passivo, il giudice delegato è chiamato ad accertare la "*funzionalità dell'atto negoziale alle esigenze della procedura (concordataria), ci sia già stata o meno una tale valutazione di funzionalità da parte degli organi della procedura stessa*"⁵⁸. Laddove manchi un'attività negoziale riferibile agli organi della procedura, ovvero un preliminare controllo giudiziale, il giudice dovrà appurare se le attività negoziali riferibili al debitore si pongano in rapporto di "*adeguatezza funzionale con le necessità risanatorie dell'impresa e siano state in concreto utili per i creditori*".

Il livello dell'"adeguatezza funzionale" dell'attività rispetto alle necessità risanatorie reca seco l'esigenza di un accertamento *ex post* minuzioso dell'"effettiva utilità" per la massa dei creditori del rapporto obbligatorio da cui discende il credito⁵⁹. Il

⁵⁵ Cass. 10 maggio 2012, n. 7166, in *Italggiure*.

⁵⁶ Cass. 13 dicembre 2013, n. 27926, in *Italggiure*.

⁵⁷ Cass., 8 aprile 2013, n. 8534, in *Italggiure.it* relativa al caso di successione fra amministrazione controllata e concordato preventivo. In dottrina, con particolare riferimento alla successione di diverse procedure di concordato preventivo, A. Pazzi, *L'infinito mondo della consecuzione fra procedure concorsuali*, in questa *Il Fallimento*, 2015, 27 ss..

⁵⁸ Cass., 24 gennaio 2014, n. 1513, cit.

⁵⁹ In tema M. Spadaro, *La prededucibilità dei crediti professionali sorti in funzione di una procedura minore nel fallimento consecutivo: tra adeguatezza funzionale e utilità per i creditori*, in *Fallimento*, 2014, p. 544 ss.; G. Lo Cascio,

giudizio sulla "funzionalità" del credito adombra, pertanto, un'analisi del risultato raggiunto, non solo il riscontro di un collegamento astratto tra il credito e la procedura minore.

10. Il criterio della funzionalità in astratto.

Dopo gli indugi del debutto con la norma novellata, la giurisprudenza nomofilattica è venuta stabilizzando le proprie posizioni in un senso preciso: la prededuzione attiene anche ai crediti antecedenti l'avvio della procedura concorsuale, purché ad essa strumentali in una prospettiva *ex ante*, ivi inclusi quelli sorti in relazione funzionale con un concordato poi sfociato, in *consecutio* logica, nel fallimento⁶⁰.

L'iniziale indirizzo restrittivo – che richiedeva in affiancamento al nesso strumentale con la procedura concorsuale in preparazione – la verifica della rispondenza dell'atto/fatto genetico agli interessi dei creditori, secondo la "bussola" dell'"adeguatezza funzionale", ha ceduto il passo ad un approccio *tranchant* che nega in radice ogni verifica supplementare⁶¹.

Nell'architettura nomofilattica invalsa, il criterio della funzionalità contiene in sé una precisa tipizzazione dell'interesse

La prededuzione nelle procedure concorsuali: vecchi e nuovi profili normativi ed interpretativi, in *Fallimento*, 2015, 1, 5; F. Cocito, *La prededuzione dei crediti sorti nel concordato preventivo - la prededuzione dei crediti sorti nel concordato preventivo: limiti e criteri per il riconoscimento di un trattamento preferenziale ai professionisti*, in *Il Fallimento*, 2014, p. 921 ss.; M. Spinozzi, *I profili della prededuzione alla luce del riformato art. 111 legge fallim.*, in *Il diritto degli affari.it*, 18 novembre 2014.

⁶⁰ Cass., 5 marzo 2012, n. 3402 cit.. Sull'esigenza di una consecuzione di procedure, anche non strettamente cronologica, v. in particolare Cass., 14 marzo 2014, n. 6031 cit..

⁶¹ A Cass. 17 aprile 2013, n. 9316 in *Italggiure* e Cass. 8 aprile 2013, cit., hanno fatto seguito Cass. 14 marzo 2014, n. 6031, cit.; Cass. 17 aprile 2014, n. 8958 cit.; Cass. 30 gennaio 2015, n. 1765 (ove si afferma che la previsione dell'art. 111, II comma, l.fall. è "un precetto di carattere generale, privo di restrizioni, che, per favorire il ricorso a forme di soluzione concordata delle crisi d'impresa, introduce un'eccezione al principio della *par condicio creditorum* ..."); Cass. 6 febbraio 2015, n. 2264 cit.; Cass. 5 marzo 2015, n. 4486 in *Italggiure*; Cass. 4 novembre 2015, n. 22450, in *Italggiure*; Cass. 30 marzo 2018, n. 7974, in *Italggiure*; Cass. 16 maggio 2018, n. 12017 (quest'ultima specificamente in tema di credito dell'attestatore), in *Italggiure*.

della massa che, in senso lato, giustifica *sic et simpliciter* un trattamento peggiore. L'essere il credito sorto al fine di rendere possibile l'avvio della procedura concorsuale, di per sé fa risaltare *in nuce* la sua rispondenza all'interesse dell'intero ceto creditorio⁶².

Si giustifica così perlomeno l'irrilevanza delle vicende successive all'ammissione alla procedura concordataria, quali principalmente la revoca *ex art. 173 l.fall.* del concordato.

Il campo della prededuzione è stato dunque dissodato con la rimozione del riferimento all'utilità della prestazione, vuoi implicitamente⁶³, vuoi esplicitamente, essendosi presto affermato (proprio in relazione ai crediti del professionista derivanti dall'attività di consulenza ed assistenza prestata al debitore per l'accesso alla procedura di concordato preventivo) che non deve essere analizzato "*il risultato delle prestazioni – certamente strumentali all'accesso alla procedura minore – da questi svolte, ovvero la loro concreta utilità per la massa*"⁶⁴.

Una diversa lettura della norma, nel senso che, ai fini dell'ammissione in prededuzione, la nozione di funzionalità involgerebbe comunque la valutazione dell'inerenza delle prestazioni alle necessità risanatorie dell'impresa ed all'esistenza di un vantaggio per i creditori, finirebbe con lo svuotare la norma di significato. In effetti, dalla sopravvenuta dichiarazione di fallimento si dovrebbe ineluttabilmente presumere la mancanza di utilità per la massa di attività svolte in funzione dell'ammissione al concordato preventivo naufragato. Ciò sclerotizzerebbe la fattispecie entro le medesime strettorie interpretative ed applicative cui, proprio per l'assenza di un'espressa previsione regolatrice, essa sottostava nel vigore della precedente disciplina anteriore alla riforma del 2006-2007⁶⁵.

⁶² Anche la dottrina si è in preponderanza espressa per la prededucibilità dei compensi professionali relativi a prestazioni svolte in funzione di procedure concorsuali, prescindendo dal requisito della utilità per la massa dei creditori ed impregiudicato il diritto di sindacare la congruità del compenso: v. tra gli altri G. Verna, *Sulla prededuzione «in funzione» nel concordato preventivo*, *Dir. Fall.*, 2015, I, 90.

⁶³ Cass. 5 marzo 2014, n. 5098, cit..

⁶⁴ Cass. 6 febbraio 2015, n. 2264 e Cass. 5 marzo 2015, n. 4486, cit..

⁶⁵ V. anche Cass. 4 novembre 2015, n. 22450 cit.

Il mosaico delle pronunce di legittimità consegna nondimeno un dato sicuro: quelli del professionista sono crediti prededucibili nel consecutivo fallimento, in quanto rientrano *de plano* tra quelli sorti "in funzione" ai sensi del novellato art. 111, comma 2, l.fall.⁶⁶, siccome strumentali all'accesso alla procedura minore, senza che debba esaminarsi il "risultato" delle prestazioni rese ovvero la loro concreta utilità per la massa⁶⁷.

L'attività di assistenza professionale ricade in automatico sotto l'egida della prededuzione, dacchè la sua utilità per la massa sussiste "in re ipsa" in virtù della presentazione del concordato.

La visione in commento, alimentatasi di reiterati arresti nomofilattici⁶⁸, estromette dall'orizzonte della prededucibilità ogni riprova *ex post*, confinando l'appartenenza al rango prededuttivo entro un quadro di controllo *ex ante* riferito all'attitudine delle prestazioni ad evitare il fallimento⁶⁹.

Il vincolo di "funzionalità" in certo senso si allenta: *"il collegamento dei crediti prededucibili con le procedure concorsuali, espressamente previsto dal nuovo testo della norma in esame, ha consentito di affermare che la prededuzione attua un meccanismo soddisfattorio destinato a regolare non solo le obbligazioni della massa sorte all'interno della procedura, ma tutte quelle che interferiscono con l'amministrazione fallimentare ed influiscono per l'effetto sugli interessi dell'intero ceto creditorio"*⁷⁰.

In rapporto all'attività del professionista che assiste il debitore, la "funzionalità" assume l'*habitus* della presunzione *iuris tantum* di utilità per la massa⁷¹, lasciandosi apprezzare in termini di strumentalità "teorica", deprivata di valutazione

⁶⁶ Cass. 21 aprile 2016, n. 8091, in Italgiure; Cass. 15 aprile 2016, n. 7579, in Italgiure; Cass. 10 settembre 2014, n. 19013 cit...

⁶⁷ Cass. 4 novembre 2015, n. 22450, cit.; Cass. 5 marzo 2015, n. 4486, cit.; Cass. 6 febbraio 2015, n. 2264, cit..

⁶⁸ V. anche Cass. 8 settembre 2015, n. 17821, In Italgiure.

⁶⁹ Cass., 11 novembre 2016, n. 23108 in Italgiure; Cass., 5 dicembre 2016, n. 24791, in Italgiure, che per la prima volta ha applicato la norma ad una fattispecie in cui la procedura preventivamente esperita non era un concordato preventivo, bensì un accordo di ristrutturazione dei debiti.

⁷⁰ Cass., 17 aprile 2014, n. 8958 cit..

⁷¹ Cass., 6 febbraio 2015, n. 2264 cit..

empirica, ulteriore e posteriore: già l'accesso alla procedura concorsuale minore favorisce l'emersione di uno stato di crisi, evitando il depauperamento del patrimonio debitorio, e tanto basta⁷².

Varie le motivazioni al fondo dell'opzione ricostruttiva⁷³.

Innanzitutto, un'interpretazione allargata della "funzione", che la arricchisse dell'attributo dell'"utilità", cozzerebbe con i canoni ermeneutici ordinari, che pure impongono in principalità d'attribuire alla legge il senso fatto palese dal significato proprio delle parole.

Inoltre, l'espressione "in funzione" richiama la dimensione dell'idoneità allo "scopo" dell'atto cui si collega il credito, quindi un aggancio finalistico, che lascia in disparte il prodotto finale.

Ancora, il moderno ordinamento concorsuale implementa le soluzioni concordate della crisi, specie se dirette ad assicurare la conservazione dei valori aziendali. Un'interpretazione che staccasse la targa prededuttiva dai crediti sorti "in funzione" del concordato sulla scorta dell'esito sfavorevole della procedura rappresenterebbe un disincentivo poderoso per quanti sono chiamati ad accollarsi il rischio di aiutare il debitore a superare la crisi. Ne conseguirebbe il ripristino del "cordone sanitario" che per lunghi decenni ha segnato il crepuscolo delle imprese in crisi.

Di poi, la "funzionalità" che sta alla base delle prededuzioni del comma 2 dell'art. 111 l.fall. è analoga a quella sottesa all'art. 67, comma 3, lett. g), l.fall.. Le due norme corrono in parallelo: la seconda si occupa dei pagamenti "già effettuati" per le prestazioni richieste dall'imprenditore in funzione dell'accesso al concordato, sottraendoli dalla revocatoria; la prima disciplina

⁷² Cass., 5 marzo 2015, n. 4486, con nota di A. Paganini, *Prededucibile il credito dell'avvocato per la redazione della domanda di concordato preventivo*, in www.ilfallimentarista.it.

⁷³ In tema di recente 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 *Fallimento*, 2017, p. 402.; S.A. Cerrato, *Prededuzione concorsuale - La prededuzione dei crediti dei professionisti fra conferme e prospettive*, in *Giur. It.*, 2019, 5, p. 1112, nota a: Cass. 21 novembre 2018, n. 30114 (quest'ultima in *Italggiure*; Boggio, *I "tormenti" della prededuzione nel fallimento consecutivo dei crediti sorti in occasione o in funzione del concordato preventivo (anche alla luce del d.l. 23 dicembre 2013, n. 145 e del d.l. 24 giugno 2014, n. 91*, in *Giur. It.*, 2014, 1653.

pagamenti ancora "da effettuare" armandoli della preveducibilità⁷⁴. Se il professionista che assume il mandato di assistere una impresa in crisi nella presentazione del concordato e ottiene il pagamento prima del deposito è smarcato dal pericolo di revocatoria in ipotesi di successivo fallimento dell'impresa stessa, non v'è ragione per non rinnegare una tutela affine, *ex art. 111 l.fall.*, al professionista che ha lavorato "a credito": all'esenzione da revocatoria fa da *pendant* la prededuzione. L'esenzione da revocatoria vale a dar stabilità agli adempimenti di debiti liquidi ed esigibili effettuati per servizi strumentali all'ingresso nella procedura concorsuale alternativa; del pari il regime della prededuzione funzionale assicura l'intangibilità dell'atto negoziale e dell'adempimento che vi si correla, alla stregua di un criterio egualmente saldato al principio di certezza del diritto, oltre che alla necessità congenita di avvantaggiare chi è disposto a proseguire i rapporti con un debitore in difficoltà in vista del risanamento della sua impresa⁷⁵.

Altresì non va trascurato che se il credito sorto in funzione di una procedura concorsuale fosse preveducibile per le prestazioni rivelatesi utili a scongiurare il fallimento, l'art. 111, comma 2, l.fall. sarebbe praticamente inapplicabile e destituito di senso: infatti, qualora tra i professionisti potesse giovare del beneficio accordato dalla norma in sede di distribuzione della massa attiva fallimentare solo chi avesse contribuito con successo alla ricerca di una strada concorsuale alternativa, ne deriverebbe che il fatto oggettivo della sopravvenuta dichiarazione di fallimento renderebbe impossibile invocare la prededuzione⁷⁶.

In aggiunta, soccorre l'intervenuta abrogazione (a due anni di distanza dalla relativa introduzione) del comma 4 dell'art. 182 *quater* l.fall., che qualificava preveducibili esclusivamente "i compensi spettanti al professionista incaricato di predisporre la

⁷⁴ Nel senso di ritenere sinonimi le espressioni "in funzione" dell'art. 111 e "strumentali a" dell'art. 67, v. Cass., 10 settembre 2014, n. 19013 cit..

⁷⁵ Secondo la Corte "la comunanza di ratio tra tale norma e quella dell'art. 111, comma 2, induce dunque a ritenere che nella strumentalità di tali prestazioni rispetto all'accesso alla procedura il legislatore ravvisa quel nesso funzionale che, in caso di mancato pagamento, giustifica la preveducibilità dei crediti derivanti dalle prestazioni stesse, pur se sorti prima dell'inizio della procedura": v. Cass. 5 marzo 2014, n. 5098 cit.; Cass. 14 marzo 2014, n. 6031 cit., Cass. 9 maggio 2014, n. 10110, tutte in Italgiure.

⁷⁶ Così, espressamente, Cass., 4 novembre 2015, n. 22450 cit..

relazione di cui agli articoli 161, terzo comma, 182 bis, primo comma" e soltanto "purché il concordato preventivo o l'accordo sia omologato".

Infine, l'accesso alla procedura alternativa è utile in sé, per gli effetti che innesca: l'emersione di uno stato di crisi che schiva il depauperamento ulteriore del patrimonio debitorio; la cristallizzazione della massa (*ex art. 55 l.fall.*); la *consecutio* e la retrodatazione del periodo sospetto ai fini dell'esperibilità delle azioni revocatorie (*ex art. art. 69-bis l.fall.*); l'inefficacia delle ipoteche giudiziali iscritte nei 90 giorni precedenti la pubblicazione (*ex art. 168 l.fall.*).

11. Il ricorso all'*exceptio inadimpleti contractus*.

L'autonomia tra riconoscimento della prededuzione e valutazione di utilità per i creditori delle prestazioni è ormai perorata in senso rettilineo dalla Corte di Cassazione. Nell'invarianza di tale quadro, il rapporto tra procedura concorsuale e professionisti che invocano crediti in prededuzione può essere rimesso sui binari dell'adempimento delle obbligazioni e della prova dell'inadempimento, lungo i quali non poche forzature troveranno adeguata risposta da parte dell'ordinamento.

Obliterato il vaglio giudiziale "selettivo" sul vantaggio apportato alla massa dall'assunzione dell'obbligazione verso il professionista, l'unico baluardo rispetto a pretese di credito smisurate o disfunzionali è la rigorosa verifica delle medesime in sede di verifica del passivo.

Di certo non presenterà soverchi aspetti di criticità la prova da parte del professionista dell'esecuzione della prestazione, invero avvalorata dagli stessi atti del procedimento "minore" e dalle produzioni documentali rese in ambito concordatario.

Parimenti non disagevole sarà la quantificazione della ragione creditoria, dovendosi tener conto giocoforza degli accordi intervenuti tra le parti, ove trasfusi in pattuizioni scritte opponibili alla procedura *ex art. 45 l.fall.*, ovvero aderenti alle norme regolamentari afferenti alla liquidazione giudiziale dei compensi dovuti ai professionisti, secondo la quantità e qualità dell'opera prestata.

Tuttavia, poichè non è sostenibile che la prestazione professionale abbia ad oggetto la presentazione di concordati palesemente infattibili o addirittura inammissibili, destinati ad una mansione meramente dilatoria del fallimento, al curatore è senz'altro riconosciuta la legittimazione ad eccepire, ai sensi degli artt. 1218 e 1460 c.c., l'inadempimento o l'inesatto adempimento del professionista (avvocato, commercialista, attestatore o perito che sia) che abbia contribuito a confezionare concordati sguarniti del necessario profilo *lato sensu* causale, in quanto inadatti ad integrare una ipotesi di affronto e superamento della crisi d'impresa.

Similmente destinatario di eccezioni di egual tenore sarà il professionista che si sia occupato di predisporre attestazioni, perizie, piani lacunosi, reticenti o comunque non conformi al paradigma legale della piena, veridica e completa informazione dei creditori⁷⁷.

Qualora il ricorso al concordato preventivo si denoti anche solo incauto affiorano profili di non corretta esecuzione della prestazione professionale che il curatore del successivo fallimento deve poter additare, negando *tout court* l'ammissione al passivo del credito.

La dannosità della procedura intrapresa è idonea ad interrompere il nesso funzionale tra prestazione professionale e procedura, rimanendo a carico del professionista l'onere di dimostrare, sia l'esattezza del proprio adempimento, sia la circostanza che detta dannosità non è dipesa dalla naturale evoluzione della procedura, ma da fattori esogeni, imprevedibili ed imprevedibili, frappostisi nel corso della stessa, oppure nel tempo intercorso tra la sua cessazione e la dichiarazione di fallimento.

Una parte della giurisprudenza di merito, pur tenendo ferma la presunzione di funzionalità della prestazione del

⁷⁷ Il curatore potrebbe, ad esempio, contestare all'advisor che ha elaborato il piano sottostante la proposta, che secondo l'ordinaria diligenza avrebbe dovuto rendersi conto che quel piano non aveva alcuna possibilità di essere sostenibile; o ancora il curatore potrebbe contestare all'attestatore di non aver verificato la veridicità dell'esposizione debitoria dell'imprenditore in concordato, o di avere, con grave negligenza o addirittura dolosamente, sovrastimato l'attivo. In questi casi, essendovi un'eccezione di inadempimento, da parte del curatore che è parte processuale nella verifica dei crediti, il giudice delegato ha la facoltà di disconoscere il credito del professionista.

professionista che assiste il debitore ai fini dell'accesso al concordato preventivo nel caso di successiva apertura del fallimento, ritiene detta presunzione suscettibile d'essere contraddetta, perlomeno nei casi di manifesta inutilità o perniciosità del concordato per i creditori: in senso esemplificativo è il caso della scoperta di atti di frode che il curatore indichi come conosciuti o conoscibili con l'ordinaria diligenza dal professionista; è pure il caso in cui si sia registrata un'erosione del patrimonio a disposizione della massa, cagionata dal disastroso proseguimento dell'esercizio di impresa, qualora dalla retrodatazione del periodo sospetto collegata alla consecuzione delle procedure non si tragga vantaggio alcuno⁷⁸.

Benchè sia vero che l'accesso al concordato rappresenti per i creditori un astratto beneficio in considerazione degli effetti derivanti dalla procedura, è altrettanto vero che la curatela sia facoltizzata a lamentare che il ricorso ad essa si è rivelato, tenuto conto delle peculiarità del caso di specie, pregiudizievole, essenzialmente per effetto della protrazione dell'attività produttiva non bilanciata da un'adeguata conservazione dei valori aziendali ed anzi schiacciata dal peso delle obbligazioni contratte dopo il deposito della domanda.

Qualora il patrimonio sia, in ragione dell'iniziativa concordataria improvvida, intaccato e il dissesto sia aggravato, la prededuzione potrà essere esclusa, non solo laddove vengano smascherati dal curatore atti di frode che il professionista medio ha conosciuto o avrebbe dovuto conoscere con l'ordinaria diligenza, ma anche laddove constino aggravamenti economico-finanziari che il fallimento avrebbe scongiurato.

Del resto, soprattutto in ipotesi di declaratoria fallimentare successiva a domanda di concordato proposta in pendenza di una se non più istanze di fallimento, il medesimo effetto protettivo conseguibile con lo strumento concordatario sarebbe stato assicurato da un più sollecito sbocco fallimentare.

In questo quadro, si è precisato che la contestazione della funzionalità qualitativa della prestazione, compiutamente priva

⁷⁸ In tali ipotesi insieme alla prededuzione, a venir meno sarebbe l'esistenza stessa del credito del professionista, per inadempimento rispetto al modello legale di concordato: v. Trib. Rimini 10 dicembre 2014, in *www.ilcaso.it*; Trib. Monza 4 novembre 2014, in *Fallimento*, 2015, 5, 615.

di qualsivoglia contributo eziologico utile al dipanarsi della dinamica concorsuale, è idonea a supportare una *exceptio inadimpleti contractus* da parte del curatore ai fini del disconoscimento del corrispettivo del professionista anche solo al chirografo⁷⁹.

Il curatore sarà deputato contestare tanto la non corretta esecuzione della prestazione, quanto l'inutilità di essa per la massa.

L'organo concorsuale si muoverà entro un'intelaiatura del diritto vivente che vanta una robustezza concettuale lunga quasi quattro lustri in punto di prova dell'inadempimento e di riparto degli oneri correlati. L'avviso consolidato in materia di responsabilità contrattuale da inadempimento evidenzia come il creditore che agisce per ottenere l'esecuzione del contratto, la sua risoluzione o il risarcimento dei danni cagionatigli, ha il solo onere di allegare e provare l'esistenza del titolo contrattuale competendo all'obbligato eccepire e provare di avere ritualmente adempiuto o di non averlo potuto fare per causa a sé non imputabile⁸⁰. Rimane salvo il caso in cui il convenuto frapponga l'eccezione *ex art. 1460 c.c.*, perché in detta ipotesi viene riversato sull'attore (nella specie, il professionista) l'onere di neutralizzare l'eccezione, provando il proprio adempimento⁸¹. In definitiva, l'allegazione del curatore "eccipiente" potrà essere circoscritta alla denuncia dell'inadempimento qualificato, mentre sarà il professionista, a quel punto, per andare esente da responsabilità, a dover dimostrare l'inesistenza dell'inadempimento sulla base dell'adeguatezza del modello di comportamento prescelto ovvero il difetto di influenza del proprio operato sul nesso eziologico o sulla produzione del danno. Invero, in presenza dell'*exceptio inadimpleti contractus* il criterio di distribuzione dell'onere della prova rimane identico, ma risultano invertiti i ruoli delle parti in lite, poiché chi solleva l'eccezione (nella specie, la curatela) potrà fermarsi all'allegazione dell'altrui inadempimento, essendo il professionista a dover dimostrare d'aver adempiuto⁸². Verrà in

⁷⁹ Trib. Milano 25 febbraio 2016, in www.pluris-cedam.utetgiuridica.it.

⁸⁰ A far data da Cass., sez. un., 30 ottobre 2001, n. 13533, in *Italggiure*.

⁸¹ Cass, 27 marzo 1998, n. 3232, in *dejure*..

⁸² Cass. 20 gennaio 2015, n. 826 e Cass. 12 giugno 2018, n. 15328, entrambe in *Italggiure*.

risalto, dunque, il principio della riferibilità o vicinanza della prova, utile ad ovviare alla difficoltà per il curatore di fornire la prova di un fatto negativo (l'inesattezza della prestazione, per lo più)⁸³.

12.L'approccio all'“utilità concreta”.

L'alea connessa alle possibili "strumentalizzazioni" della procedura è congenita alla vicenda concordataria. Gravoso è pure il pericolo che l'art. 111, comma 2, l. fall. serva da incoraggiante pertugio per la precostituzione di titoli opponibili al fallimento anche nelle ipotesi in cui già *ex ante* la domanda non presenti profilo alcuno di meritevolezza, vieppiù ove si consideri che l'atto costitutivo dell'obbligazione è sottratto al controllo a monte degli organi procedurali.

La prededucibilità *de plano* dei compensi del professionista esibisce una certa fragilità, quanto meno in una prospettiva olistica, sol che si considerino le ripercussioni economiche sui creditori, privilegiati e non, che un'estensione incontrollata delle pretese prededotte può accendere: l'insidia è quella dell'assorbimento dell'attivo concorsuale e dell'antieconomicità della procedura.

L'esegesi dell'espressione "in funzione" è stata, pertanto, ispirata, nella giurisprudenza di merito, proprio dall'ambizione di scongiurare che un'interpretazione troppo larga ed elastica finisse per rimettere l'attribuzione della natura prededucibile del credito alla discrezionalità, se non all'arbitrio del debitore, tanto da dare adito ad una sequela di pretese monetarie preferenziali a scapito della massa dei creditori concorsuali⁸⁴.

⁸³ Si tratta del principio di “diritto vivente” in base al quale la distribuzione degli oneri probatori deve tenere conto, oltre che della partizione della fattispecie sostanziale tra fatti costitutivi e fatti estintivi o impeditivi del diritto, anche della effettiva disponibilità dei mezzi di prova, ossia della concreta possibilità di dimostrare il fondamento della propria pretesa, in quanto il diritto, di rango costituzionale (art. 24 Cost.), ad agire in giudizio a tutela delle proprie posizioni soggettive impone di non interpretare la legge in modo da renderne impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio.

⁸⁴ Trib. Udine 15 ottobre 2008; Trib. Terni 13 giugno 2011; Trib. Roma 2 aprile 2013, Trib. Rovigo, 14 maggio 2015, tutte su www.ilcaso.it.

La disciplina generale sulla prededuzione, in quanto comportante una vistosa dispensa dal principio della *par condicio creditorum*, solleva la necessità di sistema di un ragionevole temperamento⁸⁵. Perciò si è sostenuto con varietà di accenti, che il compenso professionale remunerativo dell'opera prestata in funzione di un concordato preventivo non ammesso (o risolto), meriti, in sede di accertamento del passivo nel successivo fallimento, il riconoscimento della prededuzione, di cui all'art. 111, comma 2, l.fall., solo se la prestazione sia stata utile in concreto per la massa dei creditori⁸⁶.

Il sindacato sulla "funzionalità" del credito è stato condotto sull'"utilità" del medesimo per la massa dei creditori, in termini di accrescimento dell'attivo o di salvaguardia dell'integrità del patrimonio⁸⁷. Il compenso per l'opera prestata viene condizionato e commisurato al risultato raggiunto nell'interesse del committente. Indispensabile in quest'ottica una verifica in concreto, *ex post*, della effettiva rilevanza del credito per le esigenze e finalità della procedura⁸⁸.

Si è sottolineata la sussistenza di un preciso onere del curatore – al fine di non ammettere il credito in prededuzione – di protestare l'incongruità e l'inopportunità delle scelte professionali, sino ad ipotizzare la responsabilità del professionista che abbia avallato con dolo o colpa tentativi concordatari velleitari rivelatisi controproducenti e deleteri per i creditori⁸⁹.

⁸⁵ Trib. Monza, 23 ottobre 2014, in *www.ilfallimentarista*, con nota di L. Jeantet e L. Martino, *Crediti del professionista sorti prima dell'inizio della procedura di concordato e beneficio della prededuzione nel fallimento susseguente*.

⁸⁶ Trib. Siracusa, 28 luglio 2014, in *Fallimento*, 2014, 1348, e Trib. Padova, 2 marzo 2015, in *Ilfallimentarista.it.*, secondo cui secondo cui l'esito negativo della procedura di concordato giustifica la decurtazione sino alla metà del compenso riconosciuto al professionista attestatore ai sensi dell'art. 27 del d.m. n. 140 del 2012.

⁸⁷ Trib. Bologna, 9 novembre 2016, con nota di L. Jeantet, *La questione della prededuzione del credito dell'avvocato maturato prima dell'ammissione al concordato*.

⁸⁸ Trib. Milano, 3 aprile 2014, in *Dir. Fall.*, 2015, 939. Nel medesimo senso v. App. Milano, 2 aprile 2015; Trib. Rovigo, 14 maggio 2015, entrambe in *www.ilcaso.it*.

⁸⁹ Trib. Roma, 23 febbraio 2015, in *Ilfallimentarista.it*.

Il professionista, dal canto suo, sarebbe tenuto a dar conto dell'inerenza del compenso a prestazioni che hanno realmente prodotto effetti conservativi o incrementativi del patrimonio del debitore, traducendosi in un miglioramento tangibile per i creditori.

Secondo l'ottica interpretativa maggioritaria è necessaria e sufficiente ai fini della prevedibilità l'apertura del procedimento concorsuale minore, restando irrilevanti le successive vicende⁹⁰. L'ammissione concorsuale cui afferisce il credito con aspirazioni prededuttive consente, difatti, di apprezzarne l'effettiva funzionalità alla procedura⁹¹, ossia di osservare la rispondenza di esso, oltre che all'interesse del debitore, anche a quello dei creditori concorsuali⁹². Lungi dal costituire effetto automatico dell'attività prestata, la prevedibilità presuppone allora il conseguimento di un beneficio pratico e "certificato" per la massa, comprovato dall'intervenuto decreto di ammissione al concordato; solo tale circostanza testimonia l'idoneità delle prestazioni a provocare una qualche utilità per la procedura, permettendo l'esame della proposta concordataria da parte del ceto creditorio e, successivamente, il suo scrutinio ad opera del Tribunale.

In tal modo, viene rimessa al decreto di apertura la "cernita" dei crediti prevedibili; in altri termini è il controllo giudiziale che culmina nel provvedimento d'apertura a rivestire di "funzionalità", per gli effetti dell'art. 111, comma 2, l.fall., i crediti del professionista.

Ora, è chiaro che l'obbligazione di quest'ultimo non è di risultato bensì di mezzi, non potendosi impegnare un legale o un consulente al conseguimento dell'obiettivo per cui prestano la propria attività, ma potendosi reclamare soltanto l'astratta idoneità delle prestazioni che la articolano a consentire al debitore di accedere al concordato.

È altresì indubbio che l'ammissione è evento estraneo alla sfera di controllo del professionista intellettuale, la cui obbligazione sottostà unicamente al canone della diligenza professionale *ex art. 1176 c.c.*, rispetto al cui paradigma l'"utilità

⁹⁰ Trib. Milano 20 agosto 2009, in *Fallimento*, 2009, 12, 1413.

⁹¹ Trib. Bari 17 maggio 2010; Trib. Terni 22 marzo 2012, in www.ilcaso.it.

⁹² Trib. Milano 26 maggio 2011, in *Fallimento*, 2011, 11, 1337.

concreta” è un mero *posterius*, neutro e non condizionante. Ciò nonostante, devono dirsi altrettanto vere due cose. Intanto, la natura di obbligazione di mezzi assume rilevanza soltanto nel recinto del rapporto professionista-cliente; inoltre, l’apertura del procedimento è la sola dimostrazione oggettivizzata del grado di diligenza spiegato dal professionista e, con esso, dell’intonazione dell’attività predispositiva del concordato alla somma degli interessi pubblicistici ad esso sottesi. Ancorchè l’obbligazione del legale che assiste il debitore sia riportabile entro l’archetipo dell’obbligazione di mezzi, essa non è scevra da doveri concentrici di informazione, avviso e – infine – protezione del cliente, integrativi dell’obbligo primario di prestazione e ancorati al principio di buona fede; l’ammissione vale a suggellarne il rispetto.

Entro la costruzione interpretativa in esame, taluni uffici giudiziari si sono spinti a ritenere indispensabile, ai fini della funzionalità del credito, addirittura l’omologazione del concordato⁹³, ritenendosi – specularmente – che il cattivo risultato della non omologazione fosse prova dell’inutilità delle prestazioni cui il credito ineriva⁹⁴. L’opzione ermeneutica restrittiva accolta, secondo molteplici sfaccettature, dalla giurisprudenza di merito ha trovato contingente sponda – invero subitaneamente travolta – nell’art. 182-*quater* l.fall. (introdotto dalla l. n. 120 del 2010 e abrogato dal d.l. n. 83 del 2012, conv. in l. n. 134 del 2012): l’introduzione di detta norma è parsa mirata a limitare il raggio applicativo dell’art. 111 l.fall., da un lato, escludendo il beneficio della prededuzione nel fallimento per il complesso dei crediti sorti in funzione di procedure concorsuali minori diversi da quelli espressamente indicati nel richiamato art. 182-*quater* l.fall.; dall’altro, sancendo la necessità del vaglio del Tribunale sulla funzionalità in virtù del provvedimento di ammissione⁹⁵.

⁹³ Trib. Roma 2 aprile 2013, in www.ilcaso.it.

⁹⁴ Trib. Vicenza 28 maggio 2010, in www.ilcaso.it

⁹⁵ Trib. Milano 26 maggio 2011, cit.; Trib. Terni 13 giugno 2011, cit.; Trib. Padova 11 febbraio 2013, in www.ilcaso.it.

13.Le prededuzioni “codificate”: prospettive e implicazioni del d.lgs. n. 14 del 2019.

La legge recante "*Delega al Governo per la riforma organica delle discipline della crisi di impresa e dell'insolvenza*" (l. 19 ottobre 2017, n. 155), elaborata dalla "Commissione Rordorf", contemplava tra i propri criteri direttivi quello teso a "*ridurre la durata ed i costi delle procedure concorsuali, anche attraverso misure di responsabilizzazione degli organi di gestione e di contenimento delle ipotesi di prededuzione, ivi comprese quelle riguardanti i 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*". Proprio a una commendevole finalità contenitiva dei denari drenati dalle prededuzioni punta, nel solco della legge delega, il Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza (d.lgs. 12 gennaio 2019, n. 14), che razionalizza la disciplina in materia, delineando alcuni limiti alla misura del soddisfacimento dei crediti di privilegio più elevato.

Il baricentro delle nuove disposizioni (che entreranno in vigore dal 15 agosto 2020 e non si applicheranno alle procedure già pendenti *ex artt.* 389 e 391 CCII) è l'art. 6, quale norma "generale" in tema, non accidentalmente collocata in un'autonoma Sezione del Capo II sui "Principi generali", occupata unicamente da essa e battezzata "Economicità delle procedure".

La norma cardine dell'art. 6, ancorchè in apparenza incline ad ampliare il recinto della prededucibilità (dacchè il suo *incipit* prevede che "*Oltre ai crediti così espressamente qualificati dalla legge, sono prededucibili...*"), s'incarica in realtà di rimpicciolirlo, tanto qualitativamente, che quantitativamente.

Sotto il primo aspetto, il precetto di nuovo conio, da una parte, mutua la lettera attuale dell'art. 111 l.fall. che lega la prededucibilità ad una espressa qualificazione normativa, dall'altra, abdica al sintagma generico "*crediti sorti in occasione o in funzione delle procedure concorsuali*" per sciorinare, piuttosto, una dettagliata e tassativa elencazione delle

prededuzioni⁹⁶. La prededuzione funzionale *tout court* e "non meglio identificata", con ogni evidenza, viene rimossa dal sistema.

Sotto l'aspetto quantitativo, la maggiore novità risiede nella limitazione della prededucibilità dei crediti dei professionisti alla percentuale del 75% del credito accertato e sotto condizione del buon esito della procedura di risanamento attestata (dall'omologazione dell'accordo di ristrutturazione o) dall'apertura del concordato. Lo spostamento dell'asticella della "funzionalità" al momento dell'ammissione alla procedura concordataria è eloquente.

Quest'opzione normativa non potrà che segnare un mutamento di rotta rispetto agli approdi consolidati della più recente giurisprudenza di legittimità in punto di prededucibilità

⁹⁶ Sono crediti acclusi nel novero delle prededuzioni *ex art. 6*: (i) quelli per le prestazioni professionali dei componenti degli OCRI, cioè i futuri Organismi di composizione della crisi (artt. 16 e segg. c.c.i.i.) e degli OCC (artt. 65 e segg. c.c.i.i.); (ii) quelli dei professionisti, sorti in funzione della domanda di omologazione degli accordi di ristrutturazione dei debiti, della presentazione della domanda di concordato nonché del deposito della relativa proposta e del piano ovvero per la richiesta delle misure protettive; e (iii) tutti quelli legalmente sorti durante le procedure per la gestione del patrimonio del debitore, la continuazione dell'esercizio dell'impresa, il compenso degli organi preposti e le prestazioni professionali richieste dagli organi medesimi. L'alveo della prededucibilità è, peraltro, completato da ulteriori disposizioni che – in coerenza con la prima parte dell'art. 6 – qualificano tali anche altre categorie di crediti, e cioè: (iv) quelli "di terzi sorti per effetto degli atti legalmente compiuti dal debitore dal deposito della domanda di accesso al concordato" (art. 46, 4° comma, c.c.i.i., attuale art. 161, 7° comma, l.fall.; art. 97, 11° comma, c.c.i.i., attuale art. 169 *bis*, 2° comma, l.fall.); (v) quelli derivanti da finanziamenti in qualunque forma contratti prima dell'omologazione del concordato o di un accordo di ristrutturazione (art. 99 c.c.i.i. e attuale art. 182-*quinquies* l.fall.); (vi) quelli derivanti da finanziamenti effettuati in esecuzione di un concordato o di un accordo (art. 101 c.c.i.i. e art. 182-*quater* l.fall.); (vii) i finanziamenti concessi da soci o da terzi divenuti soci in esecuzione del concordato (art. 102 c.c.i.i., oggi art. 182-*quater* l.fall.); (viii) quello del mandatario verso il mandante ammesso a liquidazione giudiziale (art. 183, 3° comma, c.c.i.i., attuale art. 78, 3° comma, l.fall.); (ix) quello dell'assicuratore per i premi scaduti dopo l'apertura della liquidazione giudiziale (art. 187, 2° comma, c.c.i.i.); (x) quello al controvalore del bene di cui il curatore abbia perso il possesso *ex art. 210* c.c.i.i. (oggi art. 103 l.fall.); (xi) i crediti sorti nel corso dell'esercizio dell'impresa autorizzato dal tribunale durante la liquidazione giudiziale (art. 211, 8° comma, c.c.i.i., oggi art. 104, 8° comma, l.fall.); (xii) l'indennizzo spettante al conduttore dell'azienda affittata in conseguenza del recesso da parte del curatore *ex art. 212* c.c.i.i. (oggi art. 104-*bis* l.fall.); infine, (xiii) tutti quelli sorti fino al momento del passaggio in giudicato della sentenza che revoca la liquidazione giudiziale (art. 53 c.c.i.i.).

incentrata sul parametro della funzionalità astratta delle prestazioni professionali. La generale soppressione della prededuzione per i crediti "in funzione" induce a ritenere che le due ipotesi enunciate dall'art. 6 del CCII siano, infatti, tassative ed insuscettibili di applicazione estensiva o analogica ad altre fattispecie non espressamente previste.

D'altronde, la norma evocata tesse una trama a maglia fine che restringe entro ipotesi certe e nette le prededuzioni dei crediti sorti prima dell'apertura delle procedure concorsuali. La tendenza a limitare l'arco delle prededuzioni *ante* procedura si ritrova nelle disposizioni successive del nuovo *corpus* normativo. Due su tutte: l'art. 99 del CCII che non prevede più la prededuzione per i finanziamenti sorti in funzione del deposito della domanda di cui all'art. 182-*quater*, comma 2, l.fall.; l'art. 172 del CCII, in tema di liquidazione giudiziale, ove al comma 3 si dispone ora che "*In caso di prosecuzione del contratto, sono prededucibili soltanto i crediti maturati nel corso della procedura*".