

## I CREDITI PREDEDUCIBILI NEL CONCORDATO PREVENTIVO

di NICOLA COSENTINO

### 1. Introduzione

Il tema può essere svolto su due piani diversi: quello della prededuzione all'interno della procedura di concordato preventivo e quello della prededuzione nel fallimento consecutivo a concordato preventivo.

Con riguardo al primo piano individuato, piuttosto vicino al tema del trattamento dei crediti nel concordato, si deve considerare che tutti i crediti sorti successivamente all'inizio della procedura, stante la cristallizzazione del passivo scaturente dall'applicazione degli artt. 55 e ss, richiamati dall'art. 169 l.f., godono della prededuzione c.d. di fatto in quanto sottratti al concorso dei crediti anteriori, senza che sia necessario qualificarli alla stregua di specifiche previsioni normative (FILOCAMO, La prededucibilità dei crediti nel concordato preventivo e negli accordi di ristrutturazione dei debiti, in *Fallimento*, 2013, 1152). La configurabilità, poi, di una "prededuzione volontaria", realizzata attraverso la costruzione di classi di creditori destinatari di un pagamento integrale, appare risultato conseguibile non tanto scomodando la categoria della prededuzione quanto piuttosto e semplicemente avvalendosi dello spazio di autonomia privata dell'impresa proponente, ristretto peraltro dalla necessità di rispettare l'ordine delle cause legittime di prelazione nonché il divieto, salva l'espressa autorizzazione ex art. 182 quinquies l.f., di pagamento dei creditori anteriori (sul tema, qui solo accennato, v. ancora FILOCAMO, op. cit., 1154 e ss.).

Nonostante l'esistenza di una certa tendenza ad affrancare la nozione di credito prededucibili dal suo sostrato processuale fino a configurare una vera e propria qualità del credito dotata di valore sostanziale, l'interesse per la prededuzione "endoconcordataria" è stato in fondo limitato, mentre il terreno di discussione si è portato tutto nell'area del fallimento consecutivo al concordato per la constatazione che la contrattazione con l'imprenditore concordatario è fortemente condizionata dalla certezza di vedere riconosciuto un pagamento integrale del proprio credito anche nell'ipotesi di successivo fallimento.

Tanto forte è la volontà del legislatore di premiare i terzi che intendono contrarre obbligazioni nonostante la condizione di crisi dell'imprenditore, da avere apprestato la previsione, di profonda valenza sistematica, dell'esenzione da revocatoria dei pagamenti dei crediti sorti per effetto degli atti legalmente compiuti dal debitore dopo il deposito del ricorso di cui all'art. 161 l.f. (art. 67, 3° comma, lett. e), l.f.) e dei pagamenti di

debiti liquidi ed esigibili eseguiti alla scadenza per ottenere la prestazione di servizi strumentali all'accesso alle procedure concorsuali e di concordato preventivo (art. 67, 3° comma, lett. g), l.f.).

Nella stessa ottica devono poi iscriversi le norme che assicurano la prededucibilità dei crediti di restituzione dei finanziamenti erogati in esecuzione del concordato ovvero in funzione della presentazione della domanda di concordato (art. 182 quater, 1°, 2° e 3° comma, l.f.).

Il riconoscimento della prededuzione è, pertanto, uno degli strumenti di maggiore efficacia attraverso il quale il legislatore incentiva l'accesso alla procedura concordataria.

## 2) La prededuzione nella disciplina previgente

Al fine di mettere a fuoco la nozione attuale e la sua portata applicativa, essenziale è prendere le mosse dalla nozione di prededuzione elaborata dalla giurisprudenza e dalla dottrina nel vigore della vecchia legge fallimentare, nella quale mancava un'esplicita definizione normativa (limitandosi il previgente art. 111 l.f. a riconoscere la prededuzione alle spese e ai debiti per l'amministrazione del fallimento e l'eventuale esercizio provvisorio), per confrontarla con la nozione oggi fornitaci dal nuovo testo dell'art. 111 l.f.. Da tale confronto si comprende immediatamente come il legislatore del 2006 abbia attinto alle predette elaborazioni e come l'attuale dibattito sulla definizione dei contorni della prededuzione risenta anch'esso dei "retaggi" delle stesse elaborazioni.

Limitando il discorso agli approdi finali della discussione sviluppatasi sul tema, il ricorso ai criteri cronologico, soggettivo e funzionale, distintamente considerati, si rivelava insufficiente, non riuscendo a coprire l'intera gamma dei crediti che si volevano attrarre all'orbita della prededuzione. Si proponeva pertanto di combinare il criterio cronologico e quello funzionale, definendosi i debiti della massa come quelli "nati in occasione e in funzione del procedimento fallimentare ad opera degli organi ad essa preposti e quelli che, pur se non contratti direttamente dal curatore, risultino, comunque, caratterizzati da un particolare nesso genetico e funzionale rispetto all'amministrazione del patrimonio del fallito e, più in generale, alla finalità della procedura" (BOZZA, SCHIAVON, L'accertamento dei crediti nel fallimento e le cause di prelazione, Milano, 1992, 469).

La complessità della definizione rivela l'intento di escludere dalla prededuzione quei crediti sorti al di fuori di ogni vaglio degli organi della procedura e per finalità ad essa estranee.

L'applicazione di tale criterio composito si misurava, poi, con la questione della prededucibilità di crediti sorti dall'eventuale prosecuzione dell'attività d'impresa in pendenza di una procedura di concordato

preventivo cui fosse seguito il fallimento (laddove il consenso circa la prededucibilità dei crediti sorti in costanza di amministrazione controllata – quando vi fosse seguito il fallimento – era pressoché totale: v. spec. Corte cost., sentenza, 27.1.1995, n. 32). Un primo orientamento, negava la prededucibilità in relazione al fatto che il concordato preventivo assolveva ad una funzione essenzialmente liquidatoria, non ravvisandosi pertanto un'utilità della continuazione dell'attività gestoria per l'interesse dei creditori (v. Cass., sez. I, 14.7.1997, n. 6352 secondo la quale “i crediti nascenti da obbligazioni contratte nel corso della procedura di concordato preventivo, in caso di successivo fallimento, non possono essere soddisfatti “in prededuazione” stante la funzione meramente liquidatoria del concordato, rispetto alla quale è estranea, in quanto meramente eventuale, la continuazione dell'esercizio dell'impresa da parte del debitore”. Conforme, ancora, la recente Cass., sez. I, 14.2.2011, n. 3581). Successivamente, un coerente temperamento riconosceva la prededuazione laddove la prosecuzione dell'attività fosse prevista nella proposta di concordato sì da essere sottoposta la vaglio del tribunale in sede di ammissione e di omologa nonché alla votazione dei creditori (Cass., sez. I, 12.3.1999, n. 2192, secondo cui “in tema di concordato preventivo, qualora la gestione dell'impresa assurga a dimensione di modalità essenziale della singola procedura concordataria (siccome diretta ad una più proficua liquidazione patrimoniale a favore dei creditori concorrenti), in quanto risulti parte della proposta di concordato, sia oggetto dell'ammissione da parte del tribunale e dell'approvazione da parte dei creditori, e formi altresì oggetto dell'omologazione finale, si rende applicabile, in caso di successivo fallimento, la norma di cui all'art. 111, primo comma n. 1, l.fall., dovendosi, per l'effetto, considerare le spese della gestione dell'impresa come spese della procedura”).

#### 1. L'attuale definizione normativa dei crediti prededucibili.

Dunque, l'art. 111 individua oggi i crediti prededucibili in quelli qualificati tali da espresse previsioni di legge (fattispecie tipiche di limitata problematicità) nonché in quelli sorti in occasione ovvero sorti in funzione di procedure concorsuali.

Lasciata da parte la categoria dei crediti espressamente qualificati dalla legge, va subito chiarito il significato disgiuntivo della “o” (Cass., sez. I, 14.3.2014, n. 6031; 5.3.2014, n. 5098): ci troviamo di fronte a due distinte categorie di crediti prededucibili (quelli “occasional” e quelli “funzionali”) che rispecchiano il portato del pregresso sforzo interpretativo e, in particolare, da un lato, un criterio cronologico (per i crediti sorti dopo l'apertura della procedura concorsuale) e, dall'altro, un criterio teleologico (per i crediti, pur sorti prima dell'inizio della procedura, che tuttavia risultano strumentali ad essa e, quindi, all'interesse della massa dei creditori).

L'attualità della nozione di consecuzione di procedure è confermata dalla giurisprudenza di legittimità, nonostante il mutato quadro normativo e

sistematico che pone quale presupposto della procedura concordataria lo stato di crisi (nozione più ampia di quella di stato di insolvenza di cui all'art. 5 l.f.) ed esclude - com'è noto - automatismi ufficiosi della dichiarazione di fallimento nell'ipotesi di arresto della procedura stessa. Requisito essenziale per il riconoscimento della prededuzione nel successivo fallimento è da ricercarsi pertanto, ancora oggi, nella consecutività delle due procedure, ovvero nell'essere le stesse conseguenza della medesima insolvenza dell'impresa, essendovi due indici normativi precisi che depongono in tal senso: l'art. 111 l.f. con il suo riferimento ai crediti sorti in occasione o in funzione di procedure concorsuali e l'art. 69 bis l.f., con l'espressa previsione della retrodatazione del periodo sospetto al fine dell'esperimento dell'azione revocatoria (Cass., sez. I, 6.8.2010 n. 18437, in *Fallimento*, 2011, 30, con nota di BOSTICCO, *E' ancora attuale la consecuzione dei procedimenti nella nuova legge fallimentare? La Cassazione conferma il principio della consecuzione tra concordato preventivo e fallimento*), sia pure in presenza di una frattura temporale - che, comunque, non deve essere eccessiva - tra la chiusura della procedura minore e la dichiarazione di fallimento (v. Cass., sez. I, 16.4.2003, n. 6019).

### 3. Il collegamento occasionale

Per i crediti sorti "in occasione" (ovvero in collegamento c.d. occasionale), rileva in primo luogo il dato cronologico che vede il fatto costitutivo dell'obbligazione perfezionarsi successivamente all'inizio della procedura. Ai fini della verifica del collegamento occasionale, in particolare, la data di inizio della procedura concordataria viene individuata nella data di iscrizione sul registro delle imprese del deposito del ricorso di cui all'art. 161 l.f. (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. 23.12.2013, n. 145 e del d.l. 24.6.2014, n. 91), in *Giur. It.*, 2014, 1654). E' forse, tuttavia, opportuno precisare che la pubblicazione del deposito del ricorso rileva ai fini dell'opponibilità ai terzi, mentre gli effetti di cui all'art. 169 l.f. si producono immediatamente al momento del deposito del ricorso.

In secondo luogo, come precisa la giurisprudenza di legittimità (Cass., sez. I, 24.1.2014, n. 1513), si richiede la riferibilità dell'obbligazione agli organi della procedura e, dunque, l'assoggettamento al un vaglio degli stessi, come si vedrà meglio in seguito.

Guardando, in prima battuta, ai crediti sorti in occasione della procedura fallimentare, vi sono inclusi, oltre alle spese di procedura, i crediti sorti da negozi stipulati dal curatore (ad esempio i compensi dovuti a professionisti, legali etc. incaricati dalla procedura), i crediti sorti nel corso dell'esercizio provvisorio, i crediti risarcitori derivanti da condotte colpose degli organi della procedura ovvero dall'occupazione, anche incolpevole, di immobili di terzi, i crediti relativi a tributi i cui

presupposti siano maturati durante la procedura, le spese legali liquidate in favore di terzi risultati vittoriosi in giudizi cui abbia partecipato il fallimento. La circostanza che l'atto o fatto generatore dell'obbligazione sia posto in essere da organi della procedura ovvero sotto la loro vigilanza, giustifica il riconoscimento della prededuzione sulla base di una valutazione ex ante e presuntiva di rispondenza dell'obbligazione all'interesse della massa, rispetto alla quale appare ininfluenza il conseguimento o meno di un risultato utile per la massa dei creditori (CALO', VIRGINTINO, in CAIAFA, *Le procedure concorsuali*, Padova, 2011, 1034). In tal senso, si precisa che il collegamento occasionale è del tutto autonomo dal collegamento funzionale, tanto da reputarsi scorretta la ricerca di una concreta funzionalità agli interessi della procedura di obbligazioni sorte in occasione della procedura (ciò deriva direttamente dal carattere di alternatività proprio dei due criteri: SPADARO, *La prededucibilità dei crediti professionali sorti in funzione di una procedura minore nel fallimento consecutivo: tra adeguatezza funzionale e utilità per i creditori*, nota a Cass., sez. I, 13.12.2013, n. 27926, in *Fallimento*, 2014, 542). Così come, dall'esemplificazione appena riportata, appare chiaro che la volontarietà dell'assunzione dell'obbligazione da parte degli organi della procedura non è un requisito del riconoscimento della prededuzione. Accertato il presupposto indefettibile della consecutività del fallimento al concordato, occorre chiedersi se il riconoscimento della prededuzione a tutti i crediti sorti in epoca successiva all'inizio della prima procedura operi indiscriminatamente ovvero esista un criterio di selezione.

Appare subito evidente che il credito deve essere sorto nel rispetto delle regole che governano la procedura concorsuale in essere, richiedendosi la corretta individuazione del regime applicabile a ciascun atto-fonte dell'obbligazione e dovendosi pertanto distinguere tra atti di straordinaria amministrazione e atti di ordinaria amministrazione compiuti dall'imprenditore in concordato. Indice sicuro di ciò è l'art. 161, 7° comma, l.f., il quale, con riferimento specifico al periodo corrente tra il deposito del ricorso e l'emissione del decreto di ammissione, dopo aver attribuito al tribunale il potere di autorizzazione degli atti urgenti di straordinaria amministrazione, stabilisce che i crediti dei terzi eventualmente sorti per effetto degli atti legalmente compiuti dal debitore sono prededucibili ai sensi dell'art. 111 l.f., affermando così un principio generale già ricavabile da quest'ultima norma.

Eppure, l'essere il credito sorto da atti legalmente posti in essere dall'imprenditore concordatario sotto la vigilanza del commissario giudiziale, se non previa autorizzazione giudiziaria, non implica necessariamente la sua concreta utilità per la massa dei creditori, atteso che l'atto potrebbe infine risolversi in un pregiudizio per la massa.

Qualora si tratti di atti di straordinaria amministrazione, la necessità di un'autorizzazione giudiziale preventiva assicura maggiormente circa la rispondenza agli interessi della massa dell'atto e delle sue conseguenze

giuridiche. Ma si tratta di una rispondenza valutata ex ante che potrebbe poi in concreto, per le più diverse ragioni, mancare, risolvendosi l'atto generatore della spesa in un pregiudizio economico per la massa. In presenza di atti di ordinaria amministrazione, al contrario, si registra l'assenza anche di siffatto vaglio preventivo, in quanto la generica funzione di vigilanza esercitata dal commissario giudiziale difficilmente è in grado di prevenire il compimento di atti di gestione ordinaria, potendo al più monitorare la gestione e rilevare anomalie ex post, quando l'atto è già compiuto ed è produttivo di tutti i suoi effetti. In definitiva, la nascita di crediti prededucibili derivanti dalla gestione corrente dell'impresa deriva direttamente da atti e decisioni esclusivi dell'imprenditore. Ciò costituisce la premessa per ricorrenti fenomeni di erosione delle limitate risorse disponibili in pregiudizio del ceto creditorio concorsuale e a favore dei creditori prededucibili, sottratti al concorso.

Proprio per limitare tali fenomeni, dannosi per la stessa "accettazione sociale" dello strumento concordatario visto come occasione di non efficiente allocazione delle limitate risorse disponibili, il legislatore era intervenuto con la disposizione dell'art. 11, 3° comma quater, d.l. 23.12.2013, n. 145, conv. con modif. in l. 21.2.2014, n. 9, di interpretazione autentica dell'art. 111 l.f., la quale escludeva la prededucibilità dei crediti sorti in corso di procedura concordataria nell'ipotesi in cui il piano e la proposta, con la necessaria documentazione, non fossero presentati entro il termine stabilito dal tribunale.

Tale previsione, di carattere probabilmente innovativo piuttosto che interpretativo (PANZANI, *Prima interpretazione delle nuove disposizioni sulla prededucibilità dei crediti con riguardo alla disciplina dei finanziamenti*, 25.3.2014, in *ilfallimentarista*), avrebbe tuttavia penalizzato soprattutto i terzi che avessero fatto affidamento sulla procedura concordataria contraendo con l'imprenditore e confidando nella prededucazione, negata invece sulla base di un esito della procedura non prevedibile dai soggetti estranei all'amministrazione dell'impresa.

Lo stesso legislatore ha pertanto fatto rapidamente retromarcia abrogando la norma in questione con l'art. 22, 7° comma, d.l. 24.6.2014, n. 91, conv. con modif. nella l. 11.8.2014, n. 116 e mostrando chiaramente di non voler rinunciare ad una tutela efficace dei terzi creditori dell'imprenditore anche a costo di aumentare il rischio di aggravamento del dissesto.

Il concetto di riferibilità agli organi della procedura, nella duplice accezione di assoggettamento ai controlli degli organi della procedura e di sua conformità al regime normativo vigente per quel tipo di atto, non costituisce dunque un argine apprezzabile a tale rischio, anche alla luce dell'incertezza che talora caratterizza la linea di demarcazione tra ordinaria e straordinaria amministrazione (si veda, ad esempio, la

problematica del compenso spettante all'avvocato incaricato dalla proponente per curare propri contenziosi, attivi o passivi: la soluzione dovrebbe basarsi su una valutazione caso per caso, tenendo conto di i) pertinenza dell'incarico allo scopo di risanare/conservare l'impresa; ii) criterio della proporzionalità tra la spesa conseguente e la posta attiva o passiva oggetto di controversia; iii) estraneità degli incarichi funzionali alle esigenze personali e dilatorie dell'imprenditore, come stabilito da Cass., sez. I, 8.11.2006, n. 23796 in tema di fallimento succeduto ad amministrazione controllata).

#### 4. Il collegamento funzionale

I crediti "in funzione" (o in collegamento funzionale) sono quelli nascenti da attività, anche di soggetti terzi rispetto alla procedura ed anche svolte anteriormente all'inizio della procedura concorsuale, destinate ad avvantaggiare il ceto creditorio. La nozione normativa consente di includervi, dunque, i crediti sorti prima dell'inizio di procedure concorsuali "minori", al fine della loro, come si vedrà, preparazione e instaurazione. In tale ambito si collocano, infatti, le 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.

Deve subito sgombrarsi il campo dalla tentazione di circoscrivere solo ad alcune figure professionali il diritto alla prededuzione. L'abrogazione del quarto comma dell'art. 182 quater l.f., norma che prevedeva espressamente la prededucibilità del credito relativo al corrispettivo dovuto al professionista attestatore subordinandolo, peraltro, ad un'espressa previsione nel decreto di ammissione del tribunale, ad opera della l. 7.8.2012, n. 134, di conversione con modifiche del d.l. 22.6.2012, n. 83, deve essere correttamente intesa nel senso dell'allargamento del campo della prededuzione con la generalizzazione delle regole di cui all'art. 111 l.f. in favore di tutti i professionisti la cui opera sia direttamente strumentale alla procedura concordataria (conforme, Trib. Rovigo, 12.12.2013, in senso contrario Corte app. Genova, 9.1.2014, entrambe in *Fallimento*, 2014, 921, con nota di COCITO, La prededuzione dei crediti sorti nel concordato preventivo: limiti e criteri per il riconoscimento di un trattamento preferenziale ai professionisti).

L'interpretazione del criterio di collegamento funzionale deve partire dal dato testuale che identifica una natura teleologica del criterio stesso, per confrontarsi con la questione se il fine ultimo dell'obbligazione di cui si discute sia quello, semplicemente, dell'accesso alla procedura concorsuale o se invece detto fine debba essere ricercato, in chiave sistematica, direttamente nel vantaggio economico del ceto creditorio. E' questo il nodo interpretativo sul quale si sono impegnati i più recenti arresti della giurisprudenza di legittimità.

La Corte di cassazione ha assunto un iniziale orientamento restrittivo richiedendo per il riconoscimento della prededucibilità dei crediti funzionali, oltre al nesso strumentale con la procedura concorsuale in preparazione, la verifica dell'ulteriore profilo della rispondenza dell'atto/fatto genetico agli interessi dei creditori. In particolare, secondo Cass., sez. I, 13.12.2013, n. 27926, "il necessario collegamento occasionale o funzionale con la procedura concorsuale, ora menzionato dalla l. fall., art. 111, va inteso non soltanto con riferimento al nesso tra l'insorgere del credito e gli scopi della procedura, ma anche con riguardo alla circostanza che il pagamento del credito, ancorchè avente natura concorsuale, rientri negli interessi della massa e dunque risponda agli scopi della stessa, in quanto utile alla gestione fallimentare" ed ancora "può essere riconosciuta la collocazione in prededucazione nella misura in cui le relative prestazioni si pongano in rapporto di adeguatezza funzionale con le necessità risanatorie dell'impresa e siano state in concreto utili per i creditori, per aver loro consentito una sia pur contenuta realizzazione dei crediti" (in senso analogo v. anche Cass., sez. I, 8.4.2013 n. 8534).

Tale prospettiva risulta decisamente abbandonata dai più recenti arresti, i quali hanno negato la necessità di tale ulteriore verifica per la considerazione che essa non trova riscontro nel tenore letterale della norma (Cass., sez. I, 14.3.2014, n. 6031, in *Fallimento*, 2014, 516, con nota di VELLA, *L'enigmatico rapporto tra prededucazione e concordato preventivo*).

Il criterio della funzionalità, posto dal legislatore a fondamento della prededucazione, contiene in sé una precisa tipizzazione dell'interesse della massa che, in senso lato, giustifica il particolare trattamento riservato a tali crediti. In altri termini, il legislatore ha valutato che l'essere il credito sorto al fine di rendere possibile l'avvio della procedura concorsuale, di per sé evidenzerebbe indirettamente la sua rispondenza all'interesse dell'intero ceto creditorio e ciò trova eco nel passaggio motivazione nel quale si afferma che l'accesso alla procedura concordataria costituisce di per sé un vantaggio per i creditori, in relazione alla cristallizzazione della massa, alla retrodatazione del periodo sospetto e all'inefficacia ex lege delle ipoteche giudiziali iscritte nei tre mesi anteriori al deposito del ricorso introduttivo.

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

Sono proprio queste le argomentazioni che si trovano espresse nella sentenza della S.C. n. 6031/2014, citata, secondo la quale l'accesso alla procedura di concordato preventivo costituisce di per sé un vantaggio per i creditori come si evince dalla disciplina degli effetti della consecuzione

delle procedura, individuabili nella cristallizzazione della massa e nella retrodatazione del periodo sospetto, dovendosi presumere la sussistenza del nesso di funzionalità richiesto dalla legge per la semplice ammissione alla procedura restando irrilevanti le vicende successive.

Sottesa a tale impostazione vi è la condivisibile esigenza di conferire certezza al regime giuridico dei crediti in esame, laddove la subordinazione del riconoscimento della prededuzione a valutazioni di utilità ex post ovvero a possibili sbocchi infausti, talora imprevedibili o incolpevoli, della procedura, implicherebbe un elevato tasso di incertezza circa l'effettiva collocazione del credito e allontanerebbe i terzi dalla contrattazione con l'impresa in crisi condannandola all'isolamento e all'irreversibile decozione.

3. I crediti del professionista tra prededuzione e inesatto adempimento della prestazione professionale.

La nuova tendenza registrata nella giurisprudenza di legittimità promette un'ampia dilatazione dell'area della prededucibilità in particolare, a favore dei professionisti che hanno reso le proprie prestazioni in favore dell'impresa in crisi.

La casistica è varia e possono solo individuarsi quelle fattispecie di più comune ricorrenza quali quelle relative alle prestazioni professionali rese per la predisposizione degli atti introduttivi di procedure concorsuali (ad esempio concordato preventivo o accordi di ristrutturazione dei debiti fino al caso estremo della predisposizione del ricorso per la dichiarazione di fallimento in proprio dell'imprenditore, risolto recentissimamente nel senso del riconoscimento della prededuzione: Cass., sez. VI, 9.9.2014, n. 18922, in [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it)), quelle relative alle prestazioni rese anteriormente all'inizio della procedura ma solo indirettamente connesse a questa, le prestazioni professionali rese durante la procedura e nel concordato con riserva.

Con riguardo alle prestazioni strumentali alla presentazione della domanda di concordato, di cui si è già fatto cenno, un punto di crisi può individuarsi nella necessità o meno che una procedura di concordato sia giunta almeno all'ammissione da parte del Tribunale (è fin troppo ovvio che prima del deposito del ricorso nemmeno si porrebbe un problema di *consecutio* di procedure concorsuali).

L'emissione del decreto di ammissione ex art. 163 l.f. è ritenuta requisito indispensabile per configurare una procedura concorsuale aperta cui "agganciare" il successivo fallimento (NARDECCHIA, *Gli effetti del concordato preventivo sui creditori*, IPSOA, 2011, 269). Qualora al ricorso ex art. 161 l.f. non segua dunque siffatta dichiarazione di ammissibilità, il riconoscimento della prededuzione sarebbe conseguentemente precluso non ravvisandosi *consecutio*.

Uno degli aspetti problematici è quello relativo alle prestazioni professionali svolte anteriormente all'inizio della procedura concordataria e non direttamente connesse a questa in quanto non strumentali al compimento di atti della procedura stessa.

Su questa ipotesi deve registrarsi, ad esempio, Cass., Sez. 1, *Sentenza n. 8958 del 17/04/2014* la quale stabilisce che “il credito del professionista per prestazioni rese in giudizi già pendenti al momento della domanda di ammissione al concordato preventivo in virtù di incarichi precedentemente conferiti e riguardante crediti poi fatti valere nei confronti della società fallita va soddisfatto in prededuzione nel successivo fallimento, ove ne emerga, nell'ambito dell'accertamento previsto dall'art. 111 bis legge fall., l'adeguatezza funzionale agli interessi della massa. Invero, l'art. 111, secondo comma, legge fall. allo scopo di incentivare il ricorso alle procedure concorsuali alternative al fallimento, attribuisce il carattere della prededucibilità a tutti i crediti per i quali sussiste il necessario collegamento occasionale o funzionale con la procedura concorsuale, da intendersi non soltanto con riferimento al nesso tra l'insorgere del credito e gli scopi della procedura, ma anche con riguardo alla circostanza che il pagamento del credito, ancorché avente natura concorsuale, risponda agli scopi della procedura stessa, per i vantaggi che reca in termini di accrescimento dell'attivo o di salvaguardia della sua integrità, indipendentemente dalla presenza o meno di una preventiva autorizzazione degli organi della procedura”.

Richiamando il controverso concetto di adeguatezza funzionale, la sentenza appena richiamata sembra allargare il concetto di funzionalità dandovi una connotazione legata al dato sostanziale dell'incremento dell'attivo o alla riduzione del passivo e ai conseguenti vantaggi per la massa. Si richiamano dunque concetti di recente rinnegati, quali l'utilità in concreto per i creditori, ma in una fattispecie in cui la nozione restrittiva di funzionalità, legata al compimento di atti della procedura, non potrebbe per definizione trovare applicazione e dovendosi ricercare un diverso piano di collegamento tra fonte dell'obbligazione e procedura. Più coerente con l'impostazione che vuole sganciare da ogni verifica di utilità in concreto per la massa il riconoscimento della prededuzione, sarebbe forse, piuttosto, nei casi appena esaminati, legare la valutazione di funzionalità al piano concordatario, assicurando sottrazione al concorso di quei crediti relativi a prestazioni professionali coerenti e congrue rispetto ai contenuti del piano stesso.

L'autonomia tra riconoscimento della prededuzione e valutazione di utilità per i creditori delle prestazioni porta indubbiamente a “scoprire” l'istituto concordatario rispetto a possibili fenomeni di abuso o, più semplicemente, rispetto ad un'esigenza di contenimento dei costi di accesso alla procedura.

Venendo meno, come con sempre maggior forza richiesto dalla giurisprudenza della S.C., un vaglio giudiziale sul vantaggio apportato alla massa dalla contrazione dell'obbligazione, unico argine a pretese creditorie disfunzionali è costituito dalla verifica dei crediti in sede fallimentare.

In questa sede il credito del professionista dovrà essere vagliato nella sua fondatezza sotto tutti i profili: plausibilmente, non presenterà profili problematici la prova dell'esecuzione della prestazione, documentata dagli stessi atti e dalle produzioni documentale avutesi nel processo concordatario. La quantificazione dovrà avvenire tenendo conto di accordi intervenuti tra le parti, ma solo se essi risulteranno adeguatamente provati sulla base di pattuizioni scritte opponibili alla procedura ex art. 45 l.f., ovvero sulla base delle norme regolamentari concernenti la liquidazione giudiziale dei compensi dovuti ai professionisti, secondo la quantità e qualità dell'opera prestata.

Un punto deve essere tenuto fermo. Poichè non è sostenibile che la prestazione professionale abbia ad oggetto la presentazione di concordati palesemente non fattibili o addirittura inammissibili, destinati ad avere funzione meramente dilatoria del fallimento o addirittura a offrire la veste giuridica e processuale di vere e proprie frodi ai creditori, occorrerà grande attenzione e sensibilità degli organi della procedura nell'eccepire, ai sensi dell'art. 1218 e 1460 c.c., l'inadempimento o l'inesatto adempimento del professionista (avvocato, commercialista di fiducia, attestatore o perito che sia) nel confezionamento di concordati, in definitiva, sprovvisti del necessario profilo causale (identificato nella idoneità a regolare la crisi offrendo ai creditori un sia pure parziale ma minimamente apprezzabile soddisfacimento, alla stregua di Cass., sez. un., sentenza n. [1521 del 23/01/2013](#)), ovvero nel confezionamento di attestazioni, perizie, piani carenti, reticenti se non falsi, comunque non corrispondenti al modello legale idoneo allo scopo della piena, veridica e completa informazione dei creditori.

In ultima analisi, alcune ipotesi di ricorso abusivo o anche solo improvvido alla procedura concordataria, paiono presentare profili di non corretta esecuzione della prestazione professionale che il curatore del successivo fallimento non dovrebbe mancare di rilevare, negando *tout court* l'ammissione al passivo del credito.