



LA PREDEDUZIONE DEI COMPENSI DEI PROFESSIONISTI NEL NUOVO CODICE DELLA CRISI D'IMPRESA: “ETERNI RITORNI” E NOVITÀ.

di

MARCO GREGGIO

Sommario: *I. Il principio di economicità delle procedure nel Codice della Crisi. – II. Le prestazioni rese dall OCRI e dall'OCC. – III. I crediti sorti “in funzione” dell'accordo di ristrutturazione dei debiti e del concordato preventivo. – IV. L'annosa questione della prededuzione. – V. La misura dei compensi per i professionisti e gli acconti. – VI. Pregi e difetti della scelta compiuta dal Legislatore.*

I. IL PRINCIPIO DI ECONOMICITÀ DELLE PROCEDURE NEL CODICE DELLA CRISI.

La questione della prededucibilità del credito vantato dai professionisti che hanno assistito la società debitrice, poi dichiarata fallita, nella procedura di concordato preventivo (ossia l'attestatore, lo stimatore, l'*advisor* redattore del piano ed il legale redigente la domanda) è da tempo uno dei temi più controversi del diritto della crisi d'impresa¹, che si inserisce

¹ Tra i numerosi contributi sul tema, si segnalano: L.A. BOTTAI, *Compensi dei professionisti e concordato: la Cassazione chiarisce la natura delle prestazioni e la disciplina applicabile in ciascuna fase*, in www.ilfallimentarista.it, 2017; S. CASONATO, *Compensi e crediti dei professionisti nel concordato preventivo*, in AA.VV. *Fallimento, soluzioni negoziate della crisi e disciplina bancaria dopo le riforme del 2015 e 2016* (a cura di S.Ambrosini), Bologna, 2017, pp. 640 e ss.; M. FABIANI, *Concordato preventivo e divieto (non previsto nella legge) di pagamenti dei compensi professionali. Il pensiero unico recente dei giudici di merito*, in *Fall.*, 2017, pp. 583 ss.; V. SALLORENZO, *I crediti prededucibili nell'ambito delle procedure concorsuali: in particolare la sorte del credito professionale sorto in «occasione» o in «funzione» del concordato preventivo*, in *Dir. fall.*, 2016, I, pp.

nell'alveo dell'individuazione del confine tra i crediti che partecipano al concorso e i crediti che, invece, devono essere ricondotti alla gestione concorsuale (e che - come tali - godono del trattamento più favorevole) e ha assunto peculiare delicatezza parallelamente alla proliferazione delle procedure cd “minori” (il cui esito – spesso - è stato negativo, sfociando nel fallimento del debitore ricorrente)².

Nella ridda di pronunzie, di merito e di legittimità che si sono susseguite sul tema, in particolar modo dalla riforma del 2006, l'operatore si è trovato così disorientato. E tale incertezza circa la sorte del proprio credito ha portato da un lato a rendere problematica l'assunzione dell'incarico da parte del professionista (incarico spesso assai gravoso per la mole di lavoro che si prospetta e la struttura professionale necessaria per assolverlo al meglio: si pensi soltanto alle varie *due diligence* necessarie per la corretta predisposizione di un piano concordatario ed ai numerosi problemi da risolvere nel corso della procedura); dall'altro a registrare, in pochi ma non episodici casi, comportamenti censurabili del debitore e del professionista, spesso sfocati in veri e propri «abusivi» (che, inevitabilmente, hanno pregiudicato la migliore soddisfazione dei creditori). Talvolta si è assistito a casi in cui i compensi professionali erano sproporzionati rispetto all'attivo a disposizione della massa oppure erano stati pagati per intero (o in gran parte) prima del deposito del ricorso in bianco, assorbendo oltremisura le risorse poi destinate ai creditori (e addirittura lasciando la ricorrente senza la pur minima disponibilità richiesta dall'art. 163, comma 2, n. 4, l.f.).

431 ss.; G. VERNA, *Brevi note sulla prededucibilità dei crediti per compensi professionali sorti in funzione di una procedura concorsuale*, in *Dir. fall.*, 2016, I, pp. 1526 ss.. Per un riepilogo della problematiche e dei diversi orientamenti, si consenta anche un rinvio a M. GREGGIO, *La prededucibilità del credito del professionista nel concordato preventivo*, in *Problemi nuovi della “vecchia” legge fallimentare*, Padova, 2018 (a cura di F. Casa - S. Rosina), pp. 125 e ss..

² In pendenza dell'istanza ex art. 6 l.f. (o a seguito del ricorso per auto-fallimento di cui all'art. 14 l.f.) e per i motivi più vari: per la mancata ammissione al beneficio del concordato ai sensi dell'art. 162 l.f.; per la mancata omologazione della procedura (per mancato raggiungimento delle maggioranze previste dall'art. 177 l.f. o per aver il tribunale competente accolto un'opposizione all'omologa e così respinto il concordato ai sensi dell'art. 180 l.f.); per la revoca della procedura ai sensi dell'art. 173 l.f., per la mancata esecuzione del piano concordatario e la successiva risoluzione dello stesso.

L'“esplosione” della prededuzione nelle procedure ha portato, talvolta, a prese di posizione e decisioni “draconiane” da parte della giurisprudenza, che ha escluso (parzialmente o, nei casi più estremi, totalmente) il credito del professionista dal passivo fallimentare ovvero l'ha collocato in privilegio ai sensi dell'art. 2751-bis, comma 1, n. 2) c.c., in virtù dei più disparati motivi (ma sostanzialmente in virtù di ragioni di *aequitas*). Invero dall'analisi dell'impatto della regolamentazione (AIR) allegata alla Relazione ministeriale sul disegno di legge delega n. 155/2017, era emerso che l'incidenza dei costi dei professionisti rispetto all'ammontare dell'attivo ed alle disponibilità liquide dell'impresa (spesso) era tale da rendere difficilmente accessibile il ricorso alla procedura di concordato preventivo alle imprese di piccole dimensioni, atteso che tali costi in media assorbivano il 30% dell'attivo concordatario (a fronte di un 5% delle procedure fallimentari).

Così tra i principii della legge delega 19 ottobre 2017, n. 155 (pubblicata sulla G.U. n. 254 del 30 ottobre 2017) vi era quello di *contenimento dei costi* delle procedure ed in particolare delle ipotesi di prededuzione dei crediti professionali (art. 2, comma 1, lett. l)³. E in particolare in tema di concordato, il legislatore delegato avrebbe dovuto (ai sensi dell'art. 6, lett. c) determinare *l'entità massima* dei compensi spettanti ai professionisti incaricati dal debitore, da commisurare proporzionalmente all'attivo dell'impresa soggetta alla procedura, nonché condizionare la prededuzione dei crediti professionali sorti in funzione del deposito della domanda di concordato alla circostanza che la procedura fosse stata dichiarata aperta.

Recependo (in gran parte) quanto prescritto dalla legge delega, il nuovo Codice della Crisi d'Impresa e dell'Insolvenza (di seguito anche il “Codice”) disciplina la prededuzione dei compensi professionali all'art. 6: disposizione collocata nell'ambito dei “principi generali”

³ L'art. 2, comma 1, lett. l), della legge delega n. 155/2017, prevede di “*ridurre la durata e i costi delle procedure concorsuali, anche attraverso misure di responsabilizzazione degli organi di gestione e di contenimento delle ipotesi di prededuzione, con riguardo altresì ai compensi dei professionisti, al fine di evitare che il pagamento dei crediti prededucibili assorba in misura rilevante l'attivo delle procedure*”.

e che riguarda, in particolare, il principio di “*economicità delle procedure*”. Principio che, già per la sua collocazione “topografica” nel Codice, viene quindi considerato come fondamentale dal legislatore.

Invero, come specificato dalla Relazione Illustrativa tale disposizione è diretta ad evitare che, “*come spesso avviene, il pagamento dei crediti prededucibili assorba in misura rilevante l’attivo delle procedure, compromettendo gli stessi obiettivi di salvaguardia della continuità aziendale e il miglior soddisfacimento dei creditori*”. L’aumentare dei crediti prededucibili cui si è assistito negli ultimi anni, infatti, è stata ritenuta una poco giustificabile sottrazione di risorse che avrebbero dovuto essere destinate ai creditori concorsuali, ossia a coloro che hanno effettivamente sopportato il rischio d’impresa”⁴.

II. LE PRESTAZIONI RESE DALL’OCRI E DALL’OCC.

L’art. 6, comma 1, del Codice elenca i crediti prededucibili, che si aggiungono a quelli “*così espressamente qualificati dalla legge*”.

La lettera a) del suddetto comma prevede la prededucibilità dei crediti per spese e compensi degli OCC⁵ e degli OCRI⁶. Il comma 3 dell’art. 6, invece, *esclude* radicalmente la

⁴ Così F. LAMANNA, *La riforma concorsuale in progress: dalla legge delega alla sua (rapida) attuazione*, in www.ilfallimentarista.it, 23 ottobre 2017.

⁵ Ai sensi dell’art. 2 lettera t) del Codice, gli OCC sono gli “organismi di composizione delle crisi da sovraindebitamento” disciplinati dal decreto del Ministro della giustizia del 24 settembre 2014, n. 202 e successive modificazioni, che svolgono i compiti di composizione assistita della crisi da sovraindebitamento previsti negli artt. 65 e ss. del Codice.

⁶ L’Organismo di composizione della crisi d’impresa (OCRI) è definito nell’art. 2 lettera u) del Codice e disciplinato dall’art. 16 del Codice. È costituito presso ciascuna Camera di Commercio, con il compito di gestire la fase dell’allerta per tutte le imprese e l’eventuale procedimento di composizione assistita della crisi per le imprese diverse da quelle minori (o imprese «sotto soglia»). La competenza territoriale dell’OCRI cui devono essere indirizzate le segnalazioni è determinata dalla sede legale dell’impresa, senza che rilevi l’eventuale diversa localizzazione del centro principale degli interessi del debitore (cd “COMI”). Come spiega la Relazione illustrativa al Codice, “*la scelta della competenza territoriale «diffusa» mira a mantenere la maggiore «prossimità» dei nuovi strumenti di allerta e composizione assistita della crisi rispetto alla localizzazione dell’impresa, rendendo così più agevole per l’imprenditore l’accesso a questa fase.*”

prededucibilità dei crediti per prestazioni «parallele», ossia quelle rese dai professionisti incaricati dal debitore durante le medesime procedure di allerta. Perché questa differenza? Secondo la Relazione illustrativa al Codice, si vuole in tale modo incentivare e valorizzare le procedure di allerta (vera chiave di volta dell'intera riforma), rinforzando il ruolo degli organismi di composizione assistita della crisi, visti come soggetti qualificati di ausilio e supporto nei confronti dell'imprenditore che voglia regolare precocemente la crisi della propria impresa; soggetti che, quindi, avranno la *certezza* di vedere riconosciuti i propri crediti (con la collocazione in prededuzione).

Si viene tuttavia a creare un'*asimmetria* tra professionisti nominati dall'OCRI (ai sensi dell'art. 17 del Codice) e dall'OCC (*ex artt.* 65 e ss.) - favoriti in quanto considerati soggetti terzi (e indipendenti) - rispetto ai professionisti nominati dal debitore, il cui compenso non è *ex lege* prededucibile. Tale disparità di trattamento lascia in qualche modo trasparire - va detto - la sfiducia del legislatore nei confronti dei professionisti nominati dalla parte.

In ogni caso, se il debitore vorrà farsi assistere dai propri professionisti nell'ambito delle procedure di allerta, questi ultimi, se non pagati prima, si dovranno assumere il relativo *rischio* di un possibile mancato pagamento (considerata, appunto, la mancata prededuzione del loro credito). E l'incertezza circa la sorte del proprio credito potrebbe rendere assai problematica l'assunzione dell'incarico da parte di tali professionisti. *Dura lex, sed lex*⁷.

III. I CREDITI SORTI “IN FUNZIONE” DELL’ACCORDO DI RISTRUTTURAZIONE DEI DEBITI E DEL CONCORDATO PREVENTIVO.

Alle lettere b) e c) del comma 1 dell'art. 6 si prevede che per i crediti professionali sorti “*in funzione*” dell'accordo di ristrutturazione dei debiti e del concordato preventivo, la

⁷ Come ricordava Michel Eyquem de Montaigne verso la seconda metà del Cinquecento “*le leggi si mantengono in credito non perché sono giuste, ma perché sono leggi. È il fondamento mistico della loro autorità; non hanno altro fondamento, ed è bastante*” (*Essays*, libro III, cap. XIII).

prededuzione spetti solo *nei limiti del 75%* dell'ammontare del credito, a *condizione*, rispettivamente, che l'accordo sia omologato - con la sentenza di cui all'art. 48 del Codice (richiamato dall'art. 113) - o che la procedura di concordato sia *aperta*, con il decreto di ammissione di cui all'art. 47 del Codice.

È quindi solo a tale *condizione* che per il legislatore può ritenersi che l'opera del professionista possa aver apportato un reale beneficio alla massa dei creditori, onde giustificare un sacrificio delle aspettative di soddisfacimento dei creditori stessi, anche considerando l'elevato grado di privilegio (art. 2751 *bis*, n. 2, c.c.) che assiste comunque tali crediti⁸.

In altri termini, viene codificata una *presunzione legale*: la funzionalità dei crediti dipende dal verificarsi di un evento (l'ammissione del concordato ovvero l'omologa degli accordi), presumendo che tale evento apporti per sé stesso un beneficio alla massa. Resta da capire se la giurisprudenza la considererà una presunzione *assoluta*, tale per cui nessuna prova del contrario può scalfire l'equivalenza stabilita dal legislatore (come si auspica) ovvero *relativa* (il che aprirebbe un ulteriore spazio, con scenari talora nefasti per la collocazione del credito professionale).

La soluzione adottata dal Codice, peraltro, non è nuova. In una sorta di “eterno ritorno dell'eguale” il Legislatore aveva già tentato di introdurla con il D.L. 31 maggio 2010, n. 78, che aveva innovato il quarto comma dell'art. 182-*quater* l.f., limitando la prededuzione ai compensi spettanti al solo professionista “attestatore”, con l'ulteriore condizione che ciò fosse espressamente disposto nel provvedimento di accoglimento della domanda di ammissione del concordato⁹. Ma la suddetta norma, assai criticata, è stata poi abrogata

⁸ Così la Relazione illustrativa al Codice (sub. art. 6).

⁹ La prevalente giurisprudenza di merito riteneva che l'art. 182 *quater* l.f. dovesse essere letto come norma che andava a limitare l'ambito di applicazione dell'art. 111 l.f. (Trib. Milano, 26 ottobre 2011, in *Giur. mer.*, 2012, p. 891 ss.; Trib. Terni, 13 giugno 2011, in *Fall.*, 2011, p. 1339 ss.; Trib. Milano, 26 maggio 2011, in *Fall.*, pp. 1337 ss.), ma una simile lettura appariva palesemente in contrasto sia con lo spirito generale della riforma della legge fallimentare, diretto a favorire l'accesso a procedure di composizione della crisi diverse dal fallimento (A. PATTI, *La prededuzione dei crediti funzionali al concordato preventivo tra art. 111 ed art. 182 quater l.f.*, in *Fall.*, 2011, pp. 1345 ss.; M. FERRO, F.S. FILOCAMO, *Art. 182 quater*, in M. FERRO, *La legge fallimentare. Commentario teorico-*

con la L. 7 agosto 2012, n. 134, di conversione del D.L. 22 giugno 2012, n. 83¹⁰, anche considerate le disparità - in contrasto con il principio di uguaglianza sancito dall'art. 3 Cost. - tra il trattamento dei crediti dell'attestatore e quello degli altri professionisti che a vario titolo assistevano l'imprenditore (lasciato nel limbo dell'incertezza), che così spesso si vedevano pregiudicati i loro diritti.

Successivamente il Legislatore ci ha riprovato, con il c.d. Decreto Destinazione Italia, che aveva ricollegato, con una norma definita di interpretazione autentica, la prededuzione del credito del professionista al decreto di ammissione del debitore alla procedura¹¹. Anche tale norma, tuttavia, ha avuto vita breve, essendo stata poi abrogata nel 2014 (c.d. «Decreto Competitività»).

Ora, al terzo tentativo, tale condizione diventa diritto positivo (e, si presume, duraturo).

IV. L'ANNOSA QUESTIONE DELLA PREDEDUZIONE.

Nel Codice viene così risolta dal legislatore un'annosa questione che aveva affaticato gli interpreti nel vigore del R.D. del 16 marzo 1942, n. 267.

Nell'impianto della legge fallimentare anteriore alla riforma del 2006, la prededuzione - in assenza di una definizione *ad hoc* coniata dal legislatore - si rinveniva dalla mera lettura dell'art. 111 l.f. che, al comma 1, stabiliva l'ordine di distribuzione delle somme ricavate dalla liquidazione dell'attivo, assicurando la priorità al pagamento delle spese e dei debiti contratti per l'amministrazione del fallimento e per la continuazione dell'esercizio

pratico, Padova, 2011, pp. 2196 ss.; L. STANGHELLINI, *Finanziamenti-ponte e finanziamenti alla ristrutturazione*, in *Fall.*, 2010, pp. 1352 ss.) che con il principio di eguaglianza di cui all'art. 3 Cost. (attesa la differenza tra il trattamento dei crediti dell'attestatore e quello degli altri professionisti che a vario titolo assistevano l'imprenditore).

¹⁰ Con la conseguenza che il trattamento dei crediti è stato nuovamente parificato per tutti i professionisti, rimanendo subordinata l'identificazione della prededucibilità degli stessi all'interpretazione attribuita al concetto di «funzionalità» (cfr. Cass. 8 settembre 2015, n. 17821; Cass. 13 maggio 2015, n. 9845).

¹¹ In particolare l'art. 11, co. 3 *quater* della legge 21 febbraio 2014 (di conversione del d.l. 23 dicembre 2013, n. 145).

dell'impresa, se questo veniva autorizzato¹². E si negava pressoché unanimemente la prededuzione dei crediti dei professionisti che avessero assistito il debitore nell'ambito delle procedure di concordato preventivo cui era seguito il fallimento¹³.

Con il duplice intervento di cui all'art. 99 del D.Lgs. n. 5/2006 e all'art. 8 del D.lgs. n. 169/2007, il legislatore ha integralmente riformulato l'art. 111 l.f., introducendo una specifica definizione normativa dei crediti prededucibili e includendo - tra gli altri - anche quelli sorti nell'ambito delle procedure concorsuali minori che avevano preceduto il fallimento. Così ai sensi del (novellato) art. 111, comma 2, l.f. erano (e sono tutt'ora, quanto meno fino all'entrata in vigore del Codice) crediti prededucibili quelli «così qualificati da una specifica disposizione di legge», nonché quelli “sorti in occasione o in funzione delle procedure concorsuali di cui alla presente legge”: mentre l'individuazione della prima categoria dei crediti risultava agevole (perché tipizzata dal legislatore), la seconda categoria, atipica, subordinava la prededucibilità o meno del credito al fatto che ci fosse un collegamento occasionale o funzionale dello stesso alla procedura, secondo una valutazione rimessa al prudente apprezzamento del giudice della procedura fallimentare nelle modalità indicate all'art. 111-*bis* l.f.¹⁴.

Conseguentemente la prededucibilità dei crediti dei professionisti (compresi quelli maturati *ante* procedura) non era posta in dubbio, allorquando gli stessi fossero sorti «in

¹² Nel vigore del R.D. del 1942, la giurisprudenza cominciò ad elaborare dei criteri per l'individuazione dei crediti prededucibili dando rilievo al momento della loro insorgenza (Cass. 27 ottobre 1966, n. 567), alla riferibilità di essi agli organi fallimentari (Cass. 16 novembre 1981, n. 6056) ed alla strumentalità per la gestione della procedura (Cass. 27 ottobre 1966, n. 2367; Cass. SS.UU. 14 ottobre 1977, n. 4370), considerando, così, prededucibili i crediti sorti «dopo» l'apertura del fallimento e per effetto di obbligazioni assunte dai suoi organi o comunque a questi riconducibili, funzionali all'acquisizione, amministrazione e liquidazione del patrimonio del fallito (Cass. 11 novembre 1998, n. 11379; Cass. 1 novembre 1994, n. 9423).

¹³ Cfr. Cass. 25 luglio 2007, n. 16426; Cass. 25 giugno 2002, n. 9262; Cass. 16 giugno 1994, n. 5821.

¹⁴ Cfr. Cass. 5 marzo 2014, n. 5098, che ha avvalorato la «continuità» delle procedure, estendendo la sfera applicativa della prededuzione anche ai crediti sorti nell'ambito delle procedure concorsuali minori precedenti il fallimento. Così anche il concordato preventivo è stato inquadrato tra gli strumenti destinati al recupero dell'impresa (Cass. 14 marzo 2014, n. 6031; Cass. 6 agosto 2010, n. 18437; in dottrina: E. BRUSCHETTA, *Mutamenti legislativi ed adeguamenti giurisprudenziali in tema di prededuzione*, in *Fall.*, 2008, p. 1211 ss.; S. LEUZZI, *Preconcordato abortito e prededuzione dei crediti*, in *www.ilfallimentarista.it*, 2014).

occasione o in funzione» della procedura di concordato¹⁵. E la giurisprudenza di legittimità aveva chiarito che mentre il criterio della “occasionalità” era cronologico (e quindi si riconduceva al dato temporale del sorgere del credito nel corso della procedura concorsuale, dovendo essere integrato con il dato soggettivo della riferibilità del credito all’attività posta in essere dagli organi della procedura), il criterio della “funzionalità” era *alternativo* ed autonomo (non costituendo quindi l’espressione di cui al comma 2 dell’art. 111 l.f. un’endiadi)¹⁶.

Il criterio della *funzionalità* risultava così più problematico, potendo ricomprendere anche i crediti venutisi a creare anteriormente ad una procedura concorsuale e quindi fuori dalla stessa. Sulla sua interpretazione pertanto la giurisprudenza si era divisa in (sostanzialmente) *tre* filoni ermeneutici.

(i) Parte della giurisprudenza aveva collegato il criterio della funzionalità al requisito dell’*utilità effettiva* della prestazione professionale, riconoscendo così la prededuzione al credito purché le prestazioni del professionista si ponessero in un rapporto di *adeguatezza funzionale* con le necessità risanatorie dell’impresa e sempre che queste fossero state in *concreto utili* per la massa dei creditori¹⁷. Tale requisito avrebbe dovuto pertanto condurre il giudice delegato ad effettuare un *accertamento ex post* circa la reale utilità del credito, nella sede concorsuale dell’accertamento del passivo: solo un’attività congrua allo scopo, nonché strettamente indispensabile, risultava - in tale ottica - conforme al concetto di

¹⁵ Cfr. Cass. 8 aprile 2013, n. 8534.

¹⁶ Cfr. Cass. 5 marzo 2014, n. 5098; Cass. 24 gennaio 2014, n. 1513; Cass. 5 marzo 2012, n. 3402. Tra la precedente giurisprudenza di merito cfr. Trib. Terni, 13 giugno 2011, in *Dir. Fall.*, 2012, p. 49 ss.; Trib. Milano, 18 giugno 2009, in *www.novaraius.it*. *Contra* cfr. Trib. Bari, 17 maggio 2010, in *Dir. fall.*, 2012, 1, 2, p. 29 ss.; Trib. Pordenone, 8 ottobre 2009, in *www.unijuris.it*, che consideravano la locuzione «in occasione o in funzione di» una sorta di endiadi (e negavano pertanto la prededuzione al credito del professionista se sorto anteriormente alla procedura).

¹⁷ Con accezioni diverse, ma tutte incentrate sul fatto che il credito prededucibile rientrasse nell’interesse della massa e rispondesse agli scopi della procedura cfr. Cass. 24 gennaio 2014, n. 1513; Cass. 8 aprile 2013, n. 8534; Cass. 13 dicembre 2013, n. 27926; Cass. 5 marzo 2012, n. 3402; Cass. 7 marzo 2013, n. 5705; Cass. 10 maggio 2012, n. 7166.

buona fede oggettiva e all'adeguatezza di costi/benefici in relazione all'interesse dei creditori¹⁸.

Per contro la manifesta inutilità nonché la dannosità del concordato per i creditori, causata da una continuazione rovinosa dell'attività d'impresa (ad es. per la scoperta di atti di frode che il curatore dimostri essere stati conosciuti o comunque essere conoscibili con l'ordinaria diligenza), escludeva la prededucibilità del credito del professionista¹⁹.

(ii) Altra giurisprudenza, che fino a poco tempo fa appariva maggioritaria, riteneva che il credito del professionista (che aveva assistito il debitore nella preparazione e presentazione del concordato) rientrasse “*de plano*” tra quelli funzionali, in quanto strumentale all'accesso alla procedura minore, senza che dovesse verificarsi il “risultato” delle prestazioni svolte²⁰.

Secondo tale opzione interpretativa, l'art. 111, comma 2, l.f., dettava un precetto di carattere generale che, per favorire il ricorso a forme di soluzione concordata della crisi d'impresa, aveva introdotto un'eccezione al principio della *par condicio* ed aveva esteso la prededucibilità a tutti i crediti sorti *in funzione* di precedenti procedure concorsuali (fra i quali il credito del professionista), prescindendo da ogni indagine sul momento dell'insorgenza dello stesso credito e senza la valutazione di elementi ulteriori, quali il raggiungimento di traguardi procedurali (per esempio l'ammissione al beneficio concordatario).

¹⁸ Cfr. Cass. 5 marzo 2014, n. 5098; Cass. 10 settembre 2014, n. 19013.

¹⁹ Cfr. Cass. 7 febbraio 2017, n. 3218; Cass. 18 dicembre 2015, n. 25589; Cass., 17 aprile 2014, n. 8958; Cass., 8 aprile 2013, n. 8534.

²⁰ Al riguardo cfr. Cass. 18 gennaio 2018, n. 1182; Cass. 14 marzo 2017, n. 6517; Cass. 4 novembre 2015, n. 22450; Cass. 5 marzo 2015, n. 4486; Cass. 6 febbraio 2015, n. 2264; Cass. 30 gennaio 2015, n. 1765; Cass. 10 settembre 2014, n. 19013; Cass. 5 marzo 2014, n. 5098; Cass. 8 aprile 2013, n. 8533; Cass. 25 novembre 2013, n. 26336; Cass. 6 agosto 2010, n. 18437; Cass. 17 aprile 2013, n. 9316. D'altronde già prima delle pronunzie della Suprema Corte citate, lo stesso principio era stato sostenuto da parte della giurisprudenza di merito (cfr. Trib. Milano, 20 agosto 2009, in *Fall.*, 2009, 12, pp. 1413 ss.; Trib. Treviso, 16 giugno 2008, in *Fall.*, 2008, pp. 1209 ss.) e della dottrina (L. BOGGIO, *Crediti sorti “in funzione” del concordato preventivo: prededuzione...ma non troppo*, in *Fall.*, 2009, 12, pp. 1415 ss.; E. BRUSCHETTA, *Mutamenti legislativi ed adeguamenti giurisprudenziali in tema di prededuzione*, cit., 1211).

Ciò in virtù, in sintesi, di alcune motivazioni: (i) l'esclusione dall'azione revocatoria del pagamento del compenso del professionista *ex art. 61, co. 3, lett. g), l.f.*²¹; (ii) l'abrogazione dell'art. 182 *quater*, co. 4, l.f.; (iii) l'interpretazione autentica dell'art. 111, co. 2., l.f. fornita dall'art. 11, comma 3 *quater* del D.L. 23 dicembre 2013 n. 145, convertito in L. 21 febbraio 2014 n. 9 (successivamente abrogato), che aveva esteso la prededuzione anche ai crediti sorti in occasione ed in funzione delle procedure di concordato preventivo con riserva; (iv) l'abrogazione dell'art. 111, co. 3, l.f. (c.d. Decreto Destinazione Italia) ad opera del D.L. 90/2014, che subordinava la prededucibilità all'apertura della procedura²².

D'altronde - in tale ottica - se si fosse tenuto conto del "risultato" raggiunto, la norma sulla prededuzione sarebbe risultata priva di senso, in quanto non avrebbe potuto mai trovare applicazione nel fallimento consecutivo al concordato (circostanza che attestava, appunto, il mancato raggiungimento del traguardo procedurale)²³.

Alla luce di tale opzione interpretativa, il difetto di funzionalità si ricavava *non* dalla mancata ammissione (o approvazione o omologa), bensì dall'inadeguatezza della perizia e diligenza applicata dal professionista, da accertare al compimento della prestazione e non alla luce dell'esito della procedura. Non si trattava, quindi, di collocare il credito ammesso in privilegio generale *ex art. 2751-bis n. 2, c.c.* anziché in prededuzione *ex art. 111 l.f.*, ma - più radicalmente - di *escludere* il credito (in tutto o in parte, a seconda della gravità dell'inadempimento) dal passivo fallimentare, e ciò in ossequio al principio *inadimplenti non est adimplendum* di cui all'art. 1460 c.c.²⁴.

²¹ Sul punto cfr. Cass. 5 marzo 2014, n. 5098; Cass. 14 marzo 2014, n. 6031; Cass. 9 maggio 2014, n. 10110. Pertanto, esenzione revocatoria per i pagamenti effettuati e prededuzione per i crediti non pagati rappresentano due facce della stessa medaglia nel momento in cui la prededuzione è volta a tutelare quei professionisti che non possono avvantaggiarsi dell'esenzione revocatoria per non aver ricevuto il pagamento del compenso nel corso della procedura.

²² Cfr. Cass. 21 aprile 2016, n. 8091, secondo la quale viene così confermato implicitamente il già vigente regime prededucibile dei medesimi crediti nel concordato preventivo ordinario.

²³ Così Cass. 4 novembre 2015, n. 22450.

²⁴ Così l'esistenza dello stesso credito del professionista è stata esclusa: (i) alla luce della "manifesta dannosità" (per la massa) della prestazione, in quanto resa in modo inadeguato o comunque per inadempimento rispetto al modello legale di concordato (o, ancora, per "inadempimento qualitativo"); cfr. Trib. Milano, 25 febbraio 2016, in *www.ilcaso.it*; Trib. Monza, 4 novembre 2014, in *Fall.*, 2015,

(iii) Il terzo filone interpretativo riteneva che la *conditio sine qua non* per la prededucibilità del credito del professionista fosse il decreto di apertura della procedura concordataria²⁵. Veniva quindi *presunta* la funzionalità dell'attività (di assistenza e consulenza connessa alla presentazione della domanda di concordato ed alle sue successive integrazioni) in considerazione dell'*ammissione* alla procedura di concordato preventivo, ritenuto un requisito di adeguatezza funzionale della prestazione al risanamento d'impresa²⁶.

Ciò considerato che soltanto con il decreto di *apertura* della procedura poteva essere esercitato - in quella fase - il controllo sulla funzionalità effettiva, rimanendo irrilevanti le vicende successive, ovvero sulla scorta della qualificazione del contratto di prestazione professionale finalizzato alla predisposizione del concordato come contratto con effetti protettivi²⁷.

Questo il passato (e, per poco, ancora il presente). Per il prossimo futuro il Legislatore ha optato per la terza opzione, così riformulando nel Codice la disposizione che aveva

5, p. 615; Trib. Rimini, 10 dicembre 2014, in *www.ilcaso.it*; (ii) nel caso di emersione di gravi atti di frode -posti in essere nel periodo immediatamente precedente al deposito della domanda di concordato- dei quali lo stesso professionista risultava essere a conoscenza, tenuto conto della erosione del patrimonio a disposizione della massa per effetto della continuazione dell'attività di impresa, senza alcun vantaggio concreto dalla retrodatazione del periodo sospetto derivante dalla consecuzione delle procedure (Trib. Rimini, 10 agosto 2015, in *banca dati Pluris*).

²⁵ Cass., 6 marzo 2018, n. 5254; Cass. 4 novembre 2015, n. 22450.

²⁶ Cfr. Trib. Roma, 19 maggio 2017, in *banca dati Pluris*, per il quale la sussistenza del rapporto di adeguatezza funzionale tra la prestazione del professionista stesso e il risanamento dell'impresa non poteva essere presunta in considerazione della declaratoria di inammissibilità della domanda di concordato (per numerosi vizi e alle gravi carenze delle relazioni *ex artt.* 160 e 161 l.f. predisposte dal professionista); dello stesso tenore v. anche Trib. Roma, 1 marzo 2017, in *banca dati Pluris*.

²⁷ Trib. Rovigo, 16 febbraio 2018, in *www.ilcaso.it*; App. Ancona, 15 aprile 2015, in *www.ilcaso.it*; Trib. Rovigo, 12 dicembre 2013, in *banca dati Pluris*; Trib. Terni, 22, marzo 2012, in *Fall.*, 10, pp. 1250 ss.; Trib. Milano, 20 agosto 2009, in *Fall.*, 2009, 12, pp. 1413 ss.. Ciò anche al fine di evitare di far dipendere l'attribuzione della natura prededucibile di un credito dalla discrezionalità del debitore, col rischio di far sorgere una serie spropositata di crediti, senza alcun controllo giudiziale e per di più a scapito della massa dei creditori concorsuali (Trib. Udine, 15 ottobre 2008, in *www.ilcaso.it*; Trib. Terni, 13 giugno 2011, in *www.ilcaso.it*; Trib. Roma, 2 aprile 2013, in *Fall.*, 2014, 1, pp. 70 ss.). Va comunque registrato che all'interno di tale orientamento che collegava la prededuzione al risultato procedurale, v'erano alcune pronunzie di merito che, invece, ritenevano indispensabile anche l'esito positivo della stessa procedura tramite la sua omologazione, atteso che il cattivo risultato era considerato per sé stesso prova della inutilità della prestazione cui il credito ineriva (Trib. Roma, 2 aprile 2013, *cit.*, pp. 70 ss.; Trib. Vicenza, 28 maggio 2010, in *www.ilcaso.it*).

originato i suddetti contrasti interpretativi (l'art. 111 comma 2, l.f., appunto), al fine di favorirne il *superamento*, in ossequio al principio contenuto nell'art. 2 della legge delega n. 155: raggiunto il traguardo procedurale, il credito del professionista risulta prededucibile “*nei limiti del 75% del credito accertato*” nella successiva fase di liquidazione giudiziale.

Peraltro il comma 2 dell'art. 6 prescrive la “permanenza” della prededucibilità - quale che sia il credito che ne benefici, e quale che sia l'occasione o il titolo che l'ha originato - “...*anche nell'ambito delle successive procedure esecutive o concorsuali*”. La norma tuttavia *non* precisa se la prevalenza del credito prededucibile debba rimanere circoscritta al rapporto con i crediti pregressi rispetto alla nascita del credito favorito, ovvero sia opponibile anche ai creditori successivi (soluzione quest'ultima che pare la più probabile). Inoltre, non precisa se la “permanenza” dell'effetto “preferenziale” della prededucazione *postuli*, ovvero non *postuli*, un rapporto di “consecutività” tra la procedura nell'ambito della quale si sono prodotti i presupposti della prededucibilità del credito, e le “*successive*” nelle quali tale caratteristica dovrebbe essere fatta valere (soluzione la prima che appare preferibile)²⁸.

V. LA MISURA DEI COMPENSI PER I PROFESSIONISTI E GLI ACCONTI.

Non è stata riproposta nella versione definitiva del Codice la norma, inizialmente presente nelle prime bozze dello stesso (pubblicate nei siti specializzati), che: (i) limitava l'entità massima dei compensi spettanti ai professionisti incaricati dal debitore, da commisurare proporzionalmente all'attivo dell'impresa soggetta alla procedura secondo alcuni scaglioni; (ii) limitava l'acconto pagato ai professionisti prima del deposito della domanda di concordato nella misura del 25% del compenso complessivo e prevedeva la revocabilità dei pagamenti effettuati per la parte eccedente; (iii) prevedeva la proporzionale ripetibilità dei compensi eccedenti.

²⁸ Così nota S. BONFATTI, *Le nuove procedure di composizione negoziata delle crisi d'impresa-Piani attestati di risanamento e accordi di ristrutturazione*, doc. in Centro Studi Diritto Fallimentare di Modena, 2018, p. 35.

Si è così condivisibilmente voluto attenuare l'iniziale *rigore*, considerato da molti eccessivo, nei confronti dei compensi dei professionisti nominati dal debitore.

Il Codice pertanto nulla dice circa il *quantum* dei compensi spettanti ai professionisti nominati dal debitore, mentre quelli spettante ai membri dell'OCRI sono disciplinati dall'art. 351 del Codice (che rinvia a quanto concordato con il debitore ovvero, in mancanza, alla liquidazione da parte del presidente della sezione specializzata in materia di imprese o da un suo delegato, “*tenuto conto dell'impegno in concreto richiesto e degli esiti del procedimento*”, sulla base di parametri di riferimento che sono rapportati al compenso dovuto al curatore nella liquidazione giudiziale e che variano in relazione alle specifiche attività svolte nelle diverse fasi del procedimento). Nel silenzio della legge, va ritenuto che la misura di tale compensi debba essere parametrata alle tariffe professionali vigenti (anche se non sempre è agevole, perché - per esempio - per gli avvocati non esiste nella Tariffa forense una voce specifica per l'attività prodromica alla presentazione del concordato o dell'accordo di ristrutturazione) e comunque *proporzionata* da un lato all'attività concretamente svolta, dall'altro all'attivo ragionevolmente ritraibile dalla procedura – anche in un'ottica prospettica – e finanche al passivo concordatario,²⁹ in ottemperanza al principio della *buona fede oggettiva* (artt. 1175, 1337, 1375, 2233 comma 2 c.c.)³⁰.

È possibile pagare acconti? Ritengo di sì, *prima* della dell'inizio della procedura - e quindi

²⁹ In generale il compenso va considerato non nella sua entità assoluta, ma in relazione all'impegno profuso, alla professionalità richiesta, alla difficoltà della procedura ed all'ammontare dell'attivo e del passivo in gioco (cfr. S. CASONATO, *Compensi e crediti dei professionisti nel concordato preventivo*, cit., p. 645 ss.).

³⁰ Sulla buona fede oggettiva, quale principio generale dell'ordinamento giuridico, che trova il suo fondamento nel principio di solidarietà contenuto nell'art. 1175 c.c. e costituisce espressione dello stesso valore costituzionale di cui all'art. 2 Cost., si veda il classico S. RODOTA', *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 1969, p. 115. In giurisprudenza cfr. Cass., 29 agosto 2011, n. 17716; Cass., 22 gennaio 2009, n. 1618; Cass., SS.UU 25 novembre 2008, n. 28056; Cass., 6 agosto 2008, n. 21250; Cass., 27 ottobre 2006, n. 23273.

prima della presentazione del ricorso di concordato (pieno o in bianco)³¹ ovvero del ricorso per l'omologa degli accordi di ristrutturazione - sempre seguendo i principi sopra evidenziati e con l'ulteriore condizione che tra il debitore ed il professionista sia stato previamente stipulato un *contratto* di prestazione d'opera professionale - preferibilmente con data certa - che preveda le varie fasi di intervento professionale e le relative attività³². Riguardo ad eventuali acconti richiesti *durante la procedura* di concordato, con l'introduzione della condizione del decreto di apertura per la prededucibilità del credito, si ritiene che essi possano essere pagati una volta verificatasi tale condizione, onde evitare possibili *abusi* (e una possibile richiesta di ripetizione degli stessi da parte degli organi della procedura)³³.

Nel caso in cui le predette condizioni sussistano, il pagamento del compenso del professionista durante la procedura si ritiene essere un *atto di ordinaria amministrazione*, legalmente compiuto dal debitore³⁴.

³¹ Va segnalato che nel Codice non v'è una necessaria propedeuticità della procedura di allerta e composizione assistita della crisi rispetto a quella concordataria e risulta ancora possibile presentare domande di concordato con riserva di successiva presentazione della proposta e del piano (art. 44).

³² In tal modo potrà essere corrisposto dal debitore la parte di credito del professionista che risulterà, alla scadenza pattuita per ciascuna fase, certa, liquida ed esigibile.

³³ Nella vigenza della legge fallimentare parte della giurisprudenza aveva espresso tale principio, perverso con motivazioni talvolta apparse deboli (alla luce dell'interpretazione fornita dalla Cassazione dell'art. 111 l.fall.): Trib. Rovigo, 16 febbraio 2018, cit.; App. Ancona, 15 aprile 2015, n. 514 in *banca dati Pluris* (decisione quest'ultima cassata da Cass. 10 gennaio 2017, n. 280).

³⁴ È oramai è pacifico in giurisprudenza che gli atti di *straordinaria* amministrazione sono quelli idonei ad incidere negativamente sul patrimonio del debitore, pregiudicandone la consistenza o compromettendone la capacità a soddisfare le ragioni dei creditori, in quanto ne determinano la riduzione ovvero lo gravano di vincoli e di pesi cui non corrisponde l'acquisizione di utilità reali prevalenti su questi (Cass., 20 ottobre 2005, n. 20291; Trib. Treviso, 28 giugno 2017 in www.fallimentiesocieta.it; Trib. Padova, 21 febbraio 2014 in www.fallimentiesocieta.it; Trib. Pinerolo, 9 gennaio 2013 e Trib. Terni, 28 dicembre 2012, in www.ilcaso.it), mentre costituiscono atti di *ordinaria* gestione dell'azienda quelli strettamente aderenti alle finalità e alle dimensioni del suo patrimonio, quelli che -ancorché comportanti una spesa elevata- lo migliorino o anche solo lo conservino nonché quelli relativi alla prosecuzione dei rapporti negoziali pendenti, ove inerenti alla gestione caratteristica dell'impresa e non incidenti in modo innovativo sul suo patrimonio, con conseguente prededucibilità dei crediti generati dalla prosecuzione degli stessi rapporti, senza necessità di autorizzazioni giudiziali: *ex multis* cfr. Cass., 21 ottobre 2011, n. 2194. Nel merito cfr. Trib. Milano, 11 dicembre 2012 e Trib. Prato, 14 giugno 2012 (entrambe in www.ilcaso.it); Trib. Terni, 12 ottobre 2012, in www.osservatorio-oci.org; *contra* Cass., 16 maggio 2016, n. 9995.

Vi sono alcune norme nel Codice che fanno propendere per tale soluzione: ai sensi dell'art. 6, comma 1, lettera d), restano ferme le regole già vigenti riguardanti la prededucibilità dei crediti “legalmente sorti” durante le procedure concorsuali³⁵. Inoltre l'art. 46 del Codice, in tema di concordato preventivo, specifica al comma 4 che sono prededucibili “*i crediti di terzi sorti per effetto degli atti legalmente compiuti dal debitore*”.

Trattasi degli atti compiuti dal debitore di *ordinaria* amministrazione ovvero di *straordinaria* amministrazione previamente autorizzati (i) dal Tribunale (in quanto ritenuti “*urgenti*”) dopo il deposito della domanda di accesso e fino al decreto di apertura di cui all'articolo 47 (ii) ovvero dal giudice delegato successivamente al decreto di apertura e fino all'omologazione. E l'art. 98 del Codice, sempre in tema di “prededucazione nel concordato preventivo”, dispone che i crediti prededucibili sono soddisfatti durante la procedura alla scadenza prevista dalla legge o dal contratto (e tale disposizione, evidenzia la Relazione illustrativa al Codice, pone una *regola generale*)³⁶.

In quanto atti di ordinaria amministrazione essi *non* necessitano della previa autorizzazione del Tribunale, anche se potrebbe risultare preferibile non rischiare (per esempio l'apertura di un sub procedimento di revoca del concordato) e - onde evitare spiacevoli sorprese - richiedere comunque *post* ammissione - tramite un'apposita istanza - il *placet* del Tribunale, che al massimo si pronuncerà con un provvedimento di «non luogo a provvedere»³⁷.

³⁵ “*Per la gestione del patrimonio del debitore, la continuazione dell'esercizio dell'impresa, il compenso degli organi preposti e le prestazioni professionali necessarie per legge o richieste dagli organi medesimi*” (art. 6, comma 1, lettera d).

³⁶ A tali regole generali si sovrappongono, in materia di finanziamenti all'impresa in crisi, disposizioni specifiche (artt. 104, 99, 101 e 102 del Codice), che condizionano l'attribuzione della prededucazione alla sussistenza dei presupposti (di norma, più stringenti) individuati nelle singole norme.

³⁷ C'è chi ha evidenziato l'opportunità di richiedere al tribunale nella fase prenotativa l'autorizzazione di cui all'art. 161, comma 7, l.f., compiendo una completa *disclosure* sul rapporto professionale pendente e sull'attività svolta e da svolgere, nonché dimostrando l'utilità e la congruità di tale atto, essendo peraltro in *re ipsa* l'urgenza richiesta dalla norma, attesa la necessità di non poter rinunciare all'immediata erogazione dello specifico servizio professionale svolto (S. CASONATO, *Compensi e crediti dei professionisti nel concordato preventivo*, cit., pp. 648 ss.).

VI. PREGI E DIFETTI DELLA SCELTA COMPIUTA DAL LEGISLATORE.

Vediamo i pregi ed i difetti della nuova norma sulla prededuzione.

L'opzione scelta ha il pregio della *certezza*, collegando il riconoscimento della prededuzione ad un dato oggettivo, quale il raggiungimento di un determinato *obiettivo* (l'ammissione, appunto), così limitando *ex ante* la discrezionalità dei giudici delegati in sede di ammissione al passivo dei crediti dei professionisti che hanno assistito l'impresa nel concordato preventivo (o nell'accordo di omologazione) poi sfociato in fallimento (che nel prossimo futuro si chiamerà "liquidazione giudiziale").

D'altronde il Codice, come chiarisce la stessa Relazione illustrativa, è espressione dell'esigenza, oramai indifferibile, di operare in modo sistematico ed organico la riforma della materia dell'insolvenza e delle procedure concorsuali, riducendo le incertezze interpretative ed applicative e dando maggiore uniformità agli orientamenti giurisprudenziali.³⁸ Il suo *“obiettivo principale è soddisfare imprescindibili esigenze di certezza del diritto, che postulano un sufficiente grado di prevedibilità della decisione del giudice, e il miglioramento dell'efficienza del sistema economico in modo tale da renderlo più competitivo anche nel confronto internazionale. Il punto di partenza è quello di farsi carico anche delle disfunzioni e dei disvalori delle procedure concorsuali, quali essi sono e vengono percepiti all'esterno e questo per evitare che ci si trovi a dover constatare, a consuntivo, che una procedura è servita soltanto ad assorbire le residue risorse disponibili dell'impresa.”*

Certezza del diritto, quindi, che si accompagna alla volontà di sistematizzazione del diritto fallimentare (o, meglio, del diritto della crisi dell'impresa e dell'insolvenza) in un *corpus*

³⁸ Ciò in quanto – prosegue la Relazione illustrativa al Codice – *“le modifiche normative che si sono succedute negli ultimi tempi (...) hanno ampiamente modificato la normativa di base costituita dal regio decreto 19 marzo 1942, n. 267, ma nel contempo hanno accentuato il divario tra le disposizioni riformate e quelle rimaste invariate, che risentono ancora di un'impostazione nata in un contesto temporale e politico ben lontano dall'attuale.”* Così *“la frequenza degli interventi normativi, spesso di natura episodica ed emergenziale, intervenendo su disposizioni della legge fallimentare modificate da poco, ha generato rilevanti difficoltà applicative e la formazione di indirizzi giurisprudenziali non consolidati, con un incremento delle controversie pendenti e il rallentamento notevole dei tempi di definizione delle procedure concorsuali. In buona sostanza, ha generato un'incertezza normativa.”*

normativo unico, il Codice appunto, che ha lo scopo da risolvere la complessità dell'esperienza con regole organiche e chiare. E la certezza del diritto, da un lato, e il diritto racchiuso nella legge positiva e codificata in un corpo normativo unico, dall'altro, sono - a ben vedere - due facce della stessa medaglia: due "mitologie giuridiche" rincorse dal legislatore da più di duecento anni³⁹.

Vediamo ora quali sono le possibili *criticità* della scelta compiuta dal legislatore.

Nella sua *semplicità* (porre un traguardo procedurale come condizione per la preveducibilità) la disposizione del Codice rischia di non tener conto della *complessità del reale*, tramutandosi in una soluzione semplicistica. Invero vi sono molteplici ragioni che possono portare al mancato risultato dell'ammissione e che spesso prescindono dal corretto e diligente lavoro del professionista (che quindi per il proprio lavoro meriterebbe di essere premiato e non "punito").

Si pensi a questioni giuridiche dibattute, la cui scelta interpretativa da parte del tribunale competente (con decisioni "a macchia di leopardo" nel territorio, differenti per contenuto da distretto a distretto e talora addirittura con contrasti all'interno della stessa sezione fallimentare) ha portato alla mancata ammissione del concordato; questioni successivamente risolte in senso opposto dal medesimo tribunale o financo definite da

³⁹ Secondo il principio della certezza del diritto, il giurista necessita di modelli, di forme elaborate dalla scienza giuridica come il navigatore antico aveva bisogno della stella polare, per orientarsi nel mare, sterminato, della complessità sociale (sul concetto della certezza del diritto si veda P. CALAMANDREI, *La certezza del diritto e le responsabilità della dottrina*, 1942, ora in *Opere giuridiche*, vol. I, Napoli, 1985). In questa ottica, normativismo e formalismo, legalismo e concettualismo sono i dogmi seguiti dal legislatore e l'epifenomeno di tale concezione è l'idea del Codice in generale, inteso come fonte unitaria, completa ed esclusiva del diritto ridotto a legge, vero e proprio mito fondativo della cultura giuridica continentale da circa duecento anni (cfr. P. GROSSI, *Mitologie giuridiche della modernità*, Milano, 2001). Il Codice è frutto dell'illuminismo, della rivoluzione e dell'ideologia imperiale napoleonica: a partire dal *Code civil* (o Code Napoleon) del 1804; con esso si ha - è stato scritto dallo storico del diritto - la mitizzazione del legislatore - "*che ci appare quasi come uno Zeus fulminante dall'Olimpo, onnisciente e onnipotente*" (P. GROSSI, *La cultura del civilista italiano: un profilo storico*, Milano, 2002, p. 110). Per approfondimenti cfr. G. TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna*, I, Bologna 1976, pp. 28 e ss.; F. VASSALLI, *Estrastatualità del diritto civile*, ora in *Studi giuridici*, vol. III, tomo II, Milano, 1951.

sentenze delle Sezioni Unite o da veri e propri interventi normativi *ex post*⁴⁰. Spesso se la domanda di concordato fosse stata presentata qualche tempo dopo nello stesso tribunale, o lo stesso giorno ma in un tribunale diverso, l'esito sarebbe stato diverso e la domanda avrebbe potuto essere ammessa (in virtù, appunto, del mutamento giurisprudenziale o di una sopraggiunta modifica legislativa).

D'altro canto, anche nel caso di mancata ammissione del concordato (od omologa degli accordi di ristrutturazione) l'opera del professionista potrebbe essere stata assai diligente e finanche molto utile per la massa, nonché per il curatore nel successivo fallimento (ora "liquidazione giudiziale" ai sensi degli artt. 121 e ss. del Codice). Invero l'attività di predisposizione del piano di concordato, ancorchè non ammesso, può essere di particolare complessità e richiedere l'espletamento di plurime attività prodromiche (si pensi al riordino delle scritture contabili e di riconciliazione dei valori contabili, con verifica delle poste, onde conseguire una corretta rappresentazione della situazione patrimoniale concordataria), che possono essere certamente utili per il successivo fallimento (e, quindi, per la massa dei creditori), considerando che il curatore si ritroverebbe a svolgere il proprio compito con una situazione - contabile, legale, valutativa - già riordinata e rettificata dagli *advisor*⁴¹.

⁴⁰ Per esempio molte procedure di concordato preventivo - prima dell'intervento della Corte di Giustizia del 7 aprile 2016 e delle Sezioni Unite della Cassazione del 27 dicembre 2016, n. 26988 e del 13 gennaio 2017, n. 760 - sono state dichiarate inammissibili (cfr. per una disamina della questione si consenta il rinvio a F. GALLIO - M. GREGGIO, *Il pagamento parziale dell'IVA e delle ritenute d'acconto in ambito concordatario a seguito delle recenti modifiche normative*, in *Bollettino Tributario*, 2017, pp. 1572 ss.; M. GREGGIO, *La falcidiabilità dell'IVA nei concordati preventivi (una questione risolta?)*, in *www.fallimentiesocieta.it*, 2017). E ancora: nel caso di affitto dell'azienda di proprietà del debitore antecedente alla domanda prenotativa di cui all'art. 161 sesto comma l.f. (e quindi in presenza della continuità aziendale indiretta) quanti concordati sono stati qualificati come liquidatori, anzichè in continuità, con conseguente inammissibilità della domanda perché la proposta prevedeva del pagamento dei crediti chirografari in misura inferiore al venti per cento?

⁴¹ Basti pensare che, alla luce della normativa vigente, l'accesso alla procedura prenotativa, mediante il deposito del ricorso *ex art. 161 sesto comma l.f.*, costituisce di per sé un vantaggio per i creditori, in ragione degli effetti tipici della consecuzione delle procedure, tra i quali, ad esempio l'emersione tempestiva dello stato di crisi, la cristallizzazione della massa, la retrodatazione del periodo sospetto ai fini della revocatoria fallimentare (art. 69 bis l.f.), l'inefficacia delle garanzie ipotecarie iscritte nei 90 giorni precedenti alla pubblicazione del ricorso nel registro delle imprese (art. 168 secondo comma

Certo un concordato non ammesso può porre in dubbio la presenza del requisito della diligenza (e dell'utilità) dell'opera prestata dal professionista, ma se la scelta del legislatore ha il pregio della certezza, rischia di avere - in alcuni casi - il difetto dell'ingiustizia.

Va anche detto che la novità introdotta dal legislatore rischia di incidere su alcuni tradizionali principi civilistici di sedimentata "certezza". Subordinare la prevedibilità del compenso del professionista al raggiungimento di un traguardo procedurale rischia infatti di trasformare l'obbligazione del professionista in una *obbligazione di risultato*⁴².

Si noti: il traguardo procedurale raggiunto rende le prestazioni del professionista - con una presunzione legale - "funzionali" alla procedura e quindi il relativo credito è ritenuto dal legislatore pagabile in via preferenziale (ma nei limiti quantitativi del 75%). Ma tale principio cozza inevitabilmente con quello civilistico, che notoriamente considera la prestazione d'opera intellettuale come un'obbligazione di mezzi, disciplinata dalla diligenza professionale *ex art. 1176*, secondo comma c.c. (e la responsabilità del professionista per l'opera svolta per accedere alla procedura è civilmente "scriminata" dalla mancanza di dolo o colpa grave al cospetto di problemi tecnici di speciale difficoltà *ex art. 2236 c.c.*)⁴³.

Con l'introduzione della norma in commento la diligenza e la perizia non bastano più: è

l.f.), la cessazione della decorrenza degli interessi sui crediti chirografari (art. 55 l.fall.), che la semplice messa in liquidazione della società non produce. Peraltro anche la Suprema Corte di Cassazione ha rilevato come l'attività professionale (diligentemente) svolta è comunque in *re ipsa* a favore anche della massa fallimentare, in quanto fornisce un utile strumento di informazione anche per la successiva procedura fallimentare (Cass. 8 settembre 2015, n. 17821).

⁴² Al riguardo *ex pluribus* si veda: P. RESCIGNO, voce "Obbligazioni (nozioni)", in *Enc. dir.*, vol. XXIX, Milano, 1979, p. 191 ss.; M. GIORGIANNI, *L'inadempimento*, Milano, 1975, p. 227 ss.; F. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, III, Milano, 1959, p. 58 ss.. Nelle prestazioni di mezzi il "risultato" coincide con l'adeguatezza dell'attività diretta al raggiungimento dell'obiettivo, sicché la diligenza costituisce ed esaurisce l'oggetto stesso dell'obbligazione (P. RESCIGNO, voce «Obbligazioni (nozioni)», *cit.*, p. 191 ss.).

⁴³ Secondo la Suprema Corte (Cass. 5 agosto 2013, n. 18612) «il professionista, assumendo l'incarico, si impegna a prestare la propria opera per raggiungere il risultato desiderato, ma non a conseguirlo; pertanto, ai fini del giudizio di responsabilità nei confronti del professionista, rilevano le modalità dello svolgimento della sua attività in relazione al parametro della diligenza fissato dall'art. 1176, 2° comma, c.c. che è quello della diligenza del professionista di media attenzione e preparazione» (si veda anche Cass. 18 aprile 2011, n. 8863; Cass. 11 gennaio 2010, n. 230).

necessario anche il raggiungimento di un traguardo, o – se vogliamo utilizzare le categorie civilistiche – di un *risultato*. È pur vero che *lex specialis derogat generali*, ma forse con il nuovo Codice è necessario un ripensamento - “sistemico” - del principio generale (civilistico). Resta poi da capire il motivo per il quale al raggiungimento di tale risultato il professionista dovrà essere pagato *soltanto* “nei limiti del 75% del credito accertato”. Perché il 75%, e non la totalità del credito? La risposta non la si trova neppure nella Relazione illustrativa, che si limita a ricordare che il credito del professionista “è comunque assistito da un privilegio di grado elevato (art. 2751 bis, n. 2, c.c.)”.

Comunque la si voglia guardare, anche questa sembra una norma punitiva per il professionista nominato dal debitore: si toglie *d’emblée* un quarto del compenso, nonostante il “risultato” procedurale raggiunto. Disparità ancor più evidente se raffrontata al compenso degli organi preposti alla procedura concorsuale (pagati per intero ai sensi dell’art. 6 comma 1 lett. d).

Conclusivamente, si auspica che le scelte del legislatore compiute in tema di prededuzione, alquanto rigide nel proprio formalismo ispirato alla “certezza”, trovino - laddove possibile - un mitigato equilibrio nell’interpretazione giurisprudenziale basata alla necessaria *aequitas*⁴⁴.

⁴⁴ D’altronde Emilio Betti insegnava che le categorie dogmatiche non costituiscono “*schemi rigidi ed immoti, compiuti e sufficienti a se stessi, la forme destinate ad assumere un contenuto e capaci di configurazioni svariate*” (E. BETTI, *Diritto romano e dogmatica odierna*, in *Arch. Giur.*, 1928, pp. 141-142); e Rosario Nicolò scriveva che “*le categorie giuridiche e i relativi concetti (...) sono (...) strumenti di conoscenza di una realtà sociale alla quale si devono adeguare e intimamente aderire*”. E Paolo Grossi scrive che “*la legge – e quindi anche il Codice – non è intesa come una monade chiusa e sigillata dal legislatore al momento della sua confezione ma come realtà normativa aperta verso il futuro, disponibile ad arricchirsi da parte dei fatti futuri che sarà chiamata ad ordinare*” (P. GROSSI, *La cultura del civilista italiano*, cit., pp. 32-33). Sulla necessaria contemperanza della forma con la sostanza nel diritto cfr. anche A. FALZEA, *Introduzione generale*, in *Cinquanta anni di esperienza giuridica in Italia*, Milano 1982, p. 21-22; G. FERRI, *Revisione del codice civile e autonomia del diritto commerciale*, in *Riv. dir. comm.*, I, 1945, p. 102.