

## I PROFILI DELLA PREDEDUZIONE ALLA LUCE DEL RIFORMATO ART. 111 L.FALL.

di MICHELE SPINOZZI

SOMMARIO: 1) I nuovi orientamenti della prededuzione in materia fallimentare – 2) Le ipotesi di prededucibilità legale, occasionale o funzionale rispetto alla procedura fallimentare – 3) *Segue*: i crediti sorti «in occasione» o «in funzione» di altre procedure concorsuali - 4) La dibattuta questione della prededucibilità nel successivo fallimento dei crediti professionali sorti nell'ambito di una procedura concorsuale minore seguita dal fallimento dell'imprenditore.

### ***1. I nuovi orientamenti della prededuzione in materia fallimentare***

Il novellato articolo 111 l. fall. detta una disciplina dei crediti prededucibili assai più vasta ed eterogenea rispetto a quella previgente, netta nel prevedere unicamente l'ordine di distribuzione delle somme ricavate dalla liquidazione dell'attivo fallimentare<sup>1</sup>.

Il quadro legislativo già superato non offriva alcuna regolamentazione in materia, ovvero una definizione di prededuzione, fattispecie peraltro neanche menzionata dal legislatore, limitatosi a disciplinarne, senza troppe perifrasi, il mero profilo effettuale, posto che taluni debiti contratti dalla curatela (al pari delle spese anticipate dall'erario) dovevano essere soddisfatti ex lege con prevalenza assoluta rispetto ad altri o, per meglio dire, dedotti dalla massa delle poste concorsuali, tanto di natura privilegiata quanto chirografaria, con conseguente liquidazione anticipata e integrale in caso di sufficiente capienza dell'attivo fallimentare<sup>2</sup>.

La scarna formulazione del dato positivo, pur evidenziando correttamente l'essenza processuale (e non sostanziale) del beneficio, lasciava insolte svariate problematiche dando così luogo a incertezze interpretative di non poco rilievo, ad esempio in relazione alla necessità di includere o meno

---

<sup>1</sup>Nella sua originaria formulazione l'art. 111 l. fall. prevedeva che: "Le somme ricavate dalla liquidazione dell'attivo sono erogate nel seguente ordine:

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

2) per il pagamento dei crediti ammessi con prelazione sulle cose vendute secondo l'ordine assegnato dalla legge;

3) per il pagamento dei creditori chirografari, in proporzione dell'ammontare del credito per cui ciascuno di essi fu ammesso, compresi i creditori indicati al n. 2, qualora non sia stata ancora realizzata la garanzia, ovvero per la parte per cui rimasero non soddisfatti da questa.

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

<sup>2</sup> Sul tema si v., per tutti, G. LO CASCIO, *Il concordato preventivo*, Milano, 2011, p. 387 ss.; G. BOZZA SCHIAVON, *L'accertamento dei crediti nel fallimento e le cause di prelazione*, Milano, 1992, p. 465 ss.

detti crediti nei piani di riparto, ovvero alla possibilità di distinguere i debiti della massa dalle spese della procedura, non necessariamente contratte dall'amministrazione fallimentare<sup>3</sup>.

Inoltre, l'aprioristica preclusione a includere tra i costi prededucibili quelli sorti prima della dichiarazione di fallimento, a prescindere dalla natura e dalla causa del credito, appariva come una scelta legislativa alquanto discutibile.

Gli interventi di riforma della legge fallimentare susseguiti a partire dall'anno 2006 hanno profondamente modificato il sistema previgente in materia di prededuzione, introducendo sostanziali novità e prevedendo l'abbandono della rigida suddivisione tra poste creditorie su base temporale con la creazione di un'unica, per quanto eterogenea categoria di crediti in prededuzione, nel tentativo, in larga parte riuscito, di superare le problematiche interpretative sorte sotto la vigenza dell'articolo 111 l. fall. *ante novellam*<sup>4</sup>.

Il legislatore fallimentare, rivisitando la norma, ha difatti previsto espressamente la prededucibilità di tutti i crediti «così qualificati da una specifica disposizione di legge, e quelli sorti in occasione o in funzione delle procedure concorsuali di cui alla presente legge», tra i quali oltre alle poste creditorie specificatamente indicate come tali da una disposizione di legge, anche quelle generate successivamente all'instaurazione di una procedura concorsuale, nonché i crediti relativi a un periodo anteriore, purché connessi alla medesima procedura in quanto utili, *rectius* «funzionali» alla stessa, superando definitivamente la contrapposizione manichea tra crediti sorti prima e dopo l'apertura della procedura che aveva contraddistinto la progressa disciplina<sup>5</sup>.

---

<sup>3</sup> Le considerazioni svolte sono necessariamente di carattere generale, essendo in concreto assai vaste ed eterogenee le problematiche sottese alla questione.

<sup>4</sup> Il riferimento è dall'art. 99 del D. Lgs. 9 gennaio 2006, n. 5 che, riformando l'art. 111 l. fall., ha profondamente ridisegnato i confini della prededuzione e al D.L. 31 maggio 2010 n. 78, convertito con modificazioni nella L. 30 luglio 2010 n. 122 che, con l'introduzione dell'art. 182 quater l. fall., ha riconosciuto espressamente la prededucibilità, ai sensi e per gli effetti dell'art. 111 l. fall., dei «crediti derivanti da finanziamenti in qualsiasi forma effettuati da banche e intermediari finanziari iscritti negli elenchi di cui agli articoli 106 e 107 del decreto legislativo 1 settembre 1993, n. 385, in esecuzione di un concordato preventivo di cui agli articoli 160 e seguenti ovvero di un accordo di ristrutturazione dei debiti omologato ai sensi dell'articolo 182 bis». Detta disposizione, nella sua originaria formulazione, riconosceva la natura prededucibile dei crediti «derivanti da finanziamenti effettuati dai soggetti indicati al precedente comma in funzione della presentazione della domanda di ammissione alla procedura di concordato preventivo o della domanda di omologazione dell'accordo di ristrutturazione dei debiti, qualora i finanziamenti siano previsti dal piano di cui all'articolo 160 o dall'accordo di ristrutturazione e purché la prededuzione sia espressamente disposta nel provvedimento con cui il tribunale accoglie la domanda di ammissione al concordato preventivo ovvero l'accordo sia omologato», nonché dei crediti relativi a «finanziamenti effettuati dai soci, fino a concorrenza dell'ottanta per cento del loro ammontare» e dei compensi spettanti al professionista attestatore nominato ai sensi dell'art. 161, comma 3 e 182 bis, comma 1, «purché ciò sia espressamente disposto nel provvedimento con cui il tribunale accoglie la domanda di ammissione al concordato preventivo ovvero l'accordo sia omologato». L'articolo 182 quater l. fall., a distanza di appena due anni dalla sua promulgazione, è stato riformato in più punti dalla L. 7 agosto 2012, n. 134, che ha convertito, con modificazioni, il D.L. 22 giugno 2012, n. 83.

<sup>5</sup> Il riformato art. 111 l. fall. dispone che «Le somme ricavate dalla liquidazione dell'attivo sono erogate nel seguente ordine:

- 1) per il pagamento dei crediti prededucibili;
- 2) per il pagamento dei crediti ammessi con prelazione sulle cose vendute secondo l'ordine assegnato dalla legge;

## **2. Le ipotesi di prededucibilità legale, occasionale o funzionale rispetto alla procedura fallimentare**

L'attuale art. 111 l. fall. individua, in relazione ad una procedura concorsuale, tre autonome e distinte ipotesi di prededucibilità, «legale», «occasionale» e «funzionale», sussumendo nella prima i crediti specificatamente enucleati da disposizioni legislative, così esonerando l'interprete dall'espletamento di qualsivoglia attività in ordine alla sussistenza di un nesso di occasionalità o di funzionalità alla procedura del debito concorsuale.

Si consideri in proposito, a titolo meramente esemplificativo, l'esercizio provvisorio dell'impresa del fallito, nonché l'ipotesi di prededucibilità di cui all'art. 182 quater, comma 1 l. fall., finalizzata a favorire il finanziamento delle imprese in crisi mediante il riconoscimento della natura prededucibile delle somme in qualsiasi forma mutate «in esecuzione di un concordato preventivo di cui agli articoli 160 e seguenti ovvero di un accordo di ristrutturazione dei debiti omologato ai sensi dell'articolo 182 bis»<sup>6</sup>.

Più articolata risulta la questione relativa alla prededucibilità dei crediti sorti in occasione o in funzione delle procedure concorsuali, in quanto occorre osservare, in primo luogo, la possibilità sul piano logico ed esegetico di ricondurre, nell'alveo di tale vasto ed eterogeneo insieme, tutte le spese e dei debiti sorti nell'ambito dell'amministrazione del fallimento.

Le attività fallimentari del curatore non potrebbero minimamente avere luogo ove il legislatore non concedesse a tale ufficio la capacità di porre in essere nuovi rapporti giuridici con un contenuto economico autonomo<sup>7</sup> dai quali scaturiscono crediti assistiti da una maggiore tutela rispetto ad altri<sup>8</sup>. Si considerino le spese sostenute per la pubblicità dell'apertura del

---

3) per il pagamento dei creditori chirografari, in proporzione dell'ammontare del credito per cui ciascuno di essi fu ammesso, compresi i creditori indicati al n. 2, qualora non sia stata ancora realizzata la garanzia, ovvero per la parte per cui rimasero non soddisfatti da questa.

Sono considerati crediti prededucibili quelli così qualificati da una specifica disposizione di legge, e quelli sorti in occasione o in funzione delle procedure concorsuali di cui alla presente legge; tali debiti sono soddisfatti con preferenza ai sensi del primo comma n. 1)».

<sup>6</sup> A norma dell'articolo 182 quater l. fall. sono parimenti considerati prededucibili *ex lege* «i crediti derivanti da finanziamenti erogati in funzione della presentazione della domanda di ammissione alla procedura di concordato preventivo o della domanda di omologazione dell'accordo di ristrutturazione dei debiti, qualora i finanziamenti siano previsti dal piano di cui all'articolo 160 o dall'accordo di ristrutturazione e purché la prededuzione sia espressamente disposta nel provvedimento con cui il tribunale accoglie la domanda di ammissione al concordato preventivo ovvero l'accordo sia omologato» (comma 2), nonché i finanziamenti «effettuati dai soci fino alla concorrenza dell'ottanta per cento del loro ammontare» (comma 3).

<sup>7</sup> Per tutti si v. diffusamente, M. BOCCHIOLA, A. PALUCHOWSKI (a cura di), *Codice del fallimento*, VII ed., Milano, 2013, p. 1390. Puntuale, in tal senso, appare il riferimento alla natura prededucibile dei «debiti della massa, contratti cioè per le spese e dunque a causa dello svolgimento e della gestione della procedura, nell'interesse dei creditori» in Cass., 25 luglio 2007, n. 16426 in *Giust. civ. Mass.* 2007, 7-8 ove, peraltro, i giudici di legittimità riconoscono *ex professo* l'ammissibilità della prededuzione anche nel concordato preventivo già sotto la vigenza della normativa previgente.

<sup>8</sup> Rifuggendo da semplificazioni eccessive, appare lecito affermare che detti crediti ricevono una maggiore tutela rispetto agli altri crediti d'impresa per il fatto stesso che, in difetto, la medesima procedura fallimentare non avrebbe possibilità di concreto sviluppo. Correttamente osserva G. CIERVO, *Prededucibilità dei crediti sorti «in funzione» della procedura concorsuale*, in *Giur.*

fallimento, anche presso i pubblici registri ove il fallito risulti essere proprietario (o titolare di diritti reali di godimento su cosa altrui) di beni immobili o di mobili registrati; i costi di notifica e di registrazione della sentenza dichiarativa di fallimento; le spese per la materiale apposizione dei sigilli sulle cose che si trovano nella sede principale dell'impresa e sugli altri beni dell'imprenditore fallito, compresi i costi per l'eventuale nomina di un ausiliario per il compimento delle predette funzioni; le spese per la stipula di contratti di assicurazione, ove sussistano situazioni di potenziale rischio connesse alla custodia dei beni e vigilanza notturna, allorquando sia valutata prudenzialmente tale esigenza in relazione ai beni oggetto di custodia. In estrema sintesi, tutti gli esborsi di denaro riconducibili alla gestione, alla conservazione e alla riparazione del compendio mobiliare e immobiliare del fallito.

Inoltre, sono prededucibili i costi sostenuti per l'inventario dei beni (ivi compresi quelli per l'eventuale nomina di uno stimatore), le spese per l'apertura di conti correnti bancari, per il pagamento del contributo unificato, per l'avviso ai creditori *ex art. 92 l. fall.* (nonché ai soggetti titolari di diritti sui beni di proprietà o nella materiale disponibilità del fallito), oltre che tutte quelle per le operazioni connesse alla verifica del passivo e alla prosecuzione dei procedimenti giudiziari eventualmente pendenti in cui è parte l'imprenditore fallito.

La prededuzione è altresì invocabile anche per i crediti riconducibili a obbligazioni sorte a seguito della continuazione di un rapporto contrattuale da parte del curatore, oltre alle spese di giustizia per le azioni avviate dall'amministrazione fallimentare (ovvero nei confronti di questa) nel corso della procedura, per il rendiconto e il riparto, per la pubblicità delle vendite dei beni e per l'eventuale omologazione del concordato fallimentare<sup>9</sup>.

Non solo. Devono essere ricompresi tra i crediti prededucibili anche il compenso del curatore e degli ausiliari incaricati nelle more della procedura dello svolgimento di attività professionale nell'interesse della massa dei creditori (avvocati, notai, periti e consulenti del lavoro).

Equiparate alle spese relative all'amministrazione fallimentare sono le somme che la procedura è tenuta a corrispondere ove siano accertati profili di responsabilità contrattuale o aquiliana nei confronti di terzi; a tal proposito, sono da considerarsi in prededuzione i debiti derivanti da attività colposa o dolosa del curatore, ovvero per il risarcimento da

---

*comm.*, 5, 2013, p. 773 ss., che già il codice del commercio del 1882 prevedeva l'esclusione dalla falcidia fallimentare di tutte quelle poste creditorie riconducibili a «spese di giustizia e di amministrazione», al fine di consentire la gestione della procedura. L'A. evidenzia come tale peculiarità consenta di cogliere appieno la valenza squisitamente processuale e non sostanziale della prededuzione, in quanto «a tali crediti non veniva, infatti, attribuito un privilegio all'interno del concorso, bensì l'esclusione dal concorso medesimo, in quanto sorti in occasione o in funzione del procedimento fallimentare, in applicazione del principio per cui il patrimonio del debitore utile al soddisfacimento dei creditori concorsuali è quello che residua dopo il pagamento delle spese e dei debiti relativi alla procedura di fallimento».

<sup>9</sup> Sul punto, si v. M. BOCCHIOLA, A. PALUCHOWSKI (a cura di), *Codice del fallimento*, cit., p. 1391: devono essere considerate altresì prededucibili le somme dovute per condotte *latu sensu* illecite, dal curatore «poste in essere e rese necessarie da particolari esigenze della procedura, ad esempio nell'ipotesi di ritardato rilascio di un bene immobile per impossibilità di rimuovere i beni ivi contenuti del fallimento».

inadempimento nei rapporti negoziali ove il curatore sia subentrato al fallito, oltre che le somme che il fallimento soccombente è condannato a pagare, a titolo di spese legali, al creditore vittorioso nel giudizio di opposizione allo stato passivo *ex art. 98 l. fall.*<sup>10</sup>

Hanno natura di crediti concorsuali e, in quanto tali, rientranti nella categoria di nuovo conio dei crediti prededucibili le spese sostenute dall'amministrazione fallimentare nel giudizio di opposizione alla sentenza dichiarativa di fallimento, derivando da un'attività compiuta con le autorizzazioni degli organi abilitanti e diretta alla conservazione della procedura, nell'interesse di tutti i creditori; per contro, non godono di tale beneficio i costi sostenuti in tale sede dal fallito reclamante, latore di un interesse senz'altro antagonista rispetto a quello della procedura.

Analoghe considerazioni sembrano valere per le spese di giustizia sostenute dal creditore nel giudizio *ex art. 18 l. fall.*, per quanto la giurisprudenza formata sul punto è alquanto oscillante.

Un primo orientamento, valorizzando il dato sostanziale della divergenza tra l'interesse del creditore e quello della massa dei creditori di cui l'amministrazione del fallimento è portatrice, nonché quello formale della mancanza di una specifica autorizzazione da parte degli organi del fallimento, nega la natura prededucibile di detti costi, ritenuti assimilabili alle spese di giustizia per atti espropriativi, con il conseguente riconoscimento del privilegio ai sensi degli artt. 2755 e 2770 c.c.<sup>11</sup>

Per contro, secondo un diverso orientamento, dal riconoscimento della qualità di litisconsorte necessario nel giudizio di opposizione alla declaratoria di fallimento in capo al creditore che ha formulato istanza *ex art. 15 l. fall.* discende la qualificazione delle spese dallo stesso sostenute per l'attività di resistenza in giudizio come «indispensabili» per il fallimento e, in quanto tali, prededucibili, soprattutto ove il curatore sia rimasto contumace o comunque inerte<sup>12</sup>.

Appare in ogni caso fuor dubbio che nel giudizio di opposizione «l'attività del creditore istante non è più diretta a conseguire il risultato di aprire la esecuzione e sottrarre i beni alla disponibilità del debitore, nell'interesse di tutti i creditori, ma di resistere alla contestazione del debitore avverso una decisione a lui sfavorevole, proposta da un lato nei confronti dell'organo attivo della procedura, che intende rimuovere, e dall'altro nei riguardi del soggetto che l'ha determinata o contribuito a determinarla e che, per il fatto di essere stato il suo contraddittore nella fase prefallimentare, è dalla legge (l. fall., art. 18) considerato litisconsorte necessario di quella successiva e derivata»<sup>13</sup>.

La necessaria presenza nel giudizio di opposizione del creditore resistente è quindi un effetto diretto dell'attività precedentemente svolta nella fase prefallimentare, giustificata dall'esigenza che lo stesso ha di sostenere la

<sup>10</sup> In tal senso, Trib. Genova, 30 maggio 1995.

<sup>11</sup> Cass., 22 aprile 1959 n. 1201; Cass., 23 ottobre 1959 n. 3040; in sede di merito, Trib. Arezzo, 11 marzo 1999. In senso parzialmente difforme Cass., 20 gennaio 2006, n. 1186, in *Giust. civ. mass.*, 2006, secondo cui tali spese risultano inopponibili alla massa dei creditori.

<sup>12</sup> In giurisprudenza: Cass., 22 dicembre 1972, n. 3569; Cass., 13 luglio 1968 n. 2502; Cass., 23 febbraio 1966 n. 567.

<sup>13</sup> Cass., 20 gennaio 2006, n. 1186, cit.; nei medesimi termini, App. Bologna, 7 febbraio 2003.

sua pregressa posizione processuale a seguito delle contestazioni mosse dal fallito in sede di opposizione alla sentenza dichiarativa di fallimento, pronunciata su sua iniziativa.

Avendo quindi la posizione del curatore e quella del creditore istante titolo e funzioni diverse nell'ambito del procedimento di cui all'art. 18 l. fall., sembrano difettare i presupposti per ritenere omogenee le relative spese di giustizia e, quindi, assimilarle automaticamente sotto il profilo del riconoscimento della prededuzione<sup>14</sup>.

La questione appare tuttavia ancor più delicata e complessa se si considera che perplessità simili suscita anche il problema, tutt'altro che distinto, della prededucibilità delle spese sostenute dal creditore istante per la dichiarazione di fallimento, *vexata quaestio* che ha ormai registrato la più ampia gamma di soluzioni possibili prospettate in via interpretativa<sup>15</sup>.

La giurisprudenza è passata, infatti, da una posizione contraria addirittura all'opponibilità delle spese alla massa dei creditori, sul presupposto che il patrocinio legale per la presentazione dell'istanza di fallimento non sarebbe strettamente necessario<sup>16</sup>, a una posizione favorevole all'ammissibilità al passivo fallimentare tanto in via chirografaria<sup>17</sup> e in via privilegiata<sup>18</sup>, orientamento quest'ultimo che appare preferibile, quanto in prededuzione<sup>19</sup>.

Orbene, omettendo di considerare gli aspetti di diritto sostanziale connessi alla qualificazione del credito, valga evidenziare come la riforma dell'art. 111 l. fall., nel subordinare il riconoscimento della

<sup>14</sup> A conclusioni non dissimili si giunge anche nell'eventualità in cui il curatore sia rimasto contumace; in tal senso, nuovamente, Cass., 20 gennaio 2006, n. 1186, cit.

<sup>15</sup> Per un'attenta ricostruzione della problematica si v. per tutti, E. FRASCAROLI SANTI, *Il diritto fallimentare e delle procedure concorsuali*, Padova, 2012, p. 445 ss.

<sup>16</sup> Cfr., da ultimo, Trib. Padova, 5 luglio 2005 in *Fall.*, 2006, 28.

<sup>17</sup> Trib. Modena 3 marzo 1980 in *Giur. Comm.* 1981, II, 340.

<sup>18</sup> Si tratta della tesi prevalente secondo la giurisprudenza di legittimità. Secondo tale impostazione esegetica, infatti, il privilegio per spese di giustizia deve estendersi anche al credito maturato per lo svolgimento di attività inerenti alla richiesta di fallimento in ragione di un sostanziale parallelismo tra creditore procedente in una procedura esecutiva individuale e creditore istante nel procedimento *ex art. 15 l. fall.* «tale da attribuire anche a quest'ultimo il diritto alla ripetizione prelativa delle spese sostenute per l'esercizio dell'unico mezzo consentitogli al fine di recuperare il proprio credito, che è poi mezzo realizzante il suo come l'interesse degli altri creditori, cui indubitabilmente giova la sottrazione dei beni alla disponibilità dal debitore e la loro destinazione al soddisfacimento dei propri crediti, in forza della dichiarazione di fallimento da lui (obbligatoriamente) richiesta»: Cass. 24 maggio 2000 n. 6787, in *Fall.* 2001, 615. In senso conforme, Cass., 31 gennaio 2014, n. 2112, in *Giust. civ. mass.*, 2000, p. 1099; in *Foro it.*, 2000, I, c. 3170; in *Fall.*, 2001, p. 615; in *Dir. fall.* 2001, II, p. 112; in sede di merito, si v. Trib. Sulmona, 19 novembre 2007; Trib. Fermo, 15 gennaio 2010, in *Dir. e lav. Marche*, 2010, 1-2, p. 118. In dottrina, si v. G. TUCCI, *I privilegi*, in *Tratt. dir. priv.* diretto da P. Rescigno, Torino, 1997, p. 542; C.M. PRATIS, *Dei privilegi*, in *Comm. cod. civ.*, VI, Torino, 1976, p. 219 ss.

*Contra* Trib. Modena, 3 marzo 1980, cit.; Trib. Roma, 4 dicembre 2003, in *Dir. e prat. soc.*, 2004, 14/15, p. 92; Trib. Padova, 5 luglio 2005, cit.; secondo tale orientamento, minoritario nel panorama giurisprudenziale, sarebbe invece tutt'altro che agevole tracciare un parallelismo tra l'esecuzione collettiva fallimentare, che riguarda l'intero patrimonio del debitore, e la natura speciale del privilegio di cui agli artt. 2755 e 2770 c.c.: diversamente si finirebbe, di fatto, per concepire una prelazione generale mobiliare per spese di giustizia laddove, per contro, la norma civilistica in materia (disposizione di carattere eccezionale) prevede chiaramente un privilegio speciale sui soli beni oggetto di atti espropriativi.

<sup>19</sup> Di ammissione al passivo fallimentare in prededuzione, ma con collocazione chirografaria si parla in Trib. Terni, 22 marzo 2012. Nei medesimi termini, in dottrina, si v. M. BOCCHIOLA, A. PALUCHOWSKI (a cura di), *Codice del fallimento*, cit., p. 1392.

prededucibilità di una posta attiva (chiaramente al di fuori dell'ipotesi in cui sussista un'espressa qualificazione legislativa in tal senso) a un nesso di tipo occasionale o funzionale alle procedure concorsuali, abbia inteso valorizzare tanto il legame temporale, quanto strumentale tra il credito e il procedimento o, più correttamente, gli scopi e le finalità dello stesso<sup>20</sup>.

Se da un lato non v'è dubbio, quindi, che nel caso di specie l'apertura della fase concorsuale discenda non dalla presentazione del ricorso per dichiarazione di fallimento ma dal successivo accertamento, da parte del tribunale, delle condizioni soggettive e oggettive richieste dalla legge per la declaratoria fallimentare, dall'altro non può negarsi all'istanza *ex art. 15 l. fall.* la valenza di un necessario atto di impulso rispetto alla procedura, caratteristica resa ancora più tangibile a seguito dell'abrogazione del potere officioso del tribunale fallimentare di cui al previgente art. 6 l. fall.

Sulla scorta di tali considerazioni appare quindi tutt'altro che priva di pregio tecnico - giuridico la soluzione prospettata da alcune pronunce di merito in relazione al riconoscimento della prededucibilità, quali crediti funzionali all'apertura della procedura fallimentare, dei compensi di professionisti che hanno prestato assistenza al fallito nella fase di presentazione dell'istanza di fallimento in proprio, sul presupposto che detta attività professionale sarebbe volta a salvaguardare (anche) l'interesse del ceto creditorio a evitare un ulteriore aggravio dello stato di dissesto.

In altri termini, il ricorso della domanda in proprio di fallimento può ben rappresentare, in tale ottica, un'attività in chiaro rapporto di adeguatezza funzionale con la procedura fallimentare, nonché con esigenze di tutela dell'interesse creditorio.<sup>21</sup>

### **3) Segue: i crediti sorti «in occasione» o «in funzione» di altre procedure concorsuali**

Dato il tenore letterale della disposizione legislativa *de qua*, non appare revocabile in dubbio che il legislatore, nel qualificare prededucibili i crediti «sorti in occasione o in funzione delle procedure concorsuali di cui alla presente legge», abbia inteso riferirsi non soltanto al caso dei crediti sorti in occasione o in funzione della procedura fallimentare, ma anche all'ipotesi delle poste riconducibili, tanto in via occasionale che funzionale, a una procedura concorsuale minore (su tutte, il concordato preventivo) conclusa con esito negativo, cui sia ovviamente seguito il fallimento dell'impresa in crisi<sup>22</sup>.

Il richiamo – assai significativo, nella sua pur apparente genericità – alle «procedure concorsuali di cui alla presente legge», anziché alla sola procedura fallimentare, fuga ogni incertezza in proposito.

Non possono quindi non considerarsi prededucibili anche i crediti per spese e debiti contratti per la gestione e l'amministrazione di una

<sup>20</sup> Cass., 17 aprile 2014, n. 8958.

<sup>21</sup> In senso conforme, Trib. Prato, 24 giugno 2011; Trib. Firenze, 25 giugno 2014.

<sup>22</sup> Si tratta di una delle questioni che, come si vedrà, ha maggiormente evidenziato la difficoltà della giurisprudenza a confrontarsi sui profili della “nuova” prededuzione delineati dal riformato art. 111 l. fall.

precedente procedura in consecuzione poiché, come autorevolmente evidenziato<sup>23</sup>, l'art. 111, comma 2 l. fall. rappresenta la puntuale trasposizione legislativa del principio di continuità delle procedure concorsuali che si è affermato in giurisprudenza già sotto la vigenza della normativa *ante novellam*, in relazione alla «consecuzione» tra la sola procedura di amministrazione controllata e la procedura fallimentare<sup>24</sup>.

È utile, tuttavia, sottolineare il tortuoso cammino del principio in esame che prima della sua affermazione vedeva prevalere la tesi della non estensibilità del beneficio della prededuzione ai crediti sorti in occasione o in funzione di una procedura di concordato preventivo successivamente conclusasi con il fallimento poiché, in linea generale, si riteneva che le finalità squisitamente liquidatorie della previgente procedura di concordato preventivo (al contrario di quelle di conservazione e di risanamento proprie della procedura di amministrazione controllata) non giustificassero un diverso trattamento di queste poste creditorie rispetto alla massa dei crediti partecipanti al concorso in sede fallimentare<sup>25</sup>.

La tendenziale ritrosia a riconoscere la prededucibilità anche dei crediti maturati in una procedura concordataria risoltasi con il fallimento dell'imprenditore - che peraltro con l'abbandono della vocazione prettamente liquidatoria del concordato preventivo, successivamente alla riforma del 2005, non avrebbe avuto più ragion d'essere - è stata progressivamente superata dall'affermazione di un principio volto a distinguere le spese utili «all'imprenditore» da quelle utili «alla massa» contratte nel corso di una procedura di concordato preventivo, ammettendo solo in relazione a queste ultime la possibilità di riconoscere il beneficio della prededuzione nel successivo fallimento già prima della riforma dell'art. 111 l. fall.<sup>26</sup>

Quella che ha interessato l'art. 111 l. fall. sotto il profilo dell'ambito di applicazione dell'istituto è quindi una rivoluzione più apparente che reale, posto che la riforma legislativa non ha fatto altro che recepire il predetto orientamento già cristallizzato in giurisprudenza in ordine alla possibilità di prevedere il beneficio della prededuzione in qualsiasi procedimento che rivesta carattere concorsuale<sup>27</sup>.

Il riconoscimento senza sottintesi della prededucibilità dei crediti «sorti in occasione o in funzione delle procedure concorsuali di cui alla presente legge» fonda, quindi, sull'evidente presupposto che tanto la procedura concorsuale «minore», quanto quella fallimentare susseguente, sono

<sup>23</sup> Cfr., per tutti, A. DIDONE, *La prededuzione dopo la L. n. 134 del 2012 (prededuzione «ai sensi» e prededuzione «ai sensi e per gli effetti» ?)*, in *Fall.*, 2013, p. 913 ss.

<sup>24</sup> Si v., da ultimo, Cass., 6 agosto 2010 n. 18437, in *Giur. comm.*, 2011, II, p. 873 ss., nonché in *Giust. civ.*, 2010, 11, p. 2457 ss. con nota di A. DIDONE, *Note minime sulla consecuzione delle procedure concorsuali*; in senso conforme Cass., 14 ottobre 1977, n. 4370; Cass., 3 luglio 1980, n. 4217; Cass., 4 giugno 1980, n. 3636; Cass., 17 giugno 1995, n. 6852.

<sup>25</sup> Così, *ex multis*, Cass., 26 giugno 1992, n. 8013, in *Fall.*, 1992, p. 1027; Cass., 27 ottobre 1995, n. 6852; Cass., 14 giugno 1997, n. 6352 in *Giust. civ. Mass.*, 1997, 1187; Cass., 9 settembre 2002, n. 13056, in *Fall.*, 2003, p. 1145 ss.

<sup>26</sup> In questi termini, per tutti, Cass., 25 luglio 2007, n. 16426, cit.; conf. Cass., 11 novembre 2003, n. 16915, in *Dir. part. soc.*, 2004, 11, p. 89 ss.; Cass. 2 agosto 2002, n. 11580, in *Fall.*, 2003, p. 603 ss.; in dottrina, per un inquadramento: A. CAVALAGLIO, *I crediti prededucibili nelle procedure concorsuali*, in *Dir. fall.*, 2010, I, 449.

<sup>27</sup> Cfr. Cass., 6 agosto 2010 n. 18437, cit.

finalizzate ad affrontare la medesima crisi d'impresa, ritenuta in un primo momento suscettibile di regolazione attraverso un accordo con i creditori e successivamente risultata tale da condurre alla liquidazione fallimentare<sup>28</sup>.

Di qui, il logico corollario che, essendo medesimo il «fine» dei due procedimenti avvicendatisi nell'ambito di un'unica crisi imprenditoriale, non può che esservi un unico trattamento in ambito fallimentare sia delle poste creditorie sorte in ambito fallimentare, quanto dei crediti connessi occasionalmente o funzionalmente alla prima procedura concorsuale aperta.

Risulta quindi chiara, per quanto non esplicitata, la *ratio* del riconoscimento di tale deroga al principio della *par condicio creditorum* per i crediti sorti in occasione o in funzione di precedenti procedure concorsuali, vale a dire la volontà di favorire quanto più possibile il ricorso a soluzioni della crisi d'impresa diverse dalla liquidazione fallimentare<sup>29</sup>, in quanto il modello concettuale di riferimento in materia è costruito in termini marcatamente binari, come necessaria e rigida alternanza tra una soluzione concordata (giudiziale o stragiudiziale) della crisi imprenditoriale e la procedura di fallimento, vera e propria *extrema ratio* secondo l'attuale paradigma normativo.

L'assunto poggia su solide basi, vale a dire sulla consapevolezza che l'interesse del ceto creditorio può essere certamente meglio tutelato e perseguito nell'ambito di un processo di riorganizzazione e continuazione dell'impresa, nonché da una fase di rinnovamento e rigenerazione sociale, piuttosto che per il tramite di un cieco automatismo liquidatorio, spesso fallimentare in ogni senso<sup>30</sup>.

L'art. 111, comma 2 l. fall. nella sua attuale formulazione muove quindi da una rinnovata premessa di carattere metodologico e sistematico, cioè a dire la propensione a favorire quanto più possibile il superamento della crisi di impresa al di fuori di una procedura fallimentare, al fine di garantire generalmente un soddisfacimento maggiore dei creditori concorsuali e preservare l'attività imprenditoriale<sup>31</sup>.

Tendenza che, peraltro, trova inequivocabili, per quanto indirette conferme anche nel processo di «disintermediazione giudiziaria»<sup>32</sup> che il

---

<sup>28</sup> A nulla rileva, del resto, il differente presupposto oggettivo del concordato preventivo (lo stato di crisi) rispetto al fallimento (lo stato di insolvenza), stante l'acclarato rapporto di continenza del primo rispetto al secondo; in tal senso, si v., per tutti, E. FRASCAROLI SANTI, *Il diritto fallimentare e delle procedure concorsuali*, cit., p. 32 ss.

<sup>29</sup> Sul punto, da ultimo, Cass., 17 aprile 2014, n. 8958, cit.

<sup>30</sup> In tal senso G. CIERVO, *Prededucibilità dei crediti sorti «in funzione» della procedura concorsuale*, in *Giur. comm.*, 5, 2013, p. 773 ss., nota a Cass., 8 febbraio 2013, n. 8533.

<sup>31</sup> L'elaborazione dottrina sul tema dei rapporti fra strumenti negoziali e crisi di impresa è decisamente vasta; si vedano, *ex multis*, G. VILLANACCI (a cura di), *Il Concordato preventivo*, Padova, 2010 pp. 322; E. CAPOBIANCO, *Profili funzionali e strutturali dell'inadempimento del debitore*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2010, 3, p. 295 ss.; V. ROPPO, *Profili strutturali e funzionali dei contratti di «salvataggio» (o di ristrutturazione dei debiti di impresa)*, in *Dir. Fall.*, 2008, 3-4, p. 369; E. GABRIELLI, *Autonomia privata ed accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Riv. es. forzata*, 2006, 3, p. 433 ss.; L. ABETE, *Le vie negoziali per la soluzione della crisi d'impresa*, in *Fall.*, 2007, 6, 617 ss.

<sup>32</sup> L'espressione è di V. ROPPO, *Profili strutturali e funzionali dei contratti di «salvataggio» (o di ristrutturazione dei debiti di impresa)*, cit., p. 369. Nei medesimi termini L. BOGGIO, *Gli accordi di salvataggio delle imprese in crisi. Ricostruzione di una disciplina*, Milano, 2007, pp. 452; G.

nostro sistema concorsuale ha progressivamente conosciuto a seguito delle riforme succedutesi a partire dal 2005, con l'introduzione di istituti volti all'individuazione di una soluzione negoziale della crisi d'impresa, nel segno di una maggiore valorizzazione dell'autonomia privata e nell'ottica di un superamento dell'obsoleto e anacronistico binomio «crisi – liquidazione aziendale» nel concordato preventivo, con inevitabile disgregazione del complesso produttivo<sup>33</sup>.

Impostazione volta alla salvaguardia dei valori aziendali rinvenibile, d'altra parte, anche nella recente introduzione<sup>34</sup> del concordato con riserva ex art. 161, comma 6 l. fall., introdotto dalla L. 7 agosto 2012, n. 134, che ha convertito con modificazioni il d.l. 22 giugno 2012, n. 83<sup>35</sup>.

#### **4) La dibattuta questione della prededucibilità nel successivo fallimento dei crediti professionali sorti nell'ambito di una procedura concorsuale minore seguita dal fallimento dell'imprenditore**

La vigente disciplina in materia di poste creditorie prededucibili prevede, come evidenziato, un trattamento unitario dei crediti «così qualificati da una specifica disposizione di legge, e quelli sorti in occasione o in funzione» tanto di una procedura fallimentare, quanto di una procedura concorsuale minore con esito negativo, cui sia seguito il fallimento dell'imprenditore.

La nuova dizione dell'art. 111, comma 2 l. fall. include pertanto nell'alveo del beneficio in parola, oltre alle poste creditorie specificatamente indicate dalla legge come prededucibili, sia i crediti «occasionati» nell'ambito di una procedura concorsuale minore, vale a dire sorti successivamente all'apertura della stessa, sia quelli sorti precedentemente, purché la relativa attività risulti «funzionale» alla tutela degli interessi della massa dei creditori.

In ragione della caleidoscopica normativa prevista dal legislatore in materia di prededuzione, di recente oggetto peraltro di diversi ritocchi normativi di dubbia intelligibilità<sup>36</sup>, nonché della portata fortemente innovativa del riformato art. 111, comma 2 l. fall. rispetto al pregresso assetto dei crediti prededucibili, sul tema della qualificazione nel

---

MINUTOLI, *L'autonomia privata nella crisi di impresa tra giustizia contrattuale e controllo di merito (o di meritevolezza)*, in *Fall.*, 2008, 9, p. 1052 ss.

<sup>33</sup> Sulla filosofia sottesa alla nuova concezione del concordato preventivo e, segnatamente, sulle possibili prospettive di risanamento dell'impresa ad oggi concesse dal legislatore rispetto alla normativa *ante novellam* si v., ampiamente e per tutti, G. VILLANACCI (a cura di), *Il Concordato preventivo*, Padova, 2010, cit., nonché E. FRASCAROLI SANTI, *Crisi dell'impresa e soluzioni stragiudiziali*, in F. GALGANO (diretto da), *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, Padova, 2005, p. 4 ss.

<sup>34</sup> Il riferimento è alla L. 7 agosto 2012, n. 134 che ha convertito con modificazioni il d.l. 22 giugno 2012, n. 83.

<sup>35</sup> Procedura che ha prodotto, in relazione al tema della consecuzione delle procedure e, soprattutto, alla delicata questione della prededucibilità dei crediti sorti nella fase di preconcordato non seguita dall'emissione del decreto di apertura ex art. 163 l. fall., una certa conflittualità interpretativa acuita, peraltro, dalla recente promulgazione del D.L. 24 giugno 2014 n. 91, convertito con modificazioni in L. 11 agosto 2014 n. 116, che ha abrogato la norma - appena emanata - di interpretazione autentica dell'art. 111, comma 2 l. fall. contenuta nel D.L. 23 dicembre 2013, n. 145, convertito con modificazioni dalla L. 21 febbraio 2014 n. 9.

<sup>36</sup> Emblematica, in tal senso, la promulgazione e la successiva abrogazione, nell'arco di pochi mesi, della summenzionata norma di interpretazione autentica dell'art. 111, comma 2 l. fall.

successivo fallimento del credito del professionista sorto in funzione di una procedura minore, dottrina e giurisprudenza hanno elaborato soluzioni alquanto discordanti<sup>37</sup>.

Per quanto sin dal principio apparisse chiara la scelta operata dal legislatore di riconoscere la natura prededucibile anche ai crediti «sorti in occasione o in funzione delle procedure concorsuali di cui alla presente legge» e, quindi, sotto il profilo strettamente temporale, maturati anche prima dell'apertura di una procedura concorsuale alternativa seguita dal fallimento, a condizione che fossero contratti nell'interesse di tutti i creditori, taluni interpreti hanno proposto una lettura sostanzialmente abrogante della norma.

Secondo tale impostazione, la presentazione del piano concordatario rappresenterebbe un atto rispondente unicamente all'interesse del debitore e non già del ceto creditorio che, peraltro, ben potrebbe essere sinanche danneggiato dall'automatico riconoscimento della natura prededucibile di crediti antecedenti all'apertura della procedura, maturati al di fuori di qualsivoglia controllo giurisdizionale di congruità e convenienza<sup>38</sup>.

In questa prospettiva, diviene irrilevante qualsiasi rapporto di strumentalità, in quanto alla posta creditoria *de qua* è aprioristicamente negata la natura di debito contratto «nell'interesse» della massa dei creditori.

L'orientamento prevalente, senz'altro preferibile, evidenziando la portata innovativa della disposizione, ha ravvisato in tali casi la sussistenza di un nesso di funzionalità<sup>39</sup>, fornendo così una chiave di lettura più aderente al dato letterale e sistematico, in un contesto legislativo che, peraltro, appare sempre più incline a favorire il mantenimento in vita di imprese piuttosto che la liquidazione fallimentare.

La tesi ha trovato particolare risalto in diverse pronunce di merito che, valorizzando i distinti concetti di «funzionalità» e di «occasionalità» senza operare alcuna distinzione tra procedure concorsuali, ovvero tra singole fasi interne delle procedure, hanno considerato prededucibili nel

---

<sup>37</sup> Per un'efficace panoramica del vivace contrasto giurisprudenziale e dottrinale in questione si v. V. SALVATO, *Prededucibilità del credito del professionista per l'assistenza nella fase di ammissione al concordato preventivo*, nota a Cass., 8 febbraio 2013, n. 8533, in *Fall.*, 2014, 1, p. 80 ss.

<sup>38</sup> In tal senso, Trib. Firenze, 26 marzo 2008: «Nulla induce a ritenere (ed anzi logica e perfino il buon senso lo escludono) che con tale locuzione la norma abbia ai debiti sorti prima della procedura concordataria, col che si sarebbe legittimato l'accesso alla prededuzione ad una vera e propria valanga di crediti, nati per la sola iniziativa dell'imprenditore e (non lo si potrebbe escludere) magari proprio finalizzati a pregiudicare le ragioni dei creditori anteriori. È principio fondante la prededuzione quello secondo cui i crediti a tale stregua trattati in quanto relativi a debiti di massa (e non dell'impresa), debbano seguire l'apertura della procedura ed essere sorti nell'ambito del controllo del giudice. In altri termini, sul punto proviene chiarezza dall'art. 167 l. fall. secondo cui gli atti dalla norma previsti, ove compiuti senza autorizzazione del G.D. sono inefficaci rispetto ai creditori del concordato. Sarebbe davvero singolare se quelli compiuti prima dell'apertura della procedura (e dunque senza controllo giurisdizionale) addirittura diventassero prededucibili». Pressoché nei medesimi termini, Trib. Pordenone, 8 ottobre 2009. In dottrina si v., per tutti, E. BRUSCHETTA, *La ripartizione dell'attivo* in A. DIDONE (a cura di), *Le riforme della legge fallimentare*, Milano, 2009, I, p. 1260.

<sup>39</sup> Correttamente rileva A. PATTI, *La prededuzione dei crediti funzionali al concordato preventivo tra art. 111 ed art. 182-quater l. fall.*, in *Fall.*, 11, 2011, p. 1340, in nota a Trib. Milano, 26 maggio 2011, che la locuzione «in funzione» presuppone una correlazione del credito con procedura tanto di tipo strumentale, quanto teleologica.

successivo fallimento tutti quei crediti sorti in occasione e in funzione di un concordato preventivo dichiarato aperto, a prescindere dall'eventuale voto favorevole espresso dai creditori, ovvero dall'emissione del decreto di omologazione *ex art. 180 l. fall.*<sup>40</sup>

Il contrasto giurisprudenziale è stato acuito dalla promulgazione dell'art. 182 quater, comma 4 l. fall., introdotto dal d.l. n. 48 del 31 maggio 2010, convertito dalla legge n. 122 del 30 luglio 2010. Detta disposizione, successivamente abrogata con L. 7 agosto 2012 n. 134, che ha convertito, con modificazioni, il D.L. 22 giugno 2012 n. 83, disponeva che «sono altresì prededucibili i compensi spettanti al professionista incaricato di predisporre la relazione di cui agli articoli 161, terzo comma, 182 bis, primo comma, purché ciò sia espressamente disposto nel provvedimento con cui il tribunale accoglie la domanda di ammissione al concordato preventivo ovvero l'accordo sia omologato».

Taluni interpreti, infatti, utilizzando la norma in chiave interpretativa, hanno limitato l'ambito applicativo dell'art. 111, comma 2 l. fall., con conseguente esclusione della natura prededucibile di tutti i crediti professionali sorti in funzione di un concordato preventivo diversi da quello del professionista asseveratore<sup>41</sup>.

Diviene in tal guisa irrilevante qualsivoglia accertamento ulteriore, perché l'unica posta attiva relativa alla fase concordataria, prededucibile nel successivo fallimento, sarebbe - per espressa disposizione di legge - quella del professionista attestatore.

Centrale, in questa prospettiva, è la particolare considerazione dell'opera prestata da quest'ultimo, considerata dal legislatore l'unica necessaria per l'apertura del concordato, stante l'obbligatorietà dell'allegazione della relazione attestante la veridicità dei dati aziendali e la fattibilità del piano medesimo alla domanda di ammissione. Per contro, l'attività prestata dal

---

<sup>40</sup> Sul punto, Trib. Milano 20 agosto 2009, in *Fall.*, 2009, 12, p. 1413, con nota di L. BOGGIO, *Crediti sorti in funzione del concordato preventivo: prededuzione...ma non troppo*: «se il legislatore avesse inteso subordinare il riconoscimento della prededuzione ad un ulteriore requisito quale l'approvazione della proposta concordataria da parte dei creditori o la successiva omologa avrebbe diversamente formulato la norma. La scelta invece compiuta dal legislatore, utilizzando il concetto di nesso funzionale ed addirittura di nesso occasionale senza operare alcuna distinzione tra procedure concorsuali e tra fasi interne delle procedure, è stata evidentemente, con riferimento alla procedura di concordato, quella di agevolare al massimo la presentazione tutelando pienamente i soggetti che prestano la propria opera a tal fine. D'altro canto mentre la fase antecedente il provvedimento di ammissione è meramente prodromica, risultando il procedimento soltanto formalmente incardinato per effetto del deposito di un qualunque ricorso che il ricorrente qualifichi come ricorso per concordato preventivo, a prescindere dalla idoneità del suo contenuto ad integrarne i requisiti minimi previsti dalla legge e dall'allegazione di documenti stabiliti a pena di inammissibilità, con l'ammissione la procedura di concordato preventivo è pendente a tutti gli effetti, superando il vaglio di ammissibilità demandato al tribunale». In senso conforme, Trib. Prato, 24 giugno 2011; Trib. Milano, 26 giugno 2009, in *Riv. dott. comm.*, 2010, p. 190; Trib. Roma, 10 febbraio 2010; Trib. Udine, 6 dicembre 2009; Trib. Udine, 15 ottobre 2008, in *Fall.*, 12, 1414. Analogamente a favore del riconoscimento della prededuzione anche Trib. Treviso, 16 giugno 2008, che però sembra negare una rilevanza determinante all'emissione del decreto di apertura della procedura concordato preventivo ai fini del riconoscimento nel successivo fallimento della natura prededucibile del credito professionista che ha predisposto il piano concordatario.

<sup>41</sup> In questa direzione Trib. Milano, 26 maggio 2011, in *Giur. comm.*, 2013, 1, II, p. 81, con nota di G. CIERVO, *Crediti sorti «in funzione» della procedura concorsuale: solo quelli dell'attestatore sono prededucibili*; analogamente Trib. Terni, 26 aprile 2012; Trib. Fermo, 8 settembre 2011; Trib. Terni, 13 giugno 2011, in *Fall.*, 2011, p. 1339 ss.; Trib. Pistoia, 24 ottobre 2011.

professionista che assiste il debitore nella predisposizione del piano concordatario non sarebbe indispensabile, «ben potendo il debitore formulare in proprio, sia il piano sottostante alla proposta, sia la domanda di ammissione alla procedura»<sup>42</sup>. In sostanza, unicamente nel rapporto tra la procedura concordataria e il credito del professionista attestatore sarebbe rinvenibile o, più correttamente, rilevante il nesso di funzionalità indicato dall'art. 111, comma 2 l. fall. come autonomo titolo di prededuzione.

Altri tribunali, sulla scorta di analoghe argomentazioni, muovendo dal presupposto che l'abrogata previsione legislativa di cui all'art. 182 quater, comma 4 l. fall. fosse netta nel prevedere la prededucibilità del credito del professionista attestatore «purché ciò sia espressamente disposto nel provvedimento con cui il tribunale accoglie la domanda di ammissione al concordato preventivo ovvero l'accordo sia omologato», hanno negato la natura prededucibile nel successivo fallimento di tutti i crediti professionali sorti in funzione di un concordato preventivo successivamente non omologato<sup>43</sup>; considerando detta norma alla stregua di una disposizione dalla portata non già innovativa bensì interpretativa, l'omologazione del concordato preventivo rappresenterebbe la soglia minima per qualificare i crediti, anteriormente maturati per le attività svolte in una procedura minore, come sorti «in funzione» della stessa e, di conseguenza, prededucibili nel successivo fallimento.

Un simile approccio esegetico finirebbe, tuttavia, per confutare il riconoscimento della «funzionalità» quale titolo autonomo e distinto di prededuzione, ovvero subordinare tale nesso alla sussistenza di una condizione ulteriore, mai menzionata dal legislatore, cioè a dire la preventiva omologazione del concordato preventivo poi sfociato nel fallimento<sup>44</sup>.

---

<sup>42</sup> Trib. Milano, 26 maggio 2011, cit.; l'art. 161 l. fall. dispone, infatti, che «la domanda per l'ammissione alla procedura di concordato preventivo è proposta con ricorso, sottoscritto dal debitore, al tribunale del luogo in cui l'impresa ha la propria sede principale», così prefigurando l'eventualità (ovviamente circoscritta alle ipotesi di piani concordatari non eccessivamente complessi) che possa essere lo stesso debitore a curare la redazione della domanda di concordato preventivo.

<sup>43</sup> In tal senso, si v. Trib. Ascoli, 5 novembre 2010, in *Giur. merito*, 4, 2012, p. 891 ss., con nota critica di L. D'ORAZIO, *Il vaglio giurisdizionale in sede di ammissione al passivo e la verifica ex post della prededuzione del compenso del professionista non attestatore in sede di ammissione al passivo*: «Appare infatti evidente la scelta di campo operata dal legislatore nel senso di considerare prededucibili quei crediti maturati dal professionista per necessarie attività prodromiche all'apertura della procedura concorsuale minore purché idonee a superare quella soglia minima (l'omologazione del concordato) che le possa far considerare utili nell'interesse della massa dei creditori»; nei medesimi termini, da ultimo, Trib. Roma, 2 aprile 2013 in *Fall.*, 2014, 1, p. 70 ss. con nota critica di G.B. NARDECCHIA, *I crediti sorti in funzione o in occasione del concordato preventivo*.

<sup>44</sup> Nei medesimi termini L. D'ORAZIO, *Il vaglio giurisdizionale in sede di ammissione al passivo e la verifica ex post della prededuzione del compenso del professionista non attestatore in sede di ammissione al passivo*, cit.; G.B. NARDECCHIA, *Gli effetti del concordato preventivo sui creditori*, Milano, 2011, p. 269; ID, *La prededuzione del credito del professionista*, cit., p. 74; A. PATTI, *La prededuzione dei crediti funzionali al concordato preventivo tra art. 111 ed art. 182-quater l. fall.*, cit., p. 1345; S. AMBROSINI, *Profili civili e penali delle soluzioni negoziate nella L. n. 122/2010*, in *Fall.*, 2001, p. 641 ss.; M. FABIANI, *Prededuzione «speciale» ex art. 182-quater l. fall. e regime di impugnazione*, nota a Trib. Firenze, 4 luglio 2011, in *Foro it.*, 2011, I, c. 2529; A. DIDONE, *La prededuzione dei crediti tra nuovo art. 111 e nuovo art. 182-quater l. fall.*

In altri termini, l'art. 182 quater l. fall., lungi dal chiarire e dall'esplicitare il testo della previsione *ex art. 111 l. fall.*, ovvero dal vincolare un determinato significato ascrivibile alla stessa<sup>45</sup>, nel corso della sua breve vigenza ha semplicemente previsto un'ipotesi di prededucibilità «legale», risultando il contenuto precettivo della stessa disposizione evidentemente innovativo e, comunque, del tutto estraneo alla formulazione della norma *ex art. 111, comma 2 l. fall.*

Il contrasto giurisprudenziale è stato in ogni caso definitivamente risolto dal legislatore con l'abrogazione dell'art. 182 quater, comma 4 l. fall., per quanto, come rilevato dalla Corte di Cassazione<sup>46</sup>, «il dettato dell'articolo 111, comma 2 l. fall. è assolutamente chiaro nel prevedere la prededucibilità anche per tutti i crediti sorti in funzione di procedure concorsuali e la valorizzazione dell'introduzione dell'articolo 182 quater a sostegno di un'interpretazione immotivatamente restrittiva della disposizione generale fissata nel citato articolo 111 (tale cioè da annullarne sostanzialmente la portata) contrasta con la lettera della legge e con l'intenzione del legislatore, all'evidenza individuabile nell'esigenza di favorire il ricorso a procedure concorsuali diverse da quella liquidatoria del fallimento».

L'orientamento prevalente, recepito da più di una pronuncia di legittimità<sup>47</sup>, appare - ferma restando la valenza assorbente dell'intervenuta abrogazione della discussa disposizione e l'acclarata valenza innovativa e non interpretativa della stessa - certamente più fedele al dato letterale e semantico dell'art. 182 quater, comma 4 l. fall.

Sarebbe risultato del tutto inintelligibile, infatti, l'utilizzo da parte del legislatore del termine «altresì» nel contesto dell'articolo da ultimo citato posto che, notoriamente, detto avverbio, posposto a una forma verbale, ha valore addizionale e aggiuntivo, non certo specificativo.

Inoltre, la medesima chiave di lettura avrebbe prodotto ulteriori e non meno evidenti aporie anche sotto il profilo sistematico. Negare la sussistenza di un nesso di funzionalità del credito in parola, qualificandolo nella sostanza estraneo agli interessi della massa, equivarrebbe, di fatto, a confutare il principio concordatario di produzione di utili effetti per il ceto creditorio già alla data della presentazione del ricorso ai sensi degli articoli 168 e 169 l. fall.

---

*prima e dopo la L. n. 134 del 2012 in Giust. civ.*, 1, 2013, p. 63 ss., il quale con rigore evidenzia le problematiche di una lettura in chiave interpretativa dell'art. 182 quater l. fall.

<sup>45</sup> Nell'alveo delle norme interpretative, secondo l'indirizzo costante della giurisprudenza costituzionale, posso essere ricondotti soltanto gli interventi legislativi espressamente qualificati come tali, ovvero volti a dirimere una situazione di incertezza nell'applicazione del diritto o di conflitto di interpretazioni, posto che «è necessario e sufficiente che la scelta ermeneutica imposta dalla legge interpretativa rientri tra le possibili varianti di senso del testo interpretato, cioè stabilisca un significato che ragionevolmente poteva essere ascritto alla legge anteriore»; in tal senso Corte Cost., 22 dicembre 1992, n. 480. In senso conforme, Corte Cost., 22 novembre 2000, n. 525.

<sup>46</sup> Cass., 8 febbraio 2013, n. 8533, in *Fall.*, 2014, 1, p. 69, con nota di G.B. NARDECCHIA, *La prededuzione del credito del professionista*, cit., e di V. SALVATO, *Prededucibilità del credito del professionista per l'assistenza nella fase di ammissione al concordato preventivo*, cit.

<sup>47</sup> In questo senso è la pacifica giurisprudenza della Corte di Cassazione: oltre a Cass., 8 febbraio 2013, n. 8533, cit., si v. Cass., 8 aprile 2013, n. 8354 e, in senso analogo, Cass., 17 aprile 2014, n. 8958 nonché, da ultimo, Cass., 10 settembre 2014 n. 19013; cfr. inoltre, in sede di merito, Trib. Parma, 31 dicembre 2013.

Oltre a ciò si rileva che tale prospettiva ermeneutica, tutt'altro che incline a incentivare il professionista ad assumere un incarico nella procedura concordataria, appariva del tutto antitetica rispetto alle finalità del processo riformatore intrapreso in questi anni dal legislatore, volto a favorire quanto più possibile una soluzione della crisi d'impresa alternativa al fallimento<sup>48</sup>.

Impostazione ormai costante, avvalorata dalla migliore dottrina<sup>49</sup>, che tuttavia non risulta unanimemente condivisa dalla giurisprudenza di merito, sul presupposto che «qualora si riconoscesse la prededuzione ai crediti per attività professionali rese a imprenditori e società solo in ragione della prossimità temporale con l'apertura di procedure concorsuali, si darebbe la stura a possibili attività fraudolente a danno della massa dei creditori, ben potendosi ipotizzare il promovimento di giudizi sicuramente infruttuosi (magari per crediti prescritti, inesigibili o verso debitori non solvibili), o di domande di concordato sicuramente destinate solo a ritardare il fallimento, che il professionista potrebbe promuovere, al solo scopo di lucrare crediti prededucibili, in spregio alle norme deontologiche»<sup>50</sup>.

Si tratta di argomentazioni per certi versi condivise da parte della giurisprudenza precedentemente formatasi sul punto<sup>51</sup> che, ad ogni modo, nei termini sopra prospettati appaiono tutt'altro che convincenti.

Se da un lato, infatti, è pacifico che non possa esservi alcun cieco automatismo nel riconoscimento della prededuzione di un credito professionale in ragione della mera «prossimità temporale» con una procedura concorsuale, dall'altro risulta evidente che la sussistenza del nesso di funzionalità della posta creditoria con la procedura di concordato preventivo non può essere soggetta a postume valutazioni di «utilità» per la massa dei creditori, poiché ciò implicherebbe che la sopravvenienza della dichiarazione di fallimento (circostanza del tutto fisiologica nell'ambito della fattispecie delineata dalla norma in oggetto) verrebbe di

<sup>48</sup> Così G.B. NARDECCHIA, *La prededuzione del credito del professionista*, cit., p. 74, il quale rileva come la lettura restrittiva dell'art. 111 l. fall., volta cioè a riconoscere unicamente la prededucibilità del credito del professionista asseveratore, possa prefigurare un contrasto anche con il principio di eguaglianza ex art. 3 Cost., oltre che con lo spirito generale della riforma fallimentare; analogamente A. PATTI, *La prededuzione dei crediti funzionali al concordato preventivo tra art. 111 ed art. 182-quater l. fall.*, cit., p. 1345; S. AMBROSINI, *Profili civili e penali delle soluzioni negoziate nella L. n. 122/2010*, in *Fall.*, 2001, p. 644.

<sup>49</sup> Per tutti, A. DIDONE, *La prededuzione dei crediti tra nuovo art. 111 e nuovo art. 182-quater l. fall. prima e dopo la L. n. 134 del 2012*, cit., p. 63 ss.; ID., *Il controllo giudiziale sulla nuova prededuzione del finanziamento dei soci postergabile*, in *Soc.*, 2011, 1093; G.B. NARDECCHIA, sub art. 182-quater l.f., in G. LOCASCIO (a cura di), *Codice commentato del fallimento*, Milano, 2012; M. FABIANI, *Prededuzione «speciale» ex art. 182-quater l. fall. e regime di impugnazione*, cit.; D'ORAZIO, *Il vaglio giurisdizionale in sede di ammissione al passivo e la verifica ex post della prededuzione del compenso del professionista non attestatore in sede di ammissione al passivo*, cit.; A. PATTI, *La prededuzione dei crediti funzionali al concordato preventivo tra art. 111 ed art. 182-quater l. fall.*, cit., p. 1345; S. AMBROSINI, *Profili civili e penali delle soluzioni negoziate nella L. n. 122/2010*, cit., p. 641 ss.; ID., *Appunti flash sull'art. 182-quater della legge fallimentare*, in *www.ilcaso.it*, 2010; S. BONFATTI, *I concordati preventivi di risanamento*, in A. Caiafa (a cura di), *Le procedure concorsuali*, II, Padova, 2011, p. 1379 ss.

<sup>50</sup> Trib. Ascoli Piceno, 11 luglio 2013, a quanto consta l'unica pronuncia difforme rispetto all'orientamento delineatosi in sede di legittimità.

<sup>51</sup> In questi termini Trib. Bari, 17 maggio 2010, in *Giur. merito*, 1011, 5, p. 1304 ss. con nota di L. D'ORAZIO, *Nuovi orizzonti della prededuzione del professionista nel concordato preventivo*; conf. Trib. Firenze, 26 marzo 2008; Trib. Pordenone, 8 ottobre 2009; Trib. Prato, 14 giugno 2012.

per sé ad integrare i presupposti della rappresentazione plastica del concetto di «inutilità» di ogni attività svolta allo scopo di superare la crisi d'impresa.

Non può essere quindi «l'utilità», concetto assai sfuggente e giuridicamente indeterminato, ma «l'inerenza» agli interessi della massa e agli scopi della procedura il parametro su cui deve fondare in concreto il controllo esercitato dall'interprete, al fine di valutare o meno la reale consistenza del legale di funzionalità di un attività professionale rispetto al procedimento concordatario conclusosi con il fallimento del debitore<sup>52</sup>.

Con la conseguenza che, di regola, non potrà essere negato un apporto strumentale tra la prestazione del professionista e il concordato preventivo quantomeno dichiarato aperto dal tribunale fallimentare<sup>53</sup>.

Non si intende in questa sede entrare nel merito della spigolosa problematica del controllo giudiziale in sede di ammissione della procedura, ma è fuor di dubbio che in questo caso un vaglio positivo (per quanto incidentale) del tribunale in ordine all'inerenza dell'attività espletata dal professionista che ha coadiuvato l'imprenditore nella stesura del piano concordatario e la procedura concorsuale vi sia certamente stato<sup>54</sup>. Circostanza che il giudice delegato non potrà, di conseguenza, non tenere in debita considerazione nella successiva fase di verifica del passivo fallimentare per il riconoscimento della natura prededucibile del credito.

---

<sup>52</sup> La tesi è avvalorata da Cass., 5 marzo 2012, n. 3402 in *Giust. civ. 2012*, 5, I, 1217, una delle prime pronunce di legittimità ad affrontare apertamente la tematica dell'interpretazione del sintagma «crediti sorti in funzione delle procedura concorsuali» di cui all'art. 111, comma 2 l. fall.: «al di fuori dell'ipotesi in cui il credito si riferisca ad obbligazione contratta direttamente dagli organi della procedura per gli scopi della procedura stessa, il collegamento "occasionale" ovvero "funzionale" posto dal dettato normativo deve intendersi riferito al nesso, non tanto cronologico né solo teleologico, tra l'insorgere del credito e gli scopi della procedura, strumentale in quanto tale a garantire la sola stabilità del rapporto tra terzo e l'organo fallimentare, ma altresì nel senso che il pagamento di quel credito, ancorché avente natura concorsuale, rientra negli interessi della massa, e dunque risponde allo scopo della procedura in quanto inerisce alla gestione fallimentare. In questa prospettiva, la prededuzione attua un meccanismo soddisfacente destinato a regolare non solo le obbligazioni della massa sorte al suo interno, ma tutte quelle interferiscono con l'amministrazione fallimentare ed influiscono per l'effetto sugli interessi dell'intero ceto creditorio».

<sup>53</sup> In senso parzialmente difforme G. CIERVO, *Prededucibilità dei crediti sorti «in funzione» della procedura concorsuale*, cit., p. 773 ss. (spec. nota 13), il quale rileva come, in ogni caso, il riconoscimento della natura prededucibile nel successivo fallimento del credito vantato dal professionista che ha coadiuvato il debitore nella stesura del piano concordatario non possa essere subordinata dall'ammissione dell'imprenditore in crisi alla procedura di concordato preventivo; con la conseguenza che sarà sempre necessario da parte dell'interprete una valutazione relativa alla sussistenza di un concreto nesso di funzionalità. Si pensi, ad esempio, al concordato preventivo aperto ai sensi dell'art. 163 l. fall., ma successivamente revocato ai sensi dell'art. 173 l. fall. per l'acclarato compimento di atti di frode; in tal caso Trib. Vicenza, 11 ottobre 2010 ha negato, nonostante l'emissione del decreto *ex art. 163 l. fall.*, la natura prededucibile del credito del professionista che ha assistito l'imprenditore nella predisposizione della domanda oggetto di revoca.

<sup>54</sup> Interessanti, sul punto, le considerazioni di G.B. NARDECCHIA, *La prededuzione del credito del professionista*, cit., p. 78; in senso conforme A. PATTI, *La prededuzione dei crediti funzionali al concordato preventivo tra art. 111 e art. 182 quater l. fall.*, cit., p. 1347.