

## Prededuzione del credito del professionista sorto ante fallimento: nuovo arresto della Cassazione (27 aprile)

L'[art. 111, comma 2, l.fall.](#), nello stabilire che sono considerati prededucibili i crediti sorti “in funzione” di una procedura concorsuale, presuppone che una tale procedura sia stata aperta, e non la semplice presentazione di una domanda di concordato, che dà luogo unicamente ad un procedimento di verifica volto al mero accertamento dell'ammissibilità della proposta. Il credito del professionista che abbia svolto attività di assistenza e consulenza per la presentazione della domanda di concordato preventivo dichiarata inammissibile o rinunciata non è pertanto prededucibile nel fallimento, ancorché la sentenza dichiarativa si fondi sulla medesima situazione (di insolvenza) rappresentata nella domanda.

### I casi

Il caso deciso con [Cass. n. 639/2021](#) è quello di un professionista che chiedeva il riconoscimento della prededuzione ai sensi dell'[art. 111, comma 2, l.fall.](#) del credito sorto quale compenso professionale per la redazione e predisposizione della domanda di ammissione alla procedura di concordato preventivo della società poi fallita.

Il G.D. aveva ammesso il credito del professionista al privilegio [ex art. 2751 bis n. 2 c.c.](#) negando però la prededuzione sul rilievo che la proposta concordataria era stata dichiarata inammissibile [ex art. 162, comma 2, l.fall.](#) e che, pertanto, difettavano in radice i presupposti per il riconoscimento della prededuzione [ex art. 111 l.fall.](#), stante la mancanza di una procedura concorsuale rispetto alla quale valutare la funzionalità e/o l'occasionalità della prestazione.

Anche il secondo caso deciso da [Cass. con ord. n. 4710/2021](#) attiene al credito di un professionista sorto per effetto della consulenza nella predisposizione di un piano di concordato preventivo che viene però rinunciato prima dell'ammissione.

Il Tribunale, anche in questo caso, aveva ammesso il professionista al privilegio [ex art. 2751 bis n. 2 c.c.](#) rilevando che, sebbene non fosse controversa la riconducibilità dell'attività del professionista alla redazione del piano concordatario che il creditore legava alla valenza ricognitiva del ricorso [ex art. 161 l.fall.](#), tale valenza ricognitiva doveva considerarsi del tutto irrilevante, atteso che giammai gli organi della procedura concorsuale potevano trovare nella dichiarazione della società in bonis un elemento di vincolatività, ciò collidendo con lo stesso concetto di concorsualità; peraltro, la successiva rinuncia alla domanda aveva determinato la chiusura della procedura ancor prima della sua ammissione, escludendo la possibilità che al professionista venisse riconosciuta la prededucibilità del credito.

### La questione

I Giudici della Suprema Corte, rigettando entrambi i ricorsi, hanno motivato sul presupposto che, ai fini del riconoscimento della prededuzione [ex art. 111, comma 2, l.fall.](#), dei crediti sorti ante fallimento in funzione di una procedura concorsuale minore, è necessario che tale **procedura sia stata aperta**.

**La nozione di strumentalità/funzionalità della prestazione al successivo fallimento non può essere ampliata**, secondo il nuovo orientamento, fino a ricomprendervi tutte le attività

preparatorie che, se pur rese con la finalità di ottenere l'accesso ad una procedura di concordato, non siano di fatto servite al raggiungimento di tale obiettivo minimale e la cui utilità sia in sostanza circoscritta alla presentazione di una mera proposta dichiarata poi inammissibile o ritirata.

Al contrario, si rischierebbe di incentivare la presentazione di domande di concordato prive di concrete possibilità di accoglimento e di pregiudicare i creditori concorsuali ponendo a carico del fallimento costi superflui.

## Osservazioni

Il codice della Crisi e dell'insolvenza di cui al [D.lgs. 14/2019](#), nonostante l'incertezza circa la sua entrata in vigore, rinviata in virtù dell'[art. 5 D.L. 23/2020](#) (convertito in [L. 40/2020](#)) al 1° settembre 2021, esercita sempre di più sulla giurisprudenza il proprio magnetismo, attraendo verso le polarità di cui è espressione parte dei giudizi fondati sino a poco fa su differenti principi.

È circostanza nota, perché rappresentante una discussa (e forse discutibile) prerogativa della [legge delega n. 155/2017](#) (che l'ha inserita tra i “principi generali” all'art. 2 lett. l) quella dello sforzo di contenimento delle ipotesi di prededuzione “**con riguardo altresì ai compensi dei professionisti**” cui la riforma organica delle procedure concorsuali deve guardare.

Il Governo delegato ha meticolosamente applicato la volontà del legislatore delegante, collocando a propria volta tra i principi generali del [d.lgs. 14/2019](#) i requisiti della **riconoscibilità della prededuzione** con espressione restrittiva rispetto al passato (rectius: presente) per quanto riguarda quella dei professionisti.

Il CCI, all'art. 6 lett. c) e d), devia rispetto all'[art. 111 l. fall.](#), che prevede la prededuzione in ragione degli attributi della “**contestualità**” e della “**funzionalità**” alle procedure concorsuali, riconoscendola ai professionisti limitatamente a due procedure (gli accordi di ristrutturazione e il concordato preventivo) e sotto la condizione che, rispettivamente, siano pronunciati i provvedimenti di omologa della prima e dell'ammissione della seconda; inoltre il beneficio è ulteriormente ristretto al solo 75% del “credito accertato” (il che, senza vena polemica, porterà all'esclusione del riconoscimento della prededuzione – che in molti casi è l'unico beneficio a cui è legato il pagamento del compenso professionale – nei casi di elevato credito pozio, spingendo il debitore a stringere accordi con il professionista volti a riconoscergli simulatamente maggiori importi o pagamenti extra-contabili nella misura del 25%).

Lo stesso art. 6 CCI alla lettera d) (richiamato anche dall'art 46, comma 4, CCI che disciplina “gli effetti della domanda di accesso al concordato preventivo”) attribuisce la prededuzione (per intero) anche “**ai crediti di terzi sorti per effetto degli atti legalmente compiuti dal debitore**” (per la nozione di “atti legalmente compiuti” si vedano le sentenze “gemelle” di [Cass. 29 maggio 2019, n.14713](#) e n.[14733](#))

La **legge di nuovo conio**, dunque, è **portatrice di due principi opposti** che il correttivo, di cui al [D.lgs. 147/2020](#), non ha voluto risolvere e che, senza dubbio, darà luogo ad una proliferazione giurisprudenziale con il compito di conciliare... l'inconciliabile: sotto questo profilo, l'obiettivo di semplificare la materia al fine di ridurne i costi, è facile prevedere che non troverà applicazione, in quanto una parte dello sforzo degli organi delle procedure sarà

teso a contrastare i (a mio avviso, giusti) ricorsi alla magistratura per evidenziare il conflitto non componibile legato al fatto che è difficile capire perché al professionista debba essere negato ciò che è riconosciuto (ad es.) al fornitore.

Ma allora, se questo è l'orizzonte di facile previsione, risulta ancora meno comprensibile la **“fuga in avanti” di una parte della giurisprudenza**, che cerca di agguantare con anticipo gli obiettivi della riforma, posto che a detti traguardi sono indissolubilmente legati una serie di problemi che, se non verranno risolti medio tempore dal legislatore, non si vede ragione per cui debba anticiparsene l'emersione, sovvertendo principi consolidati.

Allo stato, la giurisprudenza è (era) attestata su **posizioni di confort favorite** dalla lettura dell'[art. 111 l.fall.](#), secondo cui solo la consapevolezza del carattere fraudolento e meramente dilatorio della richiesta di ammissione al concordato preventivo è idonea ad escludere ex ante e in concreto la natura funzionale dei crediti maturati dai professionisti e il riconoscimento della loro prededucibilità nel successivo fallimento (così da ultimo [Cass.13596/2020](#)).

Il **requisito della “funzionalità”** è ravvisabile quando le prestazioni compiute dal terzo, per il momento e il modo con cui sono state assunte in un rapporto obbligatorio con il debitore, confluiscono nel disegno di risanamento da quest'ultimo predisposto in modo da rientrare in una complessiva causa economico-organizzativa almeno preparatoria di una procedura concorsuale, a meno che non ne risulti dimostrato il carattere sovrabbondante o superfluo rispetto all'iniziativa assunta ([Cass. 12964/2018](#)).

La **giurisprudenza di Cassazione** ha quindi ormai da tempo intrapreso un percorso evolutivo volto ad affrancare la categoria dei crediti prededucibili in ragione del loro carattere funzionale dal presupposto di un controllo giudiziale sulla loro utilità (così [Cass. 12964/2018](#)).

“La valutazione del rapporto funzionalità/strumentalità tra prestazione e procedura deve essere compiuta controllando se l'attività professionale prestata potesse essere ricondotta nell'alveo della procedura concorsuale minore e delle finalità dalla stessa perseguite secondo un giudizio ex ante”. (così Cass. 127538/2019).

Gli argomenti introdotti, invece, dalla recente giurisprudenza ora in commento, sono frutto di un revirement inspiegabile alla luce della normativa corrente e fanno leva sulla natura meramente prenotativa della domanda ex [art. 161, comma 6, l. fall.](#) sottoposta alla “verifica” delle condizioni di ammissibilità ex [art. 163 l.f.](#), che retrodatano gli effetti al momento della domanda, minando così alle fondamenta la strumentalità al concordato ove questo non venga neppure ammesso ([Cass. 639/2021](#) riflette sul fatto che il tribunale, all'esito della complessa attività di verifica delle condizioni, dichiara inammissibile la proposta e non già il concordato rispetto alla cui assenza dunque non esisterebbe funzionalità).

La giurisprudenza in commento pare raccogliere, stirandole, le conseguenze derivanti dalla nozione stessa di prededucazione che [Cass. 11 giugno 2019, n. 15724](#) ha dato, definendola come una semplice “precedenza processuale”, cosicché il beneficio che ne deriva non attiene al diritto del titolare del credito, ma unicamente al sorgere della procedura da cui trae la fonte che lo giustifica.

Pur con questa spiegazione di carattere processuale, che sottrae al portatore del credito buona parte delle fondamenta su cui poggia il riconoscimento del diritto che viene slegato dal proprio operato per ricondurlo a fattori esogeni, quali appunto l'apertura della procedura, la scelta di campo di una parte della giurisprudenza di legittimità che sostiene tale indirizzo non convince, in quanto nel contesto attuale (più ancora che in quello futuro) esistono steccati contro i quali la tesi proposta rischia di infrangersi.

In primo luogo, **nel prossimo CCI**, così come nel nuovo orientamento giurisprudenziale, emerge un solco incolmabile tra i crediti “legalmente sorti” ai quali anche ora l'[art. 161, comma 7, 1.fall.](#) riconosce la prededuzione (piena) indipendentemente dall'ammissione ex [art. 163 1.fall.](#) e il credito, ad esempio, dell'attestatore che deriva tipicamente da un'attività indispensabile all'ammissione del concordato senza il quale è spenta perfino la speranza dell'ammissione alla procedura (circostanza che rende ancora meno comprensibile la ragione per la quale il CCI riconosce la prededuzione solo nella misura del 75% condizionatamente all'ammissione del concordato).

Né è auspicabile che l'attestatore, sulla base dell'orientamento attuale, sviluppi una sorta di conflitto d'interessi volto a favorire l'ammissione del concordato venendo meno a quel rigore che la sua indipendenza vorrebbe assicurare e che può provocare proprio l'inammissibilità della proposta (ad esempio per l'accertamento del mancato raggiungimento della quota del 20% del soddisfacimento di un concordato liquidatorio).

**L'indirizzo di nuova elaborazione che si aggancia alla nuova normativa**, non concilia, peraltro, neppure il trattamento riservato al professionista soddisfatto prima del deposito della domanda di concordato (che gode dell'esenzione da revocatoria ex art. 67 co. 3 lett. g) con quello destinato al professionista che dovesse accettare di rinviare il proprio soddisfacimento all'esito della procedura, rischiando ora il rifiuto della prededuzione in caso di inammissibilità ex [art. 162, comma 2, 1.fall.](#) o di rinuncia della domanda.

Occorre altresì aggiungere che *la ratio* dell'[art. 111, comma 2, 1.fall.](#), che consentiva il riconoscimento quasi automatico della prededuzione al credito del professionista indipendentemente dall'ammissione del concordato (riconosciuta “*de plano*” da [Cass. 11 giugno 2016, n. 23108](#)), era unanimemente individuata nell'intento di favorire il ricorso al concordato preventivo, nel quadro della riforma di tale procedura, diretta a predisporre un possibile strumento di composizione della crisi idoneo a favorire la conservazione dei valori aziendali ([Cass. 27538/19](#)), circostanza che svuota la considerazione, fatta da [Cass. 639/2021](#), secondo cui **in difetto di ammissione il professionista avrebbe lavorato solo per l'interesse del debitore e non dei creditori**.

Sembra allora singolare, dunque (e non giova certamente alla certezza del diritto) che solo ora ci si accorga che l'[art. 162, comma 2, 1.fall.](#) faccia venire meno ab origine la domanda di concordato trascinando con sé ogni sforzo compiuto per cercare di promuovere una valida procedura di concordato.

Poiché, dunque, nonostante l'**apparente compattezza mostrata sino alla fine del 2020 dalla Cassazione** (confermata ancora da [Cass. 28 gennaio 2021, n. 1961](#)), la giurisprudenza di merito ha invece frequentemente vacillato ([Trib. Rimini, 7 maggio 2015](#); App. Ancona, 15 aprile 2015; Trib. Siracusa, 28 luglio 2014; [Trib. Milano, 5 febbraio 2014](#)) alimentando ancora un relevantissimo contenzioso sul punto, il recente arresto della Cassazione, ha

provocato almeno il ricorso (pubblicato il 9 febbraio 2021) del Procuratore generale presso la Cassazione di **rimettere alle Sezioni Unite la soluzione del quesito se debba prevalere l'orientamento stratificato o quello di nuovo conio**, affidando al massimo organo nomofilattico il compito di porre fine al pendolo interpretativo a cui i tribunali di mezz'Italia davano luogo: almeno fino all'arrivo del CCI, dopo di che le ragioni del conflitto saranno ancora più spigolose, in quanto scritte nelle pagine della legge ed allora in ambito giudiziario si riaprirà il terreno del confronto.