



PROCURA GENERALE
della Corte di cassazione

Sezione 1^a Civile
Udienza Pubblica del 30 settembre 2020

Memoria recante le conclusioni scritte del P.M.
Sostituto Procuratore Generale
Stanislao De Matteis

Causa n. 7, r.g. 20229/2017
(uguale al ricorso n. 8)
Rel., Cons. A. Fidanzia

1. - Con decreto del 21.8.2017, il Tribunale di Arezzo respinse l'opposizione *ex art. 98 l.fall.* proposta da **** nei confronti del Fallimento *****, intesa ad ottenere il riconoscimento della prededucibilità *ex art. 111 l.fall.* per il credito insinuato (nascente da attività professionale per la predisposizione e presentazione di domanda di concordato preventivo poi dichiarata inammissibile) e, per l'effetto, confermò l'ammissione del credito di € 23.333,33 in privilegio *ex art. 2751-bis, n. 2, c.c.*

Nella sostanza il Tribunale di Arezzo, rilevato che la domanda di concordato preventivo era stata dichiarata inammissibile, ha ritenuto che difettassero “*in radice i presupposti per il riconoscimento della prededuzione ex art. 111 l.fall., stante la mancanza di una procedura concorsuale rispetto alla quale valutare la funzionalità e/o l'occasionalità della prestazione professionale*”.

2. – Il ricorso per cassazione è affidato a **due** motivi. Col **primo** si censura la decisione per violazione e falsa applicazione dell'art. 69 *bis* l.fall. per aver il Tribunale assimilato l'assenza fattuale della domanda di concordato preventivo alla diversa ipotesi della domanda dichiarata inammissibile. Col **secondo** si censura la decisione per violazione e falsa applicazione dell'art. 111 l.fall. perché la declaratoria di inammissibilità della domanda di concordato non è idonea a privare il credito del professionista del rango della prededuzione avendo l'art. 111 cit. esteso la prededucibilità a tutti i crediti sorti in funzione di precedenti procedure concorsuali (Cass. nn. 8533/2013, 1513/2014, 8958/2014), fra i quali il credito del professionista rientra *de plano*, senza che debba verificarsi il “risultato” delle prestazioni (certamente strumentali all'accesso alla procedura minore) da questi svolte, ovvero la loro concreta utilità per la massa (Cass. 2264/2015).

2.1. – La questione posta all'attenzione della Corte è, dunque, la seguente: si tratta di stabilire se, il credito per compensi vantato dal professionista incaricato di

redigere e/o presentare la domanda di concordato preventivo possa ritenersi prededucibile, perché “funzionale” alla introduzione del procedimento di soluzione concordata della crisi, tutte le volte in cui la attività compiuta, secondo una valutazione da compiersi *ex ante*, si riveli “utile”, oppure se, al contrario, la predetta collocazione spetti nei soli casi in cui la domanda di concordato cui sia seguito il fallimento fosse quantomeno in astratto fattibile e non abbia avuto seguito per fatti contingenti.

Più precisamente, occorre valutare se la corte di merito abbia correttamente escluso la funzionalità del credito vantato dal professionista ricorrente in virtù della constatazione, compiuta *ex post*, della originaria inaccoglibilità della domanda ex art. 161 l.fall.

3. – Sulla predetta questione generale concernente le conseguenze della declaratoria di inammissibilità della domanda di concordato preventivo proposta dal debitore sulla riconoscibilità della prededuzione del credito che il professionista che l’abbia assistito nella sua presentazione intenda poi insinuare al passivo del suo successivo fallimento, Cass. 25705/2019 ha ritenuto necessario un approfondimento, a cura dell’Ufficio del Massimario, che descriva il corrispondente, complessivo panorama dottrinale e giurisprudenziale, così da consentire, successivamente la fissazione di una udienza pubblica monotematica.

3.1. – Depositata la relazione tematica da parte dell’Ufficio del Massimario, è stata fissata la presente udienza pubblica.

4. – Con l’intervento sul comma 2 dell’art. 111 l.fall., operato dagli artt. 99 del d.lgs. n. 5 del 2006 ed 8 del d.lgs. n. 169 del 2007 d.lgs., sono ora prededucibili 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*». Al di fuori dei casi espressamente previsti dalla legge, la locuzione “*in occasione o funzione*” individua, secondo l’interpretazione affermata in giurisprudenza, i due criteri che, in via alternativa, possono giustificare la prededucibilità di un credito (cfr. Cass. n. 18488 del 2018; Cass. n. 5098 del 2014; Cass. n. 1513 del 2014).

4.1. – Il **primo** dei due canoni (il criterio della “occasionalità”) consiste nella coincidenza cronologica tra credito e procedura e va implicitamente integrato con la riferibilità del credito all’attività degli organi della procedura (cfr. Cass. n. 18488 del 2018; Cass. n. 20113 del 2016).

4.2. – Il **criterio** della “funzionalità” assume, invece, un significato di tipo teleologico. In base ad esso, possono ricomprendersi nell’area del prededucibile i crediti per prestazioni effettuate in funzione di una procedura concorsuale.

4.2.1. – La categoria della “funzionalità”, svincolata da un legame temporale con la procedura, ha indotto a ritenere che, sotto tale voce, potessero ricomprendersi i crediti riferibili a prestazioni effettuate **prima** che la procedura abbia avuto inizio: **tipicamente, nel caso del concordato preventivo, vengono fatti rientrare in quest’ordine le spese sostenute dal debitore per l’accesso alla procedura, ossia, principalmente, il compenso per l’attestatore e per gli altri professionisti eventualmente incaricati di predisporre la domanda ed il piano** (cfr., tra le più recenti, Cass. n. 12017 del 2018).

In particolare, - secondo l'esemplificazione fatta da Cass. n. 280/2017 - la funzionalità è ravvisabile quando le prestazioni compiute dal terzo, per il momento ed il modo con cui sono state assunte in un rapporto obbligatorio con il debitore, confluiscono nel disegno di risanamento da quest' ultimo predisposto in modo da rientrare in una complessiva causa economico-organizzativa almeno preparatoria di una procedura concorsuale, a meno che non ne risulti dimostrato il carattere sovrabbondante o superfluo rispetto all' iniziativa assunta.

5. – Secondo alcune pronunce, il carattere **alternativo** dei predetti criteri **non** consente, peraltro, l'estensione della prededucibilità a qualsiasi obbligazione caratterizzata da un sia pur labile collegamento con la procedura concorsuale, dovendosi, in ogni caso, accertare, con valutazione da compiersi *ex ante*, il **vantaggio arrecato** alla massa dei creditori, con apprezzamento che, risolvendosi in un'indagine di fatto, è riservato al giudice di merito ed è censurabile in cassazione solo per vizio di motivazione (cfr. Cass. n. 18488 del 2018; Cass. n. 24791 del 2016).

Tale ultima interpretazione tiene evidentemente conto della preoccupazione che possano beneficiare di un trattamento privilegiato crediti relativi a prestazioni di nessuna utilità o addirittura dannose per i creditori.

5.1. – A questa giurisprudenza si è espressamente appellato il Tribunale di Arezzo citando Cass. 280/2017, che nel dare continuità a Cass. 25589 del 2015 (e quindi alla giurisprudenza citata nel § 5), ha però anche affermato che il vantaggio arrecato alla massa dei creditori comunque costituisce *“un elemento oggettivo che ben può precisarsi in una nozione di funzionalità, o strumentalità, di tali crediti (rectius delle attività dalle quali essi originano) rispetto alla procedura concorsuale (Cass. 5098/2014, 7579/2016), con valutazione da operare ex ante, non potendo per un verso l'evoluzione fallimentare della vicenda concorsuale, di per sé sola e pena la frustrazione dell'obiettivo della norma, escludere il ricorso all'istituto”*.

6. – Dal tenore letterale delle norme in materia di prededuzione, - così introducendosi il **problema** del se una tale prededucibilità endoconcordataria operi **automaticamente** in un'eventuale e successiva procedura fallimentare (o comunque in una diversa procedura concorsuale) ovvero se, in seno a quest'ultima, sia necessaria una previa valutazione da parte degli organi fallimentari in sede di verifica del passivo - si evince che il riconoscimento della prededuzione **non** è espressamente condizionato all'effettivo deposito della proposta di concordato preventivo completa nel termine assegnato dal tribunale.

Ed infatti, così facendosi, una condotta **omissiva** del debitore (ma altrettanto, evidentemente, sarebbe a dirsi ove quest'ultimo espressamente **rinunci** alla proposta domanda di concordato cd. in bianco) verrebbe ad incidere negativamente (e retroattivamente) **non** già sul debitore medesimo, **bensì sui terzi che incolpevolmente avevano fatto affidamento sulla prededucibilità riconosciuta dalla legge ai loro crediti, in quanto sorti per effetto degli “atti legalmente compiuti” dal debitore** (*id est*: atti di ordinaria amministrazione ed atti urgenti di straordinaria amministrazione autorizzati dal tribunale), con conseguente pregiudizio alla certezza dei rapporti giuridici e depotenziamento della fiducia nel modulo preconcordatario, su cui il legislatore delle riforme ha invece fatto leva per il rilancio delle soluzioni concordate della crisi di impresa.

6.1. – Uguali ragioni militano per il riconoscimento della prededuzione ai crediti maturati nel corso di una procedura concordataria (completa) che sia stata poi **rinunciata**.

In questo senso è utile ricordare, tra le altre, Cass. 15101/2019 (ma v. tante altre del medesimo tenore a seguito della pubblica udienza del 3.4.2019), secondo cui “*i crediti di terzi, scaturenti da atti legalmente compiuti dall'imprenditore dopo la presentazione di una domanda di concordato in bianco, sono in astratto prededucibili, per espressa disposizione di legge, nel fallimento o nella liquidazione coatta amministrativa, anche ove vi sia stata **rinuncia** al concordato, poichè il requisito della consecuzione tra le procedure dipende dalla mancanza di discontinuità dell'insolvenza;*”

7. - La lettura della norma che **tutela** maggiormente le aspettative dei terzi contraenti con il debitore preconcordatario poggia su principi analoghi a quelli che sorreggono la conservazione degli effetti degli “*atti legalmente compiuti*” dagli organi della procedura, ex art. 18, penultimo comma, l.fall., in caso di revoca della sentenza di fallimento.

7.1. – In altri termini, come affatto condivisibilmente sostenutosi in dottrina, dei **due** cardini temporali del beneficio in esame (il deposito del ricorso ex art. 161, comma 6, l.fall. ed il decreto di apertura del concordato ex art. 163 l.f.) solo il **primo** configura anche una condizione della prededucibilità, mentre il **secondo** rappresenta, più che altro, un discrimine temporale rispetto alla “fisiologica” evoluzione della procedura nella fase successiva, in cui l’efficacia degli atti compiuti dal debitore resta disciplinata dall’art. 167 l.fall. (nonchè, per i finanziamenti, dagli artt. 182-*quater*, comma 1, e 182-*quinquies* l.fall.), laddove l’evoluzione “patologica” del mancato deposito, nel termine fissato, della proposta di concordato (ovvero di un accordo di ristrutturazione dei debiti) **comporta solo gli effetti negativi - per il debitore -** codificati nell’ultima parte del comma 6 (convocazione in camera di consiglio per la dichiarazione di improcedibilità e di eventuale fallimento, ex art. 162, commi 2 e 3, l.fall.) e nel comma 9 (preclusione biennale alla riproposizione di un concordato “con riserva”) dell’art. 161 l.fall., oltre alla riespansione delle facoltà dei creditori in precedenza comprese dall’art. 168 l.fall..

7.2. – Di qui la conclusione che i crediti *de quibus*, espressamente qualificati come prededucibili da specifiche disposizioni di legge, godono di tale beneficio a prescindere dall’esito della domanda di concordato con riserva, e, quindi, anche in caso di successivo fallimento o **di una nuova procedura concorsuale che segua all’infruttuoso esito della prima.**

7.2.1. – Per una lettura ampia che prescinde dall’adozione del decreto di ammissione di cui all’art. 163 l.fall. cfr. Cass. 7974/2018, punto 4.4. della motivazione (v., infra, § 11.1.1.).

7.3. – Tanto, del resto, appare essere pienamente coerente con l’avvenuta **abrogazione**, giusta l’art. 22, comma 7, del d.l. n. 91 del 2014, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 116 del 2014, dell’articolo 11, comma 3-*quater*, del d.l. n. 145 del 2013, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 9 del 2014 (che, come si ricorderà, aveva sancito che la disposizione di cui all’articolo 111, secondo comma, del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267, e successive modificazioni, si interpreta nel

senso che i crediti sorti in occasione o in funzione della procedura di concordato preventivo aperta ai sensi dell'articolo 161, sesto comma, del medesimo regio decreto n. 267 del 1942, e successive modificazioni, sono prededucibili alla **condizione** che la proposta, il piano e la documentazione di cui ai commi secondo e terzo del citato articolo 161 siano presentati entro il termine, eventualmente prorogato, fissato dal giudice e che la procedura sia aperta ai sensi dell'articolo 163 del medesimo regio decreto, e successive modificazioni, senza soluzione di continuità rispetto alla presentazione della domanda ai sensi del citato articolo 161, sesto comma).

Secondo quanto si rinviene nella relativa relazione illustrativa, la norma sarebbe stata abrogata perchè «in *netto contrasto con gli interventi di riforma della disciplina del concordato preventivo che si sono susseguiti a partire dal 2005*». Ciò in quanto essa pregiudicherebbe le finalità di tali interventi: rendere la procedura di concordato preventivo più efficiente al fine di pervenire alla risoluzione delle crisi d'impresa in maniera più celere e, soprattutto, favorire il risanamento dell'impresa in crisi attraverso la prosecuzione dell'attività aziendale.

La relazione evidenzia i principali effetti negativi che potevano discendere dall'applicazione della norma abrogata: **la lesione dell'affidamento** delle controparti del debitore in concordato, l'incerto rilievo della norma in caso di deposito di domanda di omologazione degli accordi ex art. 182-*bis* il mancato coordinamento con esenzione da revocatoria. Conseguenze negative derivanti dall'applicazione della norma abrogata che avrebbero pregiudicato la continuità aziendale del debitore durante la procedura di "preconcordato" e, più in generale, avuto un effetto disincentivante sull'utilizzo del concordato preventivo da parte delle aziende stante l'incertezza nei rapporti con i terzi. Terzi che sarebbero stati naturalmente restii a proseguire o avviare rapporti commerciali con il debitore in concordato, se non a condizioni particolarmente gravose per quest'ultimo, poiché ad essi non sarebbe stato più garantito che, in caso di inadempimento, il debito contratto dal debitore in concordato sarebbe stato trattato come prededucibile in un successivo fallimento. Con la conseguenza che lo strumento del concordato preventivo rischiava di diventare un'opzione poco praticabile soprattutto per le aziende che abbiano serie prospettive di risanamento e rapporti con i terzi da preservare, ed il rischio che lo stesso sarebbe tornato ad essere relegato a soluzione di ultima istanza per società decotte, sostanzialmente un'anticamera del fallimento.

7.4. – Dopo l'abrogazione dell'art. 11, comma 3-quater, del d.l. n. 145 del 2013, quindi, ai fini del riconoscimento della prededuzione, nel successivo eventuale fallimento o in altra procedura concorsuale, dei crediti espressamente qualificati tali da norme di legge (atti legalmente compiuti ai sensi dell'art. 161, comma 7, l.fall. e finanziamenti di cui all'art. 182-*quinquies* della medesima legge) o comunque sorti in funzione o in occasione del concordato con riserva, **non** è più presupposto indispensabile il deposito del decreto di apertura ex art. 163 l.fall., **sicchè per tali crediti dovrà esservi il riconoscimento della prededuzione anche in caso di mancata ammissione alla procedura.**

7.5. – Per *incidens*, deve osservarsi che la mancata ammissione al concordato preventivo e, dunque, la declaratoria di sua **inammissibilità**, anche se effetto della rinuncia al ricorso ex art. 161 co. 6 l.fall., costituisce circostanza di per sé **irrilevante** se non quando non risulti effettuata con finalità "illecite".

7.5.1. – Ha, dunque, carattere prededucibile il credito maturato dal professionista che, pendente il termine assegnato dal tribunale ex art. 161, comma 6, l.fall. in ipotesi di domanda di concordato “*in bianco o con riserva*”, sia stato incaricato di redigere l'attestazione, qualora, una volta dichiarata **inammissibile** la domanda concordataria, sia stato pronunciato il fallimento del debitore (Cass. 25471/2019).

8. – L'ultima considerazione riguarda un recente arresto della Suprema corte, secondo cui “*la L. Fall., art. 111, comma 2, nello stabilire che sono considerati prededucibili i crediti sorti in “funzione” di una procedura concorsuale, presuppone infatti che la procedura **sia stata aperta** (e dunque, quanto al concordato, che l'opera prestata sia sfociata nella presentazione della relativa domanda e nell'ammissione dell'impresa alla procedura minore, dimostrandosi in tal modo “funzionale”, cioè strumentalmente utile, al raggiungimento quantomeno dell'obiettivo minimale perseguito dal cliente)*” (Cass. 5254/2018).

8.1. – Sebbene l'arresto da ultimo citato trovi conferma, quanto ai professionisti, nel Codice della Crisi d'Impresa (art. 6, comma 1, lett. C): sono prededucibili “*i crediti professionali sorti in funzione.....a condizione che la procedura sia **aperta** ai sensi dell'art. 47*”), come precisato da Cass. 4859/2019, occorre però ricordare (**in disparte tutto quanto innanzi rilevato**) che la giurisprudenza di legittimità ha oramai da tempo intrapreso un percorso evolutivo volto ad **affrancare** la categoria dei crediti prededucibili in ragione del loro carattere funzionale dal **presupposto** di un controllo giudiziale sulla loro utilità.

8.2. – In questa prospettiva interpretativa è stato dapprima sottolineato (Cass. n. 5098/2014) che **anche** ai crediti sorti **anteriamente** all'inizio della procedura di concordato preventivo, non occasionati dallo svolgimento della medesima procedura, può riconoscersi la prededucibilità ove sia applicabile il secondo criterio richiamato dalla L. Fall., art. 111, comma 2, quello cioè della funzionalità, o strumentalità, delle attività professionali da cui i crediti hanno origine rispetto alla procedura concorsuale. E ciò in ragione della evidente *ratio* della norma, individuabile nell'intento di favorire il ricorso alla procedura di concordato preventivo, nel quadro della riforma di tale procedura, diretta a predisporre un possibile strumento di composizione della crisi idonea a favorire la conservazione dei valori aziendali.

8.2.1. – La medesima *ratio* sta alla base del disposto della L. Fall., art. 67, lett. g), (che sottrae alla revocatoria fallimentare i pagamenti dei debiti liquidi ed esigibili eseguiti dall'imprenditore per ottenere la prestazione di servizi strumentali all'accesso alla procedura di concordato preventivo): si è, dunque, ritenuto che il nesso funzionale (il quale, in caso di mancato pagamento, giustifica la prededucibilità dei crediti derivanti dalle prestazioni stesse, pur se sorti prima dell'inizio della procedura), sia ravvisabile nella strumentalità di queste prestazioni rispetto all'accesso alla procedura concorsuale minore (cfr. sempre Cass. 12017/2018).

8.2.2. – E' stato anche precisato (Cass. n. 6031/2014) che il disposto della L. Fall., art. 111, comma 2, deve essere inteso, tenuto conto della *ratio* della riforma volta a **incentivare** gli strumenti di composizione della crisi e a favorire la conservazione dei valori aziendali, nel senso che il credito sorto in funzione di una procedura concorsuale è senza dubbio anche quello sorto “*per ottenere la prestazione di servizi strumentali all'accesso alle procedure concorsuali*” L. Fall., ex art. 67, lett. g), quale l'attività prestata in favore dell'imprenditore poi dichiarato fallito in funzione dell'ammissione

del medesimo alla procedura di concordato preventivo, **non** rilevando la natura concorsuale del credito stesso, per essere sorto in periodo anteriore al fallimento (cfr. anche, Cass. n. 19013/2014).

8.2.3. – Ne consegue che i crediti sorti a seguito delle prestazioni rese in favore dell'imprenditore per la **redazione** della domanda di concordato preventivo e per la relativa assistenza rientrano fra quelli da soddisfarsi in prededuzione ai sensi della L. Fall., art. 111, comma 2, poichè questa norma individua un precetto di carattere generale, **privo di restrizioni**, che, per favorire il ricorso a forme di soluzione concordata della crisi d'impresa, introduce un'eccezione al principio della *par condicio creditorum*, estendendo in caso di fallimento la prededucibilità a **tutti** i crediti sorti in funzione di precedenti procedure concorsuali (Cass. 1765/2015).

8.2.4. – Ne discende, ancora, come ulteriore corollario dei suesposti principi che la verifica del nesso di funzionalità/strumentalità deve essere compiuta controllando se l'attività professionale prestata possa essere ricondotta nell'alveo della procedura concorsuale minore e delle finalità dalla stessa perseguite secondo un giudizio *ex ante*, **non** potendo l'evoluzione della vicenda concorsuale, di per sè sola e pena la frustrazione dell'obiettivo della norma, escludere il ricorso all'istituto (Cass. 280/2017). In questo senso, v. da ultima Cass. 220/2020.

Dunque, la funzionalità è ravvisabile quando le prestazioni compiute dal terzo, per il momento ed il modo con cui sono state assunte in un rapporto obbligatorio con il debitore, **confluiscano** nel disegno di risanamento da quest' ultimo predisposto in modo da rientrare in una complessiva **causa economico-organizzativa** almeno preparatoria di una procedura concorsuale, a meno che non ne risulti dimostrato il carattere sovrabbondante o superfluo rispetto all'iniziativa assunta (cfr., ancora Cass. n. 280/2017).

8.2.5. – **Nessuna** verifica deve invece essere compiuta, ove alla procedura minore consegua il fallimento, in ordine al conseguimento di **un'utilità in concreto** per la massa dei creditori, concetto che non può essere confuso o sovrapposto a quello di funzionalità.

L'utilità concreta per la massa dei creditori - a prescindere dal fatto che l'accesso alla procedura di concordato preventivo costituisce di per sè un vantaggio per i creditori ove si tenga conto degli effetti della consecuzione delle procedure, tra cui la cristallizzazione della massa e la retrodatazione del periodo sospetto ai fini dell'esperimento della revocatoria fallimentare, come ha ricordato Cass. n. 6031/2014 - **non** rientra dunque nei requisiti richiesti e nelle finalità perseguite dalla norma in questione e non deve perciò essere in alcun modo indagata (Cass. n. 1182/2018).

9. – Sulla prededucibilità dei crediti nascenti da prestazioni erogate da terzi nei confronti dell'imprenditore in concordato, va in definitiva data continuità all'indirizzo per cui stabilmente la previsione della L. Fall., art. 161, comma 7, sin dalla sua inserzione, ha permesso la formulazione del principio, sintetizzato da ultimo in Cass. 15724/2019 nel senso che, **non** contestata (come nella specie) in giudizio la **piena** continuità tra concordato e fallimento, nonostante la mancata evoluzione tipologica del primo, *“la consecuzione tra procedure concorsuali è un fenomeno generalissimo consistente nel collegamento tra procedure di qualsiasi tipo, volte a regolare una coincidente situazione di dissesto*

dell'impresa, che trova nella L. Fall., art. 69 bis, una sua particolare disciplina nel caso in cui esso si attinga a consecuzione fra una o più procedure minori e un fallimento finale; tale fenomeno funge da elemento di congiunzione fra procedure distinte e consente di traslare dall'una all'altra procedura la precedenza procedimentale in cui consiste la prededuzione, facendo sì che la stessa valga non solo nell'ambito procedurale in cui è maturata ma anche nell'altro che al primo sia conseguito". In questo senso, v. anche Cass. 2429/2020.

10. – Va perciò ribadito il principio secondo cui in tema di concordato preventivo il **credito del professionista**, rientra tra quelli sorti "*in funzione*" della procedura e, come tale, ai sensi della L. Fall., art. 111, comma 2, - norma che, in relazione al previsto criterio della strumentalità o funzionalità delle attività professionali rispetto alle procedure concorsuali, introduce un'eccezione al principio della *par condicio creditorum* al fine di favorire il ricorso a forme di soluzione concordata della crisi d'impresa -, va soddisfatto in prededuzione nel successivo fallimento, **senza** che, ai fini di tale collocazione, debba essere accertato, con valutazione *ex post*, se la prestazione resa sia stata concretamente utile per la massa in ragione dei risultati raggiunti (Cass. 12017/2018). Cfr. anche Cass. 220/2020.

11. – A questi principi **non** si è adeguato il Tribunale qui dovendosi conclusivamente osservare come il credito per cui è oggi causa era sorto in favore del ricorrente in relazione alla prestazione professionale eseguita da quest'ultimo, quale avvocato che aveva curato l'attività necessaria alla predisposizione del ricorso per l'ammissione alla procedura concorsuale pattizia di regolazione della crisi, e che, pertanto, **non** rileva in alcun modo (diversamente da quello che ha mostrato di ritenere il Tribunale laddove ha escluso il nesso di funzionalità in **conseguenza** della inammissibilità della domanda di concordato preventivo) l'esito successivo della proposta concordataria (cfr. testualmente Cass. 220/2020, punto 2.7. della motivazione).

Ha, infatti, carattere prededucibile il credito maturato dal professionista che, pendente il termine assegnato dal tribunale ex art. 161, comma 6, l.fall. in ipotesi di domanda di concordato "*in bianco o con riserva*", sia stato incaricato di redigere l'attestazione, qualora, una volta dichiarata **inammissibile** la domanda concordataria, sia stato pronunciato il fallimento del debitore (Cass. 25471/2019).

11.1. – Il collegio di merito, pur rivendicando il compito di valutare in fatto la funzionalità della prestazione professionale secondo un giudizio *ex ante* (v. pag. 5, 1° cpv.), ha, infatti, applicato in maniera **non** corretta i principi poco prima affermati, spingendosi a teorizzare, in linea generale, che laddove il concordato preventivo non sia ammesso per la sua impossibilità giuridica possa presumersi che il nesso di funzionalità non esista e che la prededuzione debba essere esclusa (pag. 5, 3° cpv.).

11.1.1. – L'applicazione al caso di specie dei principi sopra illustrati rende evidente come il collegio dell'impugnazione, nel negare la collocazione in prededuzione richiesta, **si sia preoccupato** di verificare **in concreto** l'intervenuta soddisfazione dell'interesse della massa dei creditori (constatando *ex post* che la prestazione professionale non aveva soddisfatto in alcun modo l'interesse della massa, dal momento che il concordato era stato dichiarato **inammissibile** e non aveva avuto *ab origine* alcuna possibilità di esplicare effetti favorevoli per i creditori) **senza** valutare in alcun modo se l'attività professionale prestata dall'odierno ricorrente potesse essere

ricondotta, secondo una valutazione *ex ante*, nell'alveo della procedura concorsuale minore e delle finalità dalla stessa perseguite. **Così espressamente Cass. 7974/2018, punto 4.4. della motivazione.**

L'indagine, svolta sul piano dell'utilità in concreto **piuttosto** che sotto il profilo della funzionalità dell'attività professionale prestata alle esigenze di risanamento proprie della procedura minore, si pone **al di fuori** dei parametri da cui la L. Fall., art. 111, comma 2, fa discendere la collocazione in prededuzione e deve giocoforza essere rivista secondo la prospettiva di valutazione più corretta.

11.2. – In realtà la valutazione del rapporto di funzionalità/strumentalità fra prestazione e procedura deve essere compiuta controllando - come detto - se l'attività professionale prestata potesse essere ricondotta nell'alveo della procedura concorsuale minore e delle finalità dalla stessa perseguite secondo un giudizio *ex ante*.

11.2.1. – Il giudice di merito, nel compiere questa verifica in un'ottica di riconducibilità della prestazione alla struttura della procedura, deve invece astenersi dalla valutazione dei vizi che hanno minato l'iniziativa di risanamento e dell'ascrivibilità degli stessi alla prestazione del creditore istante (quale causa originaria o per aver condiviso errori altrui), poichè questo profilo di indagine riguarda invece, in una prospettiva giocoforza posteriore allo svolgimento dell'incarico, l'esattezza dell'adempimento (e la conseguente utilità in concreto che la prestazione era in grado di procurare) e intercetta un **piano diverso** rispetto a quello della mera funzionalità, concernente l'esistenza e la consistenza del credito.

11.2.2. – E l'indagine su questo piano nel caso di specie non assumeva rilievo, dato che, con l'avvenuta parziale ammissione del credito in privilegio - non impugnata nè dal curatore, nè dalla parte -, si era formato il giudicato interno sul credito del professionista, limitatamente alla somma ammessa, rimanendo così da stabilire soltanto se la stessa dovesse essere collocata in prededuzione.

11.3. – Pertanto, **come rilevato da Cass. 27537 e 27538/2019** a proposito di analoga fattispecie sempre proveniente dal Tribunale di Arezzo, quando il collegio dell'opposizione all'interno del provvedimento, pur riconoscendo l'esistenza di un collegamento funzionale (nella parte in cui osserva che "*il fatto generatore è collegato a un'istanza di concordato*": pag. 5, 1° cpv.), ha escluso la collocazione del credito in prededuzione in ragione della sua originaria inutilità (nel punto ove ritiene che "*un concordato.... che sia in seguito dichiarato inammissibile perchè il Tribunale ne accerti la carenza dei presupposti ovvero ne verifichi la inidoneità giuridica è da considerarsi ab origine inutile*": pag. 5, 5° cpv.), ha **confuso** - muovendosi in una prospettiva distonica rispetto ai principi sopra illustrati - il rapporto di funzionalità/strumentalità con l'esattezza dell'adempimento e la conseguente utilità conseguibile da parte dei creditori.

11.3.1. – Così facendo il Tribunale ha negato la collocazione in prededuzione richiesta preoccupandosi di verificare in concreto la sussistenza di un beneficio per la procedura concorsuale (tramite la constatazione *ex post* che la prestazione professionale non era stata di alcuna utilità, dato che la stessa era convogliata in una procedura viziata per la sua impossibilità giuridica) **senza** tenere conto del collegamento, pur riconosciuto, fra prestazione professionale e procedura concordataria e valorizzare il medesimo in termini di funzionalità.

L'indagine, svolta sul piano dell'utilità conseguibile in concreto piuttosto che sotto il profilo della funzionalità dell'attività professionale prestata alle esigenze di risanamento proprie della procedura minore, si **pone al di fuori** dei parametri di valutazione da cui la L. Fall., art. 111, comma 2, fa discendere la collocazione in prededuzione e deve giocoforza essere rivista secondo la prospettiva di valutazione più corretta.

11.4. – Non solo.

L'affermazione contenuta nel decreto impugnato - che ha reputato peraltro essenziale, ai fini del riconoscimento della strumentalità del credito, l'adeguatezza funzionale della prestazione rispetto agli interessi della massa, affermando che, in tale prospettiva, la proposta di concordato elaborata con l'ausilio del professionista deve rivelarsi quanto meno ammissibile, cioè dotata di fattibilità giuridica - trova **smentita** (**come rilevato da Cass. 32417/2019**, a proposito di analoga fattispecie proveniente dal Tribunale di Arezzo) in una recente pronuncia di questa Corte, che, in riferimento ad una fattispecie in cui l'ammissione al concordato preventivo era stata revocata per difetto di fattibilità giuridica della proposta, ha ribadito il principio secondo cui la verifica del nesso di funzionalità/strumentalità deve essere compiuta controllando se l'attività professionale prestata possa essere ricondotta nell'alveo della procedura concorsuale minore e delle finalità dalla stessa perseguite secondo un giudizio *ex ante*, indipendentemente dall'evoluzione fallimentare della vicenda concorsuale, concludendosi, quindi, che la funzionalità è ravvisabile ogni qualvolta le prestazioni compiute dal terzo, per il momento e il modo con cui sono state assunte in un rapporto obbligatorio con il debitore, confluiscono nel disegno di risanamento da quest'ultimo predisposto, in modo da rientrare in una complessiva causa economico-organizzativa almeno preparatoria di una procedura concorsuale, a **meno che** non ne risulti dimostrato il carattere sovrabbondante o superfluo rispetto all'iniziativa assunta (cfr. Cass. 4859/2019).

P.Q.M.

Il P.M. chiede

accogliersi il ricorso.

Roma, 23 luglio 2020.

Il Sostituto Procuratore Generale

Stanislao De Matteis