

IANUS

Diritto e Finanza



UNIVERSITÀ
DI SIENA
1240

Rivista di studi giuridici

<https://www.rivistaianus.it>



ISSN: 1974-9805

n. 29 - giugno 2024

CREDITI PROFESSIONALI E PROCEDURE
CONCORSUALI. RIFLESSIONI IN TEMA DI
AUTONOMIA NEGOZIALE E REGOLAZIONE
DELLA CRISI D'IMPRESA

Giovanni Romano
Gianni Capobianco

**CREDITI PROFESSIONALI E PROCEDURE CONCORDSUALI.
RIFLESSIONI IN TEMA DI AUTONOMIA NEGOZIALE E
REGOLAZIONE DELLA CRISI D'IMPRESA °**

Giovanni Romano

*Professore Associato di Diritto commerciale
Università degli Studi di Siena*

Gianni Capobianco

*Assegnista di Ricerca in Diritto commerciale
Università degli Studi di Siena*

NOTA A SENTENZA

CASSAZIONE CIVILE, sez. I, 28 aprile 2022, n. 13367 (ord.) – Pres. Bisogni - Rel. Vella

Crediti professionali - Pagamento effettuato dopo la scadenza - Apertura del concordato - Revoca dell'ammissione - Fallimento - Esenzione dalla revocatoria fallimentare - Strumentalità - Sussistenza (Legge fallimentare, art. 67, c. 3, lett. g); art. 111, c. 2; art. 173)

In tema di concordato preventivo, laddove vi sia stata apertura della procedura concordataria seguita da revoca e dichiarazione di fallimento, rientrano nell'esenzione da revocatoria anche i crediti liquidi ed esigibili *ex art. 67, c. 3, lett. g)*, 1. fall. che siano stati pagati dopo la scadenza, alla luce di un'interpretazione sistematica di tale disposizione con l'art. 111, c. 2, L. fall., in quanto la *ratio* di tale esenzione consiste nell'intento di favorire il ricorso alla procedura di concordato preventivo, quale possibile strumento di composizione della crisi idoneo a favorire la conservazione dei valori aziendali, dovendo perciò l'espressione "alla scadenza" intendersi come un semplice rafforzativo del presupposto della liquidità ed esigibilità del credito.

L'esenzione da revocatoria non può operare a prescindere dall'apertura del concordato, poiché il concetto di strumentalità (quale *prius* della prestazione da cui sorge il credito) è predicabile a fronte di una fattispecie pienamente compiuta e dunque proprio per il caso di concordato ammesso, cui cioè il debitore abbia acceduto, pena la riduzione a mera intenzionalità della commentata attitudine causale.

CORTE D'APPELLO DI MILANO, sez. IV civ., 27 maggio 2022, n. 1828 – Pres. Vigorelli - Rel. Lupo

Crediti professionali - Mancata apertura del concordato - Successivo fallimento - Esenzione dalla revocatoria fallimentare - Funzionalità - Insussistenza (Legge fallimentare, art. 67, c. 3, lett. g); art. 111, c. 2)

° Saggio sottoposto a *double-blind peer review*.

Alla luce della consolidata giurisprudenza in tema di prededucibilità, *ex art. 111, c. 2, 1. fall.*, del credito sorto “in funzione” di una procedura concorsuale, l’ambito applicativo dell’esenzione di cui all’art. 67, c. 3, lett. g), 1. fall., non può essere esteso fino a ricomprendervi anche i crediti derivanti da attività finalizzate alla presentazione di una domanda di concordato dichiarata inammissibile, non essendo ravvisabile, in tal caso, alcuna funzionalità dell’attività prestata rispetto alle finalità della procedura, in quanto tale attività non solo non contribuisce con inerenza necessaria, secondo un giudizio *ex ante*, alla conservazione o all’incremento dei valori aziendali dell’impresa, ma determina anzi il procrastinarsi dello stato d’insolvenza.

Sommario:

1. Le vicende litigiose
2. Procedure concorsuali e “statuto” del credito professionale: cenni preliminari al quadro sistematico entro cui le due decisioni s’iscrivono
3. I presupposti di operatività dell’esenzione dalla revocatoria *ex art. 67, c. 3, lett. g), 1. fall.*: in particolare, la condizione del pagamento eseguito “alla scadenza”
 - 3.1. (*Segue*). Il requisito della “strumentalità all’accesso” alla procedura e il problema del controllo sull’“utilità” della prestazione (e sull’“equità” del compenso) professionale
4. I percorsi della giurisprudenza e l’espansiva *vis* (d’una certa concezione) del criterio di “funzionalità”
 - 4.1. (*Segue*). I principali orientamenti delle corti, anche alla luce dell’asserita simmetria della disciplina in tema di prededuzione “funzionale” *ex art. 111, c. 2, 1. fall.*
 - 4.2. (*Segue*). La riemersione del criterio della “utilità in concreto” e del giudice censore, col proprio vaglio in sede d’ammissione, della prededuzione per “funzionalità”
 - 4.3. (*Segue*). Il perdurare dei contrasti e la rimessione della questione alle sez. un.
5. La concezione delle sez. un. tra *causa concordati*, valore relazionale della “funzionalità” e *consecutio procedurarum*
 - 5.1. (*Segue*). I riflessi di tale impostazione sull’interpretazione della previsione in tema d’esenzione da revocatoria
 - 5.2. (*Segue*). Loro conseguenze pratiche: in particolare, l’apparente non proteggibilità degli acconti sul compenso
 - 5.3. (*Segue*). Ulteriori spunti ricavabili dalla giurisprudenza successiva
6. Il lascito delle sez. un. e la sistematica del nuovo codice della crisi d’impresa: critica dell’impostazione concettuale e necessità di un’autonoma declinazione relazionale del requisito della “strumentalità all’accesso”
 - 6.1. (*Segue*). Rilevanza di alcune innovazioni entro lo *jus positum* (in particolare, negli artt. 6 e 166, c. 3, lett. g, c.c.i.i.)
 - 6.2. Critica delle conseguenze pratiche
 - 6.3. (*Segue*). Ancora in tema di acconti
 - 6.4. Sintesi delle posizioni della giurisprudenza e delle ragioni di loro criticabilità
7. Per un ritorno dalla *causa concordati* alla *causa contractus*, nel prisma della funzione di “regolazione della crisi”
 - 7.1. (*Segue*). Il compenso del professionista e la portata dell’esenzione dalla revocatoria alla luce degli individuati principi

1. Le vicende litigiose

Nei due provvedimenti richiamati in epigrafe, la Cass. civ. e l'App. Milano si sono pronunciate, giusta l'art. 67, c. 3, lett. g), 1. fall., in tema di esenzione da revocatoria fallimentare di pagamenti ricevuti da professionisti per la prestazione di attività e servizi strumentali all'accesso al concordato preventivo. Nel primo caso, l'azione revocatoria aveva riguardato il pagamento del corrispettivo ricevuto dalla ricorrente per l'attività consulenziale prestata ai fini del deposito della domanda di concordato da parte della società debitrice; domanda cui poi avevano fatto seguito l'apertura della procedura e la successiva revoca giudiziale dell'ammissione, con conseguente dichiarazione di fallimento dell'assistita. Nel secondo caso, la curatela aveva agito per il recupero del pagamento ricevuto dal professionista in relazione all'ausilio tecnico da questi offerto ai fini della predisposizione e dell'assistenza al deposito di ricorso "in bianco", senza che a ciò avesse fatto seguito la pronuncia del decreto di ammissione al concordato da parte del Tribunale.

Quanto alle questioni di diritto, nella prima vicenda, oggetto di censura è stata l'interpretazione resa dal giudice dell'appello, secondo cui, configurando un'eccezione al sistema revocatorio concorsuale, la richiamata norma d'esenzione dovrebbe interpretarsi restrittivamente nella parte in cui precisa che il pagamento debba esser stato eseguito "alla scadenza", riferendosi così solo ai pagamenti connotati da regolarità nell'adempimento, di guisa che rimarrebbero revocabili non solo i pagamenti anticipati, ma pure quelli posticipati, come in concreto avvenuto nel caso di specie. Ritene ora di converso la Corte cass. che detta locuzione, espressione d'un limite al *favor concordati*, sia da intendersi alla stregua di un rafforzativo del presupposto della liquidità ed esigibilità del credito, come tale volto ad escludere dalla protezione i soli pagamenti anticipati rispetto al compimento delle prestazioni professionali, in quanto diretti in qualche modo a sottrarre il professionista dai possibili rischi di insuccesso dell'iniziativa di regolazione della crisi. Nella controversia decisa dalla corte meneghina, invece, di fronte all'avversa iniziativa revocatoria, il professionista agiva in appello invocando la sussistenza, secondo la *littera* della norma protettiva, del requisito della "strumentalità" dell'erogata prestazione all'accesso alla procedura concordataria; argomento che la corte ha tuttavia disconosciuto, ritenendo che l'esenzione non possa giungere a ricomprendere i pagamenti relativi ad attività finalizzate alla presentazione di una domanda concordataria poi dichiarata inammissibile.

Nel sostenere le rispettive tesi, i due provvedimenti saldano il proprio argomentare con quanto deciso, alcuni mesi prima, dalle sez. un. in tema di prededucibilità "funzionale" del credito professionale¹. Ciò, specificamente, nella

* Il presente contributo, benché frutto di riflessioni comuni, vede Giovanni Romano autore dei parr. 2, 3.1, 4-4.2, 5-5.2, 6-6.3, 7-7.1 e Gianni Capobianco autore dei parr. 1, 3, 4.3 e 5.3.

parte in cui tale ultima decisione ha rilevato, precisandone senso e misura, l'*eadem ratio* tra la disposizione di cui all'art. 111, c. 2, e quella per l'appunto contenuta nell'art. 67, c. 3, lett. g), 1. fall., in quanto norme entrambe dirette ad agevolare, a certe condizioni, il ricorso alle procedure concorsuali di risanamento, con un conseguente (parziale) parallelismo pure in punto d'interpretazione dei due requisiti rispettivamente dati dalla "*funzionalità*" (del credito) e dalla "*strumentalità*" (del servizio/opera donde il credito origina) rispetto a tali procedure. Operazione ermeneutica che le sez. un. hanno compiuto individuando, per entrambi i casi, nella pronuncia del decreto d'ammissione al concordato preventivo il prerequisite procedimentale minimo indispensabile per l'operare delle regole di favore in discorso².

Procedendo sulla scorta di tale insegnamento, ritiene adesso la Corte cass. di poter sostenere l'ulteriore conclusione secondo cui l'apertura del concordato preventivo metterebbe al riparo dalla scure della revocatoria anche i pagamenti di crediti professionali (liquidi ed esigibili), seppur effettuati dopo la scadenza. Da canto suo, e in forza del riferimento al medesimo insegnamento nomofilattico, l'App. Milano ha negato l'invocata protezione dicendo l'attività professionale svolta mancante d'ogni rilevante profilo di "*funzionalità*" rispetto alle finalità della ricercata, ma finalmente non acceduta, procedura concorsuale.

2. Procedure concorsuali e "statuto" del credito professionale: cenni preliminari al quadro sistematico entro cui le due decisioni s'iscrivono

Le due pronunce appaiono di sicuro interesse, annoverandosi tra le prime ad intervenire sul tema dell'esenzione dalla revocatoria alla luce del nesso dalle sez. un. stabilito con l'area della prededucibilità "*funzionale*" dei crediti professionali, e così iscrivendosi a pieno titolo in una complessa saga giurisprudenziale (e poi anche legislativa³) che trova spiegazione nella delicatezza del tema che ne costituisce l'oggetto principale: quello della controllabilità giudiziale delle prestazioni (e dei compensi) dei professionisti che, variamente, abbiano assistito il debitore in crisi in vista dell'accesso alla procedura concordataria⁴. Tema al di sotto del quale sono venuti fatalmente a scontrarsi atteggiamenti (ma vorremmo

Il par. 6.4 è da attribuirsi ad entrambi. Una prima, più concisa, versione dello scritto è apparsa, sotto diverso titolo, in *Banca borsa tit. cred.*, 2024, n. 4, II. Il contributo è aggiornato al diritto vigente al maggio 2024.

¹ Si tratta del noto arresto di Cass., sez. un., 31 dicembre 2021, n. 42093, in *Banca borsa tit. cred.*, 2023, II, 368, con nota di PASSARETTA, *La "prededucazione condizionata" dei crediti del professionista: vecchi principi o solo una frettolosa applicazione del nuovo codice della crisi?*; altri riff. *infra*, nt. 83.

² Cfr. *infra*, 5.

³ Cfr. *infra*, 5, 6, 6.1.

⁴ MEO, *I crediti professionali nel concordato preventivo tra "prededucazione" e adempimento contrattuale*, in *Riv. ODC*, 2016, n. 2, 3 ss.; GALLETTI, *Il contratto di advising e la rilevanza "civilistica" della causa di regolazione della crisi*, in *Dir. fall.*, 2022, I, 890 ss.

dire: “visioni del mondo”) profondamente divergenti a cospetto dell’epocale risistemazione del rapporto tra autonomia privata ed eteronomia giudiziale risultante dalle riforme concorsuali⁵.

È inevitabile, infatti, che i mandati professionali che s’inseriscono nel percorso di sistemazione della crisi divengano terreno di elezione per verifiche di tal fatta in quanto, per definizione, stipulati in contesti di scarsità di risorse e di “comunità di pericolo”, ponendo l’esigenza di verificare se le prestazioni professionali acquisite dal debitore possano realmente dirsi adeguate allo scopo, sì da poter indirettamente beneficiare anche i creditori concorsuali⁶. D’altro canto, l’“esplosione” della prededuzione funzionale, proprio perché capace, rispetto alla vecchia categoria dei debiti della massa, d’interessare crediti sorti nei confronti dell’impresa anche prima della procedura concorsuale – e perciò al di fuori d’ogni controllo giudiziale – è stata alla base di un evidente (e delicato) “conflitto di classe” che, in uno con non rare vicende d’impiego abusivo dell’istituto concordatario, soprattutto nella sua versione “in bianco”⁷, le corti si son trovate a dover non solo amministrare, ma – in certo senso – anche *regolare*, onde evitare che, emersa l’impercorribilità della soluzione conservativa, il conseguente ritardo nell’apertura di fallimenti particolarmente “carichi” di passività corrispondenti a compensi professionali aspiranti alla prededuzione venisse a risolversi in un esito doppiamente pregiudizievole delle ragioni dei creditori⁸.

Conflitto che, invero, ha finito per investire l’intero “statuto concorsuale” del credito professionale, coinvolgendo, oltre a quella sulla prededuzione, anche la norma sull’esonazione da revocatoria, posto che in entrambi i casi, ora proteggendo il creditore-professionista in relazione al *quantum* già percepito in periodo sospetto, ora collocandone la pretesa non ancora soddisfatta nell’alveo della prededucibilità, il legislatore aveva per l’appunto mostrato di voler predisporre adeguati strumenti per incentivare il ricorso, per così dire “qualificato”, alle soluzioni improntate alla continuità aziendale⁹. E merita, a tal riguardo, subito osservare come, simmetricamente a taluni orientamenti giurisprudenziali che sarebbero poi in effetti emersi con riguardo alla

⁵ In una letteratura decisamente ampia, cfr. FABIANI, *Autonomia ed eteronomia nella risoluzione dei conflitti nel nuovo diritto concorsuale*, in *Fallimento*, 2008, 1098 ss.; P. VELLA, *L’atomo di Bohr e le procedure concorsuali: una metafora della interazione tra giudice, debitore e creditori nella crisi di impresa*, in *IlCaso.it*, 15 dicembre 2015; da ultimo, RORDORF, *Il ruolo del giudice nella ristrutturazione delle imprese in crisi*, in *Dirittodellacrisi.it*, 8 marzo 2023.

⁶ Cfr. BOTTAI - A. PEZZANO, *Le sorti dei crediti professionali dopo la sentenza delle S.U. e l’avvio del Codice della crisi: non è in gioco solo la prededuzione*, in *Ristr. aziendali*, 20 settembre 2022, 18.

⁷ DONATIVI, *I requisiti della domanda di concordato con riserva (e il difficile equilibrio tra prevenzione degli abusi ed eccessi di formalismo)*, in *Riv. soc.*, 2013, 1162 ss.

⁸ Cfr. FABIANI, *Il delicato ruolo del professionista del debitore in crisi fra incerta prededuzione e rischio di inadempimento*, in *Giur. comm.*, 2017, I, 720 ss.

⁹ PACCHI, *Le prededuzioni dei professionisti nel concordato preventivo*, in *Dirittodellacrisi.it*, 27 ottobre 2022, 14; S. COSTA, *La prededuzione della “nuova” finanza e dei crediti professionali nel concordato preventivo*, in *Nuove leggi civ.*, 2022, 1562.

prededuzione funzionale¹⁰, alcuni autori, all'indomani delle riforme, ebbero a preconizzare il rischio di un atteggiamento di deciso rigore dei giudici pure verso l'ampio catalogo di esenzioni dalla revocatoria introdotto nel nuovo art. 67, c. 3, l. fall.¹¹. D'altronde, non avevano tardato a manifestarsi, in seno alla letteratura d'estrazione giudiziaria, posizioni dichiaratamente sfavorevoli alla così realizzata compressione, in uno con la dimidiazione del periodo sospetto, della *par condicio creditorum*, la quale, in quanto «figlia dell'uguaglianza», ancora veniva reputata espressione delle «regole generali dello stesso diritto naturale», e perciò elevata a «motivo visibile della presenza del giudice nel fallimento»¹².

Dinnanzi a questo quadro, una chiara voce in dottrina aveva intuito come, concorrente pure il fatto di un impiego massivo di clausole generali ed espressioni indeterminate da parte del legislatore¹³, cruciale sarebbe risultata l'esigenza di ben intendere la *ratio* sostanziale delle innovazioni, che non era certo quella «di creare un diritto singolare, a favore di soggetti più forti dal punto di vista economico», bensì «di sceverare le condotte ritenute utili al superamento della crisi» da quelle invece perseguenti «obbiettivi puramente egoistici, in frontale contrasto con il bene inteso interesse della massa dei creditori». Un processo, questo, in cui l'interprete avrebbe dovuto sentirsi pienamente coinvolto «in modo da far prevalere le ragioni dell'economia sugli esercizi di pura e semplice classificazione astratta, ovviamente senza perdere di vista l'esigenza di reprimere le frodi»¹⁴.

Quanto al nostro tema specifico, si è osservato, in una prima fase, un lavoro degli interpreti per lo più concentrato sull'esegesi dei presupposti di operatività della previsione di legge alla luce della complessiva riforma del sistema revocatorio concorsuale¹⁵. In divenire di tempo, tuttavia, l'attività ermeneutica sarebbe giunta a germinare svariati tentativi di lettura sistematica via via intrecciatisi con – e variamente condizionati da – i divergenti indirizzi dalla giurisprudenza nel frattempo elaborati proprio sul parallelo terreno della

¹⁰ E poi, per vero, pure a quella “occasionale”, anch'essa ricondotta, a fronte dell'indeterminato tenore letterale dell'art. 111, c. 2, l. fall., sotto l'egida di un più stringente vaglio relazionale da parte della giurisprudenza. Sul punto cfr. i rife. di cui *infra*, nt. 49.

¹¹ Cfr. MENTI, *La revoca dei pagamenti nell'esercizio dell'impresa alla prova della tesi antidenditaria delle Sezioni Unite*, in *Fallimento*, 2007, 503 ss.

¹² LIMITONE, *Le sezioni unite tra vecchia e nuova revocatoria*, in *Dir. fall.*, 2007, II, 10 ss. (corsivo ns.). Da ultimo, nel senso che la *par condicio* andrebbe oramai considerata soltanto come «una guida di orientamento nella distribuzione delle risorse», avendo perso il ruolo centrale del passato, FABIANI, *Effetti dell'autonomia del diritto della crisi tra un breve catalogo dei principi e delle clausole generali e il nuovo lessico del Codice*, in *Dirittodellacrisi.it*, 5 ottobre 2023, 7.

¹³ Tema sul quale cfr., in corso di tempo, BERTACCHINI, *Clausole generali e autonomia negoziale nella crisi d'impresa*, in *Contr. impr.*, 2011, 687 ss.; BROGI, *Clausole generali e diritto concorsuale*, in *Fallimento*, 2022, 877 ss.; MONTALENTI, *Le nuove clausole generali nel Codice della crisi*, in *Giur. it.*, 2023, 1434 ss.

¹⁴ TERRANOVA, *La nuova disciplina delle revocatorie fallimentari*, ora in *Id.*, *Le procedure concorsuali*, Torino, 2019, 760. Sul quadro delle esenzioni dalla revocatoria per come riscritto dalle riforme, cfr., tra gli altri, GALLETTI, *Le nuove esenzioni dalla revocatoria fallimentare*, in *Giur. comm.*, 2007, I, 163 ss.

¹⁵ Cfr. i due parr. ss.

prededuzione funzionale¹⁶. Ciò sino a quando, a fronte dei contrasti così prodottisi, è parso necessario invocare l'intervento delle sez. un., ponendo in cima alla lista dei quesiti ad esse rivolti proprio quello relativo al «se la disciplina della revocatoria dei pagamenti di crediti insorti a fronte della “prestazione di servizi strumentali all'accesso alle procedure concorsuali” condivid[a] la medesima ratio che è posta a fondamento della prededuzione del credito dei professionisti che abbiano prestato la propria opera in vista dell'accesso alla procedura concordataria»¹⁷.

Come dimostrano i pronunciamenti qui in commento, le soluzioni alfine affermate dalle sez. un. parrebbero aver subito attecchito¹⁸, assumendo particolare rilevanza anche in quanto capaci di conservare valore ermeneutico pure con riguardo alla sistematica del nuovo *Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza* (c.c.i.i.)¹⁹. In considerazione di ciò, il presente studio intende riconsiderare il complesso percorso che ha generato l'anticipato approdo ermeneutico al fine di addivenire, anche alla luce dell'attuale dato positivo, ad una verifica critica di posizioni che parrebbero appunto in via di consolidamento quale *ius receptum*.

3. I presupposti di operatività dell'esenzione dalla revocatoria ex art. 67, c. 3, lett. g), 1. fall.: in particolare, la condizione del pagamento eseguito “alla scadenza”

Muovendo dalla più ovvia delle constatazioni, che quella di cui all'art. 67, c. 3, lett. g), 1. fall. sia, nella sua genesi storico-legislativa, disposizione espressiva di un deciso *favor* verso l'acquisizione dei servizi professionali utili all'accesso alle procedure di ristrutturazione, e segnatamente a quella di concordato preventivo, non è dubbio; la delineata fattispecie di esenzione, infatti, mira a scongiurare il timore che, nell'ipotesi di un successivo fallimento, la revocatoria possa colpire i frutti dell'opera professionale strumentale al tentativo di salvataggio dell'impresa in crisi, scoraggiandone – a monte – la prestazione²⁰.

¹⁶ Cfr. *infra*, 4 ss. In tema di prededuzione, peraltro, è stato lo stesso legislatore ad intervenire più volte in maniera estemporanea, generando notevole incertezza interpretativa (cfr. l'art. 11, c. 3-*quater*, d.l. n. 145/2013, poi abrogato dal d.l. n. 91/2014; nonché l'art. 182-*quater*, c. 4, 1. fall., introdotto dal d.l. n. 78/2010 e poi abrogato dal d.l. n. 83/2012). Cfr., *inter alia*, FABIANI, *Il delicato ruolo*, cit., 735, testo e nt. 56, 738; P. VELLA, *L'interpretazione autentica dell'art. 111, co. 2, 1.fall. e i nuovi orizzonti della prededuzione pre-concordataria*, in *IlCaso.it*, 18 marzo 2014.

¹⁷ Cfr. l'ordinanza di rimessione di Cass., I sez. civ., 23 aprile 2021, n. 10885, in *Dir. fall.*, 2021, II, 754, con nota di CARRATTA, *Sui limiti della prededucibilità dei crediti professionali, in attesa dell'intervento delle Sezioni Unite*.

¹⁸ Quanto ai presupposti della prededuzione, cfr. l'ulteriore giurisprudenza cit. *infra*, nt. 83.

¹⁹ Cfr. ZANICHELLI, *Note minime in tema di prededuzione dei compensi dei professionisti della crisi anche alla luce dell'intervento delle Sezioni Unite*, in *Dirittodellacrisi.it*, 10 luglio 2023, spec. 8 s.; e cfr. poi *infra*, 6 ss.

²⁰ Cfr., *ex pluribus*, BONFATTI, *Gli effetti del fallimento sugli atti pregiudizievoli ai creditori. Le azioni revocatorie*, in *Trattato* Jorio-Sassani, vol. II, Milano, 2014, 323 ss. L'esenzione guarda, essenzialmente, al professionista attestatore, nonché agli *advisor* legali, contabili e finanziari, che abbiano assistito il debitore con prestazioni (p. es., assistenza nelle trattative coi creditori,

Tuttavia, per ragioni altrettanto intuibili, l'ipotesi esentativa trovasi circondata da precauzioni rivolte ad impedire indebite sottrazioni alle ragioni del concorso. Il legislatore, infatti, mette al riparo dalla scure della revocatoria i soli atti solutori che, *cumulativamente*: i) abbiano riguardato crediti *liquidi ed esigibili*; ii) siano stati eseguiti *alla scadenza*; iii) possano dirsi relazionati alla procedura di concordato preventivo in termini di *strumentalità all'accesso*. E se tutto sommato chiara, in ragione dell'espressa richiesta di liquidità ed esigibilità del credito, è apparsa la necessità che dall'incarico professionale s'evinca, senza bisogno d'alcuna determinazione ulteriore, il *quantum* riconosciuto a fronte delle prestazioni rese e il momento di maturazione della corrispondente pretesa in capo al professionista²¹, molteplici dubbi sono invece emersi con riguardo alla ragione per cui i pagamenti in discorso, per poter godere della protezione, debbano altresì risultare eseguiti *alla scadenza*.

Di là da quelle posizioni che hanno ritenuto la precisazione affatto superflua, secondo una prima tesi, con tale locuzione il legislatore avrebbe inteso ricollegare la previsione in discorso con quella di cui alla precedente lettera a), con la conseguenza di ritenere sottratti alla revocatoria fallimentare i soli pagamenti eseguiti nei *termini d'uso*²². Rispetto al noto coacervo delle questioni interpretative che, inevitabilmente, il riferimento a tale ultima formula ha determinato²³, da parte di alcuni autori si è comunque fatto osservare che, versando per definizione il debitore in situazione di difficoltà economica, immaginare – *in ipotesi* – di escludere dall'esenzione i pagamenti ritardati, finirebbe per assumere un sapore

predisposizione della documentazione contabile, assistenza legale per la redazione del ricorso introduttivo, etc.) strumentali all'accesso alla procedura. Cfr. GUGLIELMUCCI, *Diritto fallimentare*, VIII ed. (a cura di PADOVINI), Torino, 2017, 160.

²¹ Cfr., per tutti, MEO, *I crediti professionali*, cit., 19.

²² TERRANOVA, *La nuova disciplina*, cit., 798; LIMITONE, *Art. 67*, in FERRO (a cura di), *La legge fallimentare. Commentario teorico-pratico*, Padova, 2014, 863; *contra*, MECATTI, *La revocabilità del pagamento delle spese legali*, in *Fallimento*, 2013, 480.

²³ Come noto, la disposizione dell'art. 67, c. 3, lett. a), l. fall., ha posto agli interpreti la questione di stabilire se l'espressione vada riferita al solo tempo del pagamento ovvero anche alle relative modalità d'esecuzione, dovendosi, di conseguenza, pure stabilire quale sia il parametro di riferimento adeguato onde poter determinare, eventualmente pure tenendo conto dell'"uso" che corre su piazza, il carattere "consueto" o "normale" della condotta dei contraenti. Sul tema cfr., *ex pluribus*, TERRANOVA, *La nuova disciplina*, cit., 760 ss.; NIGRO, *Art. 67*, in NIGRO - SANDULLI (a cura di), *La riforma della legge fallimentare*, vol. I, Torino, 2006, 374; SALAMONE, *L'esenzione da revocatoria fallimentare dei "pagamenti di beni e servizi effettuati nell'esercizio dell'attività nei termini d'uso"*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2008, I, 430 ss. Al riguardo, la giurisprudenza di legittimità appare ormai orientata nel senso che la locuzione sia da riferirsi al solo svolgimento del rapporto tra le parti quale riferimento indicante che il pagamento eseguito con le nuove caratteristiche non sia più da considerarsi eseguito "in ritardo". Da ultimo, a consolidamento d'indirizzi già inaugurati, cfr. Cass., 24 maggio 2022, n. 16773, in *Dir. fall.*, 2023, II, 915 ss., con nota di F. SACCHI, *Ratio e presupposti dell'esenzione da revocatoria dei pagamenti di beni e servizi effettuati nell'esercizio dell'attività d'impresa nei termini d'uso*; cfr., inoltre, l'ampio e aggiornato studio di DIMUNDO, *Questioni in tema di esonero da revocatoria dei pagamenti eseguiti "nei termini d'uso"*, in *Dirittodellacrisi.it*, 2 ottobre 2023.

decisamente paradossale a cospetto della stessa *ratio legis*²⁴, oltremodo comprimendo l'ambito di operatività dell'esenzione²⁵. Altri, dunque, ha letto la specificazione in modo omologo a quanto prescritto dall'art. 65 l. fall., sì da escludere dalla protezione i soli pagamenti *anticipati*²⁶. In tale novero di posizioni, si è dunque ritenuto che, se certo non potrebbero rientrare nell'ambito di applicazione della previsione i pagamenti anticipati rispetto alla scadenza, atteso che si andrebbero così a soddisfare crediti *non esigibili*²⁷, l'eventuale previsione di un extra-vagante piano di pagamenti che, in ipotesi, assicurasse al professionista la percezione dell'*intero* corrispettivo in anticipo rispetto al compimento delle attività tipiche, verrebbe in verità a collocarsi al di là della stessa *ratio* dell'esenzione²⁸.

Seppur senza dirimere ogni questione sorta nei dibattiti della dottrina, a considerazioni di quest'ordine aderisce adesso la Corte cass. nell'ordinanza riferita in epigrafe, sottolineando, da un lato, la funzione rafforzativa che l'espressione "alla scadenza", quale limite al principio del *favor concordati*, assolverebbe rispetto al presupposto della liquidità ed esigibilità del credito, e, dall'altro, giustificandone la presenza alla luce dell'esigenza di non sottrarre completamente il professionista al rischio d'insuccesso dell'iniziativa di regolazione della crisi. Dunque, un primo elemento di novità della pronuncia in commento attiene alla perimetrazione, rispetto al *tempus* dell'atto solutorio, della fattispecie d'esenzione, in essa venendo per l'appunto ricompresi anche i pagamenti di crediti liquidi ed esigibili eseguiti successivamente alla scadenza. Tuttavia, tale possibilità viene ora subordinata alla condizione che il Tribunale sia giunto a pronunciare il decreto di ammissione al concordato, sì che, in mancanza, il pagamento rimarrebbe pur sempre revocabile²⁹. E nello stesso senso, come visto, s'è orientata l'App. Milano. Entrambi i pronunciamenti, come pure

²⁴ CAVALLI, *L'esenzione dei pagamenti eseguiti nell'esercizio dell'impresa nei termini d'uso*, in *Fallimento*, 2007, 985 ss.

²⁵ Cfr. D'AMBROSIO, *Le esenzioni da revocatoria nella composizione stragiudiziale della crisi d'impresa*, in *Giur. comm.*, 2007, I, 376.

²⁶ Cfr. GALLETTI, *Non si vive di sola revocatoria: piccolo manuale di sopravvivenza per il "nuovo" curatore fallimentare*, in *IFallimentarista.it*, 23 novembre 2011, 29.

²⁷ D'AMBROSIO, *Le esenzioni*, cit., 376; BONFATTI, *Gli effetti*, cit., 324 ss., secondo cui, più in particolare, il legislatore avrebbe inteso alludere al pagamento di debiti esigibili proprio in quanto venuti a naturale scadenza, lasciando esposti al rischio della revocatoria i pagamenti di debiti che il requisito dell'esigibilità abbiano invece acquisito a cagione di fatti diversi e di natura traumatica, quali, essenzialmente, la risoluzione del contratto e la decadenza dal beneficio del termine. Così, da ultimo, anche GIORGI, *Il diritto della crisi d'impresa e dell'insolvenza dalla legge fallimentare al codice*, Padova, 2023, 310.

²⁸ Così GALLETTI, *Non si vive*, cit., 30; conforme FABIANI, *Il delicato ruolo*, cit., 753, nt. 143.

²⁹ Cfr., con riguardo alla pronuncia in discorso, CARRIOLI, *Art. 166*, in *Commentario Maffei Alberti*, Padova, 2023, 1284, manifestando l'impressione che la pronuncia della Cass. qui in commento sia, in buona sostanza, giunta a surrogare il vago requisito della strumentalità all'accesso col condizionamento, di natura squisitamente procedimentale, dell'effettiva apertura della procedura.

anticipato, si muovono nel solco del recente arresto delle sez. un. e, in particolare, della ivi affermata simmetria tra gli schemi relazionali della “funzionalità” e della “strumentalità all’accesso” ex artt. 111, c. 2, e 67, c. 3, lett. g), l. fall. Sul punto, pertanto, il giudizio va sospeso, occorrendo dapprima comprendere l’*iter* che ha condotto ad una tale assimilazione tra le due previsioni di legge.

3.1. (Segue). Il requisito della “strumentalità all’accesso” alla procedura e il problema del controllo sull’“utilità” della prestazione (e sull’“equità” del compenso) professionale

Invero, a leggerla di per sé, l’esenzione sembrerebbe esser stata concepita in termini generali, non contemplandosi in essa altra valutazione se non quella relativa all’oggettiva riconducibilità del servizio in remunerazione del quale è stato eseguito il pagamento alla fattispecie di legge. A tal fine, a rilevare è proprio il requisito della “strumentalità”, il quale parrebbe postulare una relazione di *diretto e non accidentale*³⁰ contributo della prestazione *all’accesso alla procedura*, ciò di cui, nell’espletamento dell’incarico, il professionista dovrà naturalmente tener conto, valutando la concreta utilizzabilità dei relativi risultati in vista, per l’appunto, del programmando accesso dell’impresa assistita al concordato. Programmazione nella cui cornice, allora, la prestazione dovrà risultare iscritta per via di espressa specificazione teleologica³¹, pur quando, come è ben possibile, siasi trattato di attività *prodromiche* al ricorso alla procedura, come tali non necessariamente munite d’immediata rilevanza in relazione al futuro possibile svolgimento di questa³².

Seguendo questa impostazione, consegue che, nella rilevante relazione di mezzo a fine, “mezzo” sia l’opera (o il servizio) dalla cui esecuzione il credito (liquido, esigibile e “scaduto”) s’è originato, e “fine” sia l’accesso alla procedura, non dovendo – né potendo – la rilevante valutazione eccedere questo confine per tradursi, invece, in un giudizio attorno alla compartecipazione della prestazione del terzo al conseguimento delle finalità del concordato, specialmente laddove queste siano unicamente considerate dal punto di vista dell’interesse finale dei creditori al soddisfacimento. Secondo chiara dottrina, infatti, ciò rappresenterebbe un *posterius* collocantesi oltre il perimetro di pertinenza della “strumentalità”, la quale, come appena osservato, parrebbe piuttosto predicare

³⁰ Cfr. Trib. Bergamo, 14 dicembre 2012, in *Fallimento*, 2013, 371.

³¹ Cfr. MEO, *I crediti professionali*, cit., 17, ritenendo necessario espungere dall’area di protezione le attività prestate indistintamente, in forza, cioè, di una generica relazione di fatto tra espletamento dell’attività e accesso alla procedura.

³² *Ivi*, 14, 17 ss., riferendocisi, ad es., all’effettuazione di analisi specifiche o all’assistenza nella formazione della contabilità che l’imprenditore si prefigga di acquisire nel determinarsi a ricorrere alla procedura e, in caso positivo, per utilizzarne i risultati nella costruzione del piano e della proposta da indirizzare ai creditori.

una valutazione *ex ante* circa l'idoneità in concreto dell'attività prestata alla sola programmazione dell'accesso alla procedura³³.

Ed anzi, una conferma importante che la valutazione di strumentalità non dovesse esser svolta nella prospettiva postuma dell'"utilità" dell'attività prestata per i creditori, la si traeva poi dalla circostanza per cui, in almeno un caso, il pertinente vaglio avrebbe dovuto invero prescindere dalla stessa utilizzabilità del risultato dell'attività professionale ai fini dell'accesso alla soluzione compositiva pur inizialmente ricercata: il caso considerato era quello – tipico – dell'attestatore che, rendendo giudizio negativo in punto di fattibilità, avesse piuttosto propiziato – a mezzo d'una prestazione qui *necessariamente strumentale* – un più celere approdo al fallimento³⁴. Dal che, allora, pure conseguiva l'ulteriore convincimento che non vi fosse piena corrispondenza tra l'area dei crediti il cui pagamento, laddove anteriore alla procedura concordataria, avrebbe potuto rimanere irrevocabile in ragione della "strumentalità all'accesso" della prestazione, e quella invece riferibile ai crediti professionali che, sempre anteriori all'apertura del concordato, laddove rimasti impagati, avrebbero potuto aspirare al rango prededuttivo nel successivo fallimento in quanto sorti "in funzione" d'una procedura concorsuale³⁵, trattandosi di due criteri di connessione alla dimensione della concorsualità dal valore relazionale affatto diverso³⁶.

Ed in effetti, guardando ancora all'iniziale produzione dottrinale in argomento, la consapevolezza dell'estraneità alla previsione di legge d'ogni giudizio condotto in termini di "utilità concreta" della prestazione, pareva emergere pure considerando il differente piano di valutazione implicato nel trattamento da riservare ad eventuali vicende patologiche o comunque disfunzionali, e quindi a fini di sindacabilità e rimediabilità tanto di un'eventuale sproporzione tra attività espletata e corrispettivo pattuito, quanto di eventuali

³³ *Ivi*, 18, portandosi, quali esempi di difetto di strumentalità, quelli dell'acquisizione di una certificazione contabile redatta in data ampiamente anteriore a quella di ragionevole apertura della procedura ovvero di stime relative a cespiti aziendali condotte secondo criteri inutilizzabili nell'ambito di essa.

³⁴ *Ivi*, 19, testo e nt. 10, ove invece si ritiene fuori dalla fattispecie rilevante per l'art. 67, c. 3, lett. g), l. fall., la diversa ipotesi in cui, avanzata domanda "in bianco" ex art. 161, c. 6, l. fall., l'attestatore sia giunto a completare la propria relazione successivamente a tale atto del debitore, posto che, in tal caso, il relativo credito non potrebbe ritenersi maturato (se non, forse, per fasi opportunamente individuate e "segmentate") al momento di presentazione dell'istanza. Diversa ricostruzione in FABIANI, *Il delicato ruolo*, cit., 746, nt. 111, 752 ss.

³⁵ Cfr. ancora MEO, *I crediti professionali*, cit., 19 ss., così cogliendo la maggiore ampiezza del parametro della "funzionalità" in quanto criterio di connessione della prestazione professionale «con le procedure [concorsuali] e non solo con l'accesso ad esse». *Contra*, ritenendo prededuzione ed esenzione dalla revocatoria «due facce della stessa medaglia», C. COSTA, *Esenzione dalla revocatoria e prededuzione nelle procedure stragiudiziali di risanamento delle imprese*, in *Dir. fall.*, 2010, I, 536, 538.

³⁶ Con tale espressione facendosi riferimento alla componente dinamica propria d'ogni clausola generale, come tale finalizzata al bilanciamento dei diversi interessi in gioco: cfr. BROGI, *Clausole generali*, cit., 882.

inadempimenti per parte del professionista. Sul primo versante³⁷, la riflessione s'è intrecciata, in particolare, alla questione circa l'esatto grado di specialità della pertinente fattispecie di esenzione³⁸. In un quadro di opinioni anche in questo caso abbastanza variegato³⁹, diversi autori hanno ritenuto che, a fronte di un corrispettivo sproporzionato – capace, cioè, d'assorbire larga parte dell'attivo concorsuale, e, quindi, di ricondurre la fattispecie nell'ambito degli atti "anormali" onerosi –, revocabile rimanesse il *negozio*, ossia il contratto d'incarico professionale in cui il pagamento dell'abnorme corrispettivo aveva trovato titolo, con conseguente collocazione in privilegio (*ex art. 2751-bis*, n. 2, c.c.) del credito del professionista sì come risultante da una doverosa rideterminazione giudiziale del "giusto" compenso per l'opera da questi effettivamente resa⁴⁰.

Di là dal merito delle singole proposte, nel complesso diveniva possibile osservare come tali orientamenti, ritenendo che la protezione dei pagamenti

³⁷ Quanto alla possibile invalidità di talune modalità di conformazione dell'onorario e alla rilevanza dell'eventuale inadempimento del professionista, cfr. la giurisprudenza richiamata *infra*, 4.1 e 7.1, nt. 206; per la dottrina, cfr., sin d'ora, FABIANI, *Il delicato ruolo*, cit., 734 ss., 739, 744 ss.

³⁸ Tema, questo, di portata invero comune alle fattispecie d'esenzione del c. 3 dell'art. 67 l. fall.: cfr., in generale, NARDECCHIA, *Le nuove esenzioni del terzo c. dell'art. 67 l. fall.*, in *Fallimento*, 2009, 14 ss.; TARZIA, *L'ambito di applicazione delle esenzioni nel nuovo art. 67 l. fall.*, *ivi*, 2008, 637 ss.; MARZO, *L'incerta delimitazione della portata applicativa delle esenzioni da revocatoria previste dall'art. 67, 3 c., l. fall. (nonché dall'art. 166, 3 c., c.c.l.)*, in *Dir. fall.*, 2020, II, 159 ss. Per la giurisprudenza, cfr. la recente Cass., 24 gennaio 2023, n. 2176, in *IlCaso.it*.

³⁹ Infatti, a posizioni più permissive, come quelle secondo cui alle esenzioni di cui alle lett. d), e) e g), in quanto collegate agli strumenti di risanamento, sarebbe stato opportuno assicurare il massimo ambito di applicazione possibile, estendendo la relativa protezione a tutti gli atti astrattamente collocabili nello spettro dell'intero sistema revocatorio, *et pauliano et* concorsuale, si sono contrapposte letture variamente più restrittive (cfr. la dottrina cit. alla nt. prec.). Con riguardo al nostro specifico tema, cfr. MEO, *I crediti professionali*, cit., 14, secondo cui l'eventuale sproporzione tra attività espletata e corrispettivo erogato sarebbe potuta venire in rilievo solamente ai fini di un'eventuale revocatoria ordinaria, sì da risolvere detta ipotesi disfunzionale attraverso l'applicazione dei presupposti dell'*eventus damni* e della *scientia fraudis*. Altri autori, tuttavia, hanno fatto osservare che, dovendo trattarsi di pagamenti di crediti liquidi ed esigibili, la revocatoria ordinaria non potrebbe invero operare (art. 2901, c. 3, c.c.), così come, d'altro canto, pure s'è sottolineata l'estraneità dei pagamenti in questione al sistema dell'inefficacia legale *ex art. 64-65 l. fall.*, in quanto atti solutori iscriventisi in operazioni a titolo oneroso ed appunto relativi a crediti scaduti. Cfr., in tal senso, NISIO, *Art. 67, 3 co., lett. g)*, in VITALONE - PATRONI GRIFFI - RIEDI (a cura di), *Le azioni revocatorie: la disciplina, il processo*, Torino, 2014, 295.

⁴⁰ In questa direzione, LIMITONE, *Art. 67*, cit., 862; SANDULLI - D'ATTORRE, *Manuale delle procedure concorsuali*, Torino, 2016, 101; FABIANI, *Il delicato ruolo*, cit., 753, testo e nt. 145; PACCHI, *Le prededuzioni*, cit., 14. *Contra* GALLETTI, *Non si vive*, cit., 29; BONFATTI, *Gli effetti*, cit., 325. Più articolata, invece, la soluzione sostenuta da NISIO, *Art. 67*, cit., 296 s., testo e nt. 17, ritenendo tanto il pagamento quanto il negozio astrattamente revocabili *ex art. 67, c. 1, n. 1, l. fall.*, ed escludendo, invece, la possibilità d'assoggettare il contratto di conferimento dell'incarico alla revocatoria ordinaria esperibile in via endo-fallimentare *ex art. 66 l. fall.*, in quanto negozio qualificabile quale atto di amministrazione del patrimonio dell'imprenditore e non di relativa disposizione. L'autore, inoltre, in nome del *favor* legislativo per i tentativi di soluzione alternativa della crisi, tendeva a ritenere che l'esenzione pure dovesse abbracciare le ipotesi di cui all'art. 67, c. 1, n. 2, l. fall. *Contra*, da ultimo, App. Milano, 5 settembre 2022, n. 2824, in *DeJure* (su cui cfr. anche *infra*, nt. 165).

dovesse coprire anche i contratti di conferimento degli incarichi professionali stipulati a condizioni riconducibili all'art. 67, c. 2, 1. fall., mirassero a contenere il controllo giudiziale circa l'“equità” delle condizioni di reperimento dei servizi professionali entro il perimetro proprio dei canoni della “normalità”, facendo in sostanza dipendere la rimediabilità di possibili abusi o strategiche deviazioni dalla *par condicio* da una ricognizione, caso per caso, della compatibilità fra la *ratio* dell'esonazione in discorso e le fattispecie di revoca degli atti “anormali” di cui al c. 1 del medesimo art. 67⁴¹. Così come parimenti equilibrata appariva quell'altra proposta dottrina che, nel tentativo di tenere assieme tutti i “valori” del sistema, suggeriva di ritenere che, in virtù dell'avvenuto deposito – almeno – della domanda prenotativa di cui all'art. 161, c. 6, 1. fall., dovesse ritenersi operante una presunzione semplice di “strumentalità” fra attività professionale e accesso alla sistemazione concordataria della crisi; presunzione dinanzi alla quale, oltre alla già riferita ipotesi di un'eventuale riconducibilità del negozio di conferimento dell'incarico alle condizioni di anomala sproporzione sinallagmatica rilevanti per l'art. 67, c. 1, n. 1, 1. fall., per il curatore sarebbe rimasto pur sempre possibile eccepire l'inefficacia del titolo sottostante all'eseguito pagamento allorquando si fosse accertato che, a fronte di tale atto solutorio, la presentazione della domanda di (pre-)concordato fosse avvenuta al solo scopo di proteggere, con l'esonazione dalla revocatoria, il professionista⁴².

Ed è qui importante evidenziare come, adeguatamente valorizzandosi la dimensione trilatera del rapporto “debitore – professionista – creditori” resa rilevante dalla crisi dell'impresa, il tema del controllo sull'“utilità” della prestazione professionale venisse, con ragionevole e sensibile compromesso, così confinato sul terreno di produzione degli effetti propri della domanda (pre-)concordataria in quanto senza dubbio espressivi d'una forma, per dir così “sintetica”, di tutela di tutti gli interessi *intermedi* (e non già *finali*) rilevanti dal punto di vista del significato relazionale sotteso al criterio della *strumentalità all'accesso*⁴³. Si osservava, infatti, che la presentazione della domanda poteva in fondo ritenersi già contenere in sé «un “germe” di vantaggiosità (utilità)»⁴⁴ riconducibile: *i*) alla produzione degli effetti protettivi sul patrimonio del debitore (art. 168 l. fall.); *ii*) alla sottoposizione della gestione al controllo degli organi della procedura (art. 161, c. 7, 1. fall.); *iii*) all'impressione di un vincolo di segregazione

⁴¹ Cfr. ancora NISIO, *Art. 67*, cit., 296 s.; adde GALLETTI, *Non si vive*, cit., 30.

⁴² Così FABIANI, *Il delicato ruolo*, cit., 752 ss., testo e nt. 144.

⁴³ E cfr., in giurisprudenza, Cass., 20 febbraio 2020, n. 4340, in *IICaso.it*, secondo cui, a salvaguardia della «natura eccezionale dell'esonazione» ed a fini d'integrazione del requisito di strumentalità, sarebbe bastata la «proposizione della domanda di concordato», in quanto atto capace di dare «coerenza alle prestazioni e servizi svolti in favore della debitrice».

⁴⁴ Così FABIANI, *Il delicato ruolo*, cit., 740 ss.

sul patrimonio responsabile (artt. 169 e 45, 1. fall.); *iv*) alla retrodatazione del periodo sospetto ai fini dell'esperienza delle revocatorie (art. 69-*bis* 1. fall.)⁴⁵.

In questa prima fase, del tutto minoritaria è risultata, invece, la posizione che reputava l'operatività dell'esenzione dell'art. 67, c. 3, lett. *g*), 1. fall., dipendente dall'approdo al successivo snodo procedimentale rappresentato dall'effettiva ammissione al concordato; soluzione da qualcuno sostenuta ritenendo che solo l'ammissione disposta dal Tribunale avrebbe costituito «una obiettiva dimostrazione della serietà del tentativo di soluzione concordataria della crisi», rendendo «maggiormente accettabile il sacrificio della *par condicio creditorum* che l'applicazione della esenzione comporta»⁴⁶.

4. I percorsi della giurisprudenza e l'espansiva *vis* (d'una certa concezione) del criterio di “funzionalità”

Il dibattito, naturalmente, avrebbe poi avuto per protagonista principale la giurisprudenza, nel cui incedere presto sarebbe emersa l'inclinazione ad esigere che la procedura concordataria, per quanto ad esito finalmente infausto, si fosse comunque protratta sino ad un provvedimento giudiziale positivo capace di confermare l'adeguatezza funzionale delle prestazioni professionali ingaggiate dal debitore e di stabilizzare gli effetti della domanda iniziale. Un atteggiamento che, in un primo momento per lo più proprio delle corti di merito⁴⁷, avrebbe poi trovato conferma in un orientamento interno alla Sez. I della Corte cass., sino al definitivo suggello, come vedremo, ad opera delle sez. un. di fine 2021.

Prima di giungere a considerare il modo in cui, in seno a tale ultimo pronunciamento, siasi formato il convincimento secondo il quale identica soluzione interpretativa debba valere per conferire adeguato senso relazionale *et* alla “funzionalità” rilevante a fini della preveducibilità del credito professionale *et* alla “strumentalità” capace di proteggerne il pagamento *ante concursum* in periodo sospetto, preme mettere in evidenza la generale impressione che la ricostruzione del significato dei diversi criteri che le norme positive impiegano onde istituire qualificate connessioni tra gli atti dell'impresa in crisi e le procedure concorsuali sia stata segnata dalla progressiva emersione di una precisa concezione – di carattere tendenzialmente espansivo – del menzionato criterio della “funzionalità”, il cui senso complessivo è apparso definito di modo che fosse possibile ripristinare, rispetto agli interventi tendenzialmente riduttivi operati dal legislatore, un significativo margine di controllo su quanto dall'imprenditore (e dai suoi professionisti) fatto prima del pieno insediamento del giudice al vertice

⁴⁵ Sul punto, cfr. anche GREGGIO, *Le ambivalenze della giurisprudenza di legittimità in tema di preveducibilità del credito del professionista nel fallimento che segue al concordato preventivo: l'ammissione è una condizione necessaria?*, in *IlCaso.it*, 16 maggio 2018, 16.

⁴⁶ NISIO, *Art. 67*, cit., 290 ss.

⁴⁷ Cfr., tra le prime, Trib. Bergamo, 14 dicembre 2012, cit.

della macchina concorsuale⁴⁸. Il che, a ben vedere, è avvenuto non solo nell'ambito della prededuzione, ove questa tendenza ha innanzitutto interessato l'alternativo criterio della "occasionalità"⁴⁹, bensì, appunto, anche in quello dell'esenzione dalla revocatoria⁵⁰.

In effetti, diversamente che nella dottrina, è emersa presto nella giurisprudenza la percezione di un possibile collegamento "stretto" tra i due profili⁵¹. Il che, se sul piano squisitamente pre-normativo (= ideologico) non poteva più di tanto destar sorpresa, essendo quello della prededuzione l'altro fenomeno che, insieme al "verbo" del risanamento e alla rivisitata disciplina delle revocatorie, aveva «divelto il mito della *par condicio*»⁵²; *de lege lata*, invece, finiva per tradire un

⁴⁸ Cfr. anche FABIANI, *Il delicato ruolo*, cit., 735 ss., sottolineando il difficoltoso distacco dalle concezioni sviluppatesi sotto il precedente regime dei "debiti di massa" quali passività prededucibili sorte nell'ambito della procedura e, quindi, sotto il diretto vaglio del giudice; più di recente, cfr. PANI, *La prededuzione prima e dopo il Codice della crisi*, in *Ristr. aziendali*, 19 agosto 2022, 7.

⁴⁹ Riguardo al quale si è assistito ad una sorta di un doppio ridimensionamento dato dal fatto che la prededuzione "occasionale", venendo stabilmente ancorata ad elementi ulteriori rispetto al mero dato d'ordine cronologico relativo al dispiegarsi della procedura, s'è ritrovata non solo caratterizzata in termini di «riferibilità soggettiva» del credito all'attività degli organi della procedura, ma anche – e per l'appunto – sottoposta ad un vaglio di «funzionalità [rispetto] ad esigenze» della stessa (Cass., 24 gennaio 2014, n. 1513, in *Fallimento*, 2014, 519, con nota di P. VELLA, *L'enigmatico rapporto tra prededuzione e concordato preventivo*), finendo per esser poi resa di fatto inoperante, sempre per ciò che concerne i crediti professionali, rispetto a tutta la fase del concordato con riserva, essendosi in buona sostanza escluso che la prededucibilità di tali crediti possa esser "occasionata" dal mero deposito della domanda "prenotativa" (cfr. *infra*, 4.2 e 5). Su tali atteggiamenti della Corte cass., cfr. FABIANI, *Il delicato ruolo*, cit., 728 ss.; PANI, *La prededuzione*, cit., 16 ss.; ID., *Il credito prededucibile del professionista tra novità normative e giurisprudenziali*, in *Ristr. aziendali*, 15 novembre 2021, 4 ss.

⁵⁰ Ambito in cui, condizionata da siffatta concezione è innanzitutto risultata la stessa interpretazione del già considerato profilo d'interconnessione temporale tra atto solutorio del credito professionale (liquido ed esigibile) e procedura concorsuale accedenda, avendo, in taluni frangenti, le corti preteso di sostenere che, onde beneficiare della protezione, il pagamento del compenso dovesse esser avvenuto *dopo* l'ammissione dell'impresa al concordato. Cfr., PECORARO-ROSAPEPE, *La revocatoria fallimentare*, in *Giur. comm.*, 2012, II, 567, sulla scorta di Trib. Udine, 15 ottobre 2008, in *Fallimento*, 2009, 1414, con nota critica di BOGGIO, *Crediti sorti «in funzione» del concordato preventivo: prededuzione ...ma non troppo; contra*, BONFATTI, *Gli effetti*, cit., 325; NISIO, *Art. 67*, cit., 291 ss. È peraltro noto come, in un certo frangente, i giudici di merito vollero assumere un atteggiamento decisamente restrittivo anche nei confronti dei pagamenti endo-concordatari dei compensi professionali, opinando che, durante il periodo di concordato "con riserva" e sino all'omologazione, sarebbe stato in ogni caso vietato il pagamento dell'attestatore e degli altri professionisti incaricati della preparazione della domanda, a pena di improcedibilità/inammissibilità della stessa. In tal senso, cfr. i pronuncianti commentati (e giustamente criticati) da FABIANI, *Concordato preventivo e divieto (non previsto nella legge) di pagamenti dei compensi professionali. Il pensiero unico recente dei giudici di merito*, in *Fallimento*, 2017, 583 ss.

⁵¹ Al punto che sulle riviste specializzate non avrebbero poi mancato di trovar pubblicazione rassegne di giurisprudenza che, per quanto specificamente intitolate alla materia revocatoria, sotto la lett. g) del c. 3 dell'art. 67 l. fall., invero riferivano anche le pronunzie rese in tema di prededuzione per funzionalità dei crediti professionali *ex art.* 111, c. 2; cfr., ad es., COMMISSO, *Le esenzioni da revocatoria*, in *Fallimento*, 2018, 1474.

⁵² FABIANI, *Il delicato ruolo*, cit., 753 ss.

atteggiamento volto ad assicurare in ambo i casi un vaglio preventivo di contenuto in buona sostanza analogo, e ciò – essenzialmente – al fine di porre un argine al percepito rischio che il debitore in crisi potesse assumere obbligazioni particolarmente gravose al di fuori del controllo degli organi giudiziari, sì da «spalanc[are] le porte ai più vari debiti e render[e] possibili abusi»⁵³. In particolare, questo orientamento si sarebbe affermato presso quelle corti che, ai fini del riconoscimento della prededuzione, vollero aderire all'impostazione più restrittiva, giustappunto opinando che anche la verifica della “strumentalità all'accesso” rilevante per l'art. 67, c. 3, lett. g), postulasse un'indagine circa l'“utilità in concreto” delle prestazioni professionali in questo caso già svolte e remunerate⁵⁴.

4.1. (Segue). I principali orientamenti delle corti, anche alla luce dell'asserita simmetria della disciplina in tema di prededuzione “funzionale” ex art. 111, c. 2, l. fall.

Con riguardo alla materia della prededuzione del credito professionale per “funzionalità”, in effetti, sarebbero venuti nel tempo confrontandosi, grosso modo, tre diversi orientamenti: *i)* quello per cui sarebbe per l'appunto occorso valutare, in concreto ed *ex post*, in sede di accertamento del passivo, l'utilità effettiva, per i creditori concorsuali, dell'ingaggiata prestazione professionale in termini di liquidità aggiuntiva ovvero di salvaguardia dell'integrità dell'attivo; *ii)* quello secondo cui, all'opposto, il requisito della funzionalità del credito professionale potesse – ed anzi dovesse – operare *de plano*; *iii)* quello che nella pronuncia del decreto di ammissione al concordato pretendeva d'individuare la *conditio sine qua non* del conseguimento del rango prededuttivo⁵⁵.

Dopo la condivisione del primo orientamento soprattutto da parte della giurisprudenza di merito, ma con più di qualche riconoscimento anche in quella di legittimità, la Corte cass., con una posizione divenuta via via maggioritaria, chiara aveva ad un certo punto manifestato l'intenzione d'affrancare la categoria dei crediti professionali prededucibili dal presupposto di un controllo giudiziale a posteriori condotto in termini di “utilità in concreto”⁵⁶. Secondo questa

⁵³ Trib. Udine, 15 ottobre 2008, cit.

⁵⁴ App. Milano, 2 aprile 2015, n. 1482, in *UniJuris.it*.

⁵⁵ Per un quadro completo, cfr. P. VELLA, *L'enigmatico rapporto*, cit., 520 ss.; BOGGIO, *I “tormenti” della prededuzione nel fallimento consecutivo dei crediti sorti in occasione o in funzione del concordato preventivo (anche alla luce del D.L. 23 dicembre 2013, n. 145 e del D.L. 24 giugno, n. 91)*, in *Giur. it.*, 2014, 1653 ss.; AMBROSINI, *Appunti in tema di prededuzione del credito del professionista nel concordato preventivo e nell'eventuale successivo fallimento*, in *Oss. OCI*, giugno 2017; NARDECCHIA, *La prededuzione dei professionisti nel concordato preventivo*, in *Fallimento*, 2020, 175 ss.; ID., *Le mobili frontiere della prededuzione*, *ivi*, 2021, 478 ss.

⁵⁶ Questo filone di pronunce, in particolare, pure argomentava nel senso che, diversamente opinando, la norma dell'art. 111, c. 2, l. fall., avrebbe perduto completamente di senso, atteso che, alla luce del fatale sbocco del tentativo di risanamento nella liquidazione fallimentare, un

impostazione, la “funzionalità” doveva essere piuttosto apprezzata con riguardo alla sua riferibilità ad una «*complessiva causa economico-organizzativa almeno preparatoria di una procedura concorsuale*»⁵⁷, la prededucibilità del credito dovendosi negare laddove, ad opera del curatore, si fosse dimostrato l’eventuale carattere «*sovrabbondante*» o «*superfluo*» di detta prestazione⁵⁸, ovvero eccetto l’inadempimento (o l’inesatto adempimento)⁵⁹, quando non proprio la conoscenza del carattere fraudolento dell’iniziativa debitoria da parte dello stesso professionista⁶⁰.

In questa diversa prospettiva, dunque, il difetto di funzionalità non era ricavato dalla mancata ammissione (né, tantomeno, dal difetto di approvazione od omologa⁶¹) del concordato; piuttosto, il rapporto tra il profilo relativo al riconoscimento della prededuzione per “funzionalità” del credito e quello concernente la valutazione di “utilità” della prestazione per la massa, veniva regolato – sì da erigere comunque un valido baluardo contro pretese smisurate o disfunzionali – sul diverso terreno dell’inadempimento delle obbligazioni e, quindi, dell’accertamento, in sede di verifica del passivo, dell’eventuale imperizia o dell’inadeguato grado di diligenza profusa dal professionista *ex art. 1176, c. 2, c.c.*⁶². Con la conseguenza che l’incapacità dell’opera ad apportare un contributo eziologicamente valido al corretto (*i.e.*, non eccedentario, non abusivo) dipanarsi dell’operazione risanatoria (già in fase pre-concorsuale), non avrebbe posto una questione di gradazione del credito (privilegio *ex art. 2751-bis c.c.* in luogo della prededuzione *ex art. 111, c. 2, l. fall.*), bensì, ancor prima, d’ammissione al passivo, atteso che, a fronte del vittorioso esperimento della *exceptio inadimpleti contractus* per parte del curatore, il credito sarebbe stato da ridursi, se non da escludersi *in toto*⁶³. Analogamente, e sempre operando sul terreno del diritto delle obbligazioni, a cospetto delle ragioni del concorso, s’è riconosciuto che ben potesse il g.d. intervenire in riduzione del compenso *sproporzionato* vuoi rispetto

accertamento *ex post* dell’utilità in concreto della prestazione avrebbe finito per esibire un esito sistematicamente negativo. Cfr., tra le altre, Cass., 30 gennaio 2015, n. 1765, in *IlCaso.it*.

⁵⁷ Cass., 10 gennaio 2017, n. 280, in *Fallimento*, 2017, 389, con nota di MACAGNO, *La S.C. conferma la prededucibilità de plano dei crediti dei professionisti ...etc.*

⁵⁸ Cass., 16 maggio 2018, n. 12017, in *Dirittobancario.it*; Cass., 9 gennaio 2020, n. 220, *ivi*.

⁵⁹ Trib. Monza, 4 novembre 2014, in *Fallimento*, 2015, 615; Trib. Milano, 25 febbraio 2016, n. 2508, in *Pluris*.

⁶⁰ Cass., 2 luglio 2020, n. 13596, in *Fallimento*, 2020, 1483.

⁶¹ Cfr., al riguardo, l’ancor più rigorosa giurisprudenza di merito cit. da FABIANI, *Il delicato ruolo*, cit., 736.

⁶² Cfr. FABIANI, *Il delicato ruolo*, cit., 744 ss.; adde VERNA, *Sulla prededuzione “in funzione” nel concordato preventivo*, in *Dir. fall.*, 2015, I, 96, rilevando come la contestazione del curatore valesse, precisamente, ad aprire l’accertamento previsto dall’art. 111-bis l. fall.

⁶³ Ferma pure rimanendo, nelle ipotesi più gravi, la possibilità di paralizzare ogni pretesa del professionista a mezzo d’una eccezione di compensazione basata sul controcredito risarcitorio nascente da un inadempimento rivelatosi dannoso per la massa. Cfr. FABIANI, *Il delicato ruolo*, cit., 746 s.; GREGGIO, *Le ambivalenze*, cit., 20 ss.; in giurisprudenza, Cass., 4 maggio 2018, n. 10752, in *Fallimento*, 2018, 826.

all'attività effettivamente svolta dal professionista (e al relativo grado di complessità), vuoi rispetto all'attivo ragionevolmente ricavabile dalla procedura, dovendosi la relativa pattuizione reputare contraria alla buona fede oggettiva⁶⁴, nonché al disposto dell'art. 2233, c. 2, c.c., una volta che il principio di necessaria correlazione tra prestazione e corrispettivo espresso da tale norma fosse stato interpretato – come appariva necessario – alla luce dell'obiettivo di superamento della crisi dell'impresa⁶⁵.

Inoltre, l'intendimento di evitare ogni sorta di commistione tra “funzionalità” e “utilità in concreto” pure emergeva dal convincimento che l'accesso al concordato preventivo fosse da ritenersi «di per sé un vantaggio per i creditori» in ragione «degli effetti della consecuzione delle procedure»⁶⁶; del pari, talune pronunce parevano intenzionate a correggere il tiro pure con riguardo all'interpretazione delle ulteriori clausole dell'art. 111, c. 2, l. fall., a cominciare da quella dell'“occasionalità”, rispetto alla quale, seppur implicitamente confermandosi l'insufficienza di un elemento di mera corrispondenza cronologica tra insorgenza del credito e svolgimento della procedura, l'intervento valutativo del giudice veniva confinato alla verifica della sussistenza di un «*indice di coerenza e proporzione con l'attività nascente dalle iniziative del debitore*»⁶⁷.

⁶⁴ Cfr. GREGGIO, *Le ambivalenze*, cit., 22 ss.

⁶⁵ Cfr. Cass., 30 marzo 2018, n. 7974, in *Fallimento*, 2018, 535, ove si è trovata nulla la clausola di determinazione del compenso “*a forfait*” (cfr. *infra*, nt. 206); Cass., 21 maggio 2021, n. 14050, in *Dirittodellacrisi.it*.

⁶⁶ Cass., 16 maggio 2018, n. 12017, cit.; Cass., 14 marzo 2014, n. 6031, in *Fallimento*, 2014, 516, con nota di P. VELLA, *L'enigmatico rapporto*, cit.; Cass., 30 marzo 2018, n. 7974, cit.

⁶⁷ Cass., 25 novembre 2019, n. 30694, in *Dirittodellacrisi.it* (corsivo ns.); *contra*, però, Cass., 11 dicembre 2020, n. 28364, in *Fallimento*, 2021, 170, con nota di FERRO, *Locazione d'immobile e protrazione del godimento nel concordato: credito in prededuzione del locatore*. Inoltre, neppure pareva esservi dubbio che, a fronte dell'anticipazione degli effetti della domanda *ex art.* 161, c. 6, l. fall., il conferimento dell'incarico professionale venisse a porsi, fisiologicamente, all'interno del procedimento concorsuale propriamente inteso (Cass., 13 giugno 2019, n. 14713, in *IlCaso.it*; Cass., 10 ottobre 2019, n. 25471, in *Fallimento*, 2020, 175, con nota di NARDECCHIA, *La prededuzione dei professionisti*, cit., ritenendo che la domanda di concordato con riserva condividesse la stessa natura di quella ordinaria), così che i crediti dell'attestatore e di eventuali *advisor* coinvolti nelle attività di predisposizione del piano e della proposta sarebbero stati da considerarsi prededucibili appunto perché sorti (non già “in funzione”, bensì) “*in occasione*” di una fase della vicenda concordataria che tutti gli indici positivi inducevano a collocare *pleno titolo* nella categoria delle (pre-)procedure concorsuali (cfr., per la dottrina, FABIANI, *Il delicato ruolo*, cit., 732 s., peraltro escludendo che l'atto di conferimento dell'incarico costituisse, di per sé, atto eccedente l'ordinaria amministrazione, come tale necessitante autorizzazione giudiziale *ex art.* 161, c. 7, l. fall.; cfr. inoltre PACCHI, *Le prededuzioni*, cit., 11; PANI, *La prededuzione*, cit., 17 ss., ove anche rife. a quella giurisprudenza che, talvolta, ha fatto invece dipendere tale qualificazione dall'entità del compenso). Infine, pure si ammise che, una volta riconosciuto il negozio di conferimento dell'incarico come rientrante nella normale gestione dell'impresa in crisi, il riconoscimento della prededuzione dei conseguenti crediti professionali costituisse un effetto automatico dato dalla loro derivazione da «*atti legalmente compiuti dal debitore*» *ex art.* 161, c. 7, l. fall., a ciò non ostando che la procedura concordataria fosse risultata poi eventualmente definita a mezzo d'un decreto d'inammissibilità *ex art.* 162. Cfr. ancora FABIANI, *Il delicato ruolo*, cit., 734, reputando che la prededuzione “legale” pur sempre esigesse una verifica

Tutto ciò premesso, quel che ai nostri fini più rileva, è il ribaltamento che l'affermarsi di un tale orientamento finiva per produrre sulle conseguenze interpretative ritraibili dalla pur riaffermata «*identità di ratio*» tra l'art. 111, c. 2, e l'art. 67, c. 3, lett. g), 1. fall. Infatti, secondo gli arresti in discorso, il carattere funzionalmente prededucibile del credito del professionista che avesse operato in vista del concordato preventivo avrebbe potuto argomentarsi anche e proprio dalla circostanza per cui detto credito, laddove in ipotesi già pagato (in quanto liquido ed esigibile), sarebbe risultato esente da revocatoria in forza della disposizione di legge ultima citata⁶⁸.

4.2. (Segue). La riemersione del criterio della “utilità in concreto” e del giudice censore, col proprio vaglio in sede d’ammissione, della prededuzione per “funzionalità”

In una fase successiva, tuttavia, si sarebbe registrato un nuovo sviluppo dell'orientamento secondo cui, ai fini della prededucibilità dei crediti per funzionalità, la legge presupporrebbe invero «che l'opera prestata sia sfociata [...] nell'ammissione dell'impresa alla procedura minore, dimostrandosi in tal modo “*funzionale*”, cioè *strumentalmente utile*» allo scopo perseguito⁶⁹. Orientamento poi consacrato in una significativa pronuncia della I Sez. civ. della Corte cass. che, ponendosi in cosciente contrasto con i precedenti, volle negare prededucibilità al credito professionale in assenza di apertura (eventualmente anche in conseguenza di rinuncia del debitore) della procedura concordataria⁷⁰. Tale arresto veniva ad

di “coerenza” dell'atto, posto che un «atto dissonante non è legalmente compiuto perché viola il principio di segregazione patrimoniale». In giurisprudenza, cfr. Cass., 13 giugno 2019, n. 14713, cit.; Cass., 10 ottobre 2019, n. 25471, cit.; Cass., 28 gennaio 2021, n. 1961, in *Fallimento*, 2021, 475, con nota di NARDECCHIA, *Le mobili frontiere*, cit.; Cass., 10 gennaio 2017, n. 280, cit.

⁶⁸ Cfr., tra le prime, Cass., 5 marzo 2014, n. 5098, in *Fallimento*, 2014, 516, con nota di P. VELLA, *L'enigmatico rapporto*, cit., secondo cui tale comunanza di *ratio* induceva «a ritenere che nella strumentalità di tali prestazioni rispetto all'accesso alla procedura il legislatore [avesse] ravvis[ato] quel nesso funzionale che, in caso di mancato pagamento, giustifica[va] la prededucibilità dei crediti derivanti dalle prestazioni stesse, pur se sorti prima dell'inizio della procedura». Nello stesso senso, Cass., 10 settembre 2014, n. 19013, in *IlCaso.it*; Cass., 9 gennaio 2020, n. 220, cit.; Cass., 16 maggio 2018, n. 12017, cit.

⁶⁹ Cass., 6 marzo 2018, n. 5252, in *IlCaso.it*; Cass., 18 dicembre 2015, n. 25589, in *Dirittobancario.it*; Cass., 5 dicembre 2016, n. 24791, in *Fallimento*, 2017, 146, con nota di FERRO, *Situazione patrimoniale aggiornata della società e prededuzione del credito nel successivo fallimento*. In dottrina, cfr. LIMITONE, *La prededucibilità dei crediti professionali*, in *IlFallimentarista*, 3 aprile 2017; GREGGIO, *Le ambivalenze*, cit., 8 ss., testo e nt. 23-24, il quale, richiamando talune allineate sentenze di merito, al di sotto di quest'orientamento scorgeva una concezione che nel decreto d'apertura del concordato pretendeva d'individuare il più adeguato strumento «di controllo della funzionalità effettiva», come tale finalizzato ad evitare che l'attribuzione della prededuzione venisse unicamente a «dipendere [...] dalla discrezionalità del debitore».

⁷⁰ Cass., 15 gennaio 2021, n. 639, in *Fallimento*, 2021, con nota di NARDECCHIA, *Le mobili frontiere*, cit.; in *Giur. it.*, 2021, 621, con nota di BOGGIO, *Non dire “concordato” finché non è pronunciato il decreto ex art. 163 L. fall.*

assumere particolare rilevanza anche perché la carenza del requisito della “funzionalità” per il caso di mancata ammissione era conclusione fatta dipendere da una netta rivisitazione della stessa nozione – per la Corte «impropriamente estesa» – di *consecuzione tra procedure concorsuali*⁷¹, essendosi in particolare escluso che la fase pre-ammissione avviata con la domanda (“in pieno” o “in bianco”) fosse idonea ad istituire un rilevante nesso di funzionalità tra prestazione professionale e concorsualità⁷².

In questo modo, in pratica, la Corte cass. non solo giungeva a “frantumare” l’unitarietà giuridica della procedura di concordato preventivo⁷³, ma, secondo alcuni, pure s’adoperava per determinare un più sofisticato ritorno in campo della tesi dell’“utilità in concreto”, coniano una sorta di presunzione di “superfluità” o “sovrabbondanza” dell’attività professionale quale mera conseguenza del mancato superamento del vaglio dell’ammissibilità⁷⁴. Ai commentatori, inoltre, pure apparve subito chiaro come la dischiusa prospettiva avrebbe potuto avere nuove implicazioni sul rapporto tra prededuzione ed esenzione dalla revocatoria, atteso che, alla luce dei principi di diritto adesso espressi, sarebbe occorso tornare a domandarsi se fosse ancora possibile verificare la sussistenza del nesso di “strumentalità” di cui all’art. 67, c. 3, lett. g), l. fall., mercé il semplice deposito

⁷¹ Infatti, secondo l’orientamento sino a quel momento sostenuto dalla Corte cass., la *consecutio*, fenomeno “generalissimo” consistente nel collegamento tra procedure di qualsiasi tipo volte a regolare una coincidente situazione di dissesto, avrebbe ricompreso anche l’ipotesi in cui all’iniziale domanda di concordato non avesse fatto seguito il decreto di ammissione alla ricercata procedura di risanamento, purché, rispetto al fallimento successivamente apertosi, fosse intercorso un intervallo temporale tale da far ritenere, secondo ragionevolezza, che l’insolvenza sfociata nella seconda procedura per l’appunto s’atteggiasse quale mera distinzione di grado della medesima situazione di crisi posta a base della procedura precedente. Cfr. Cass., 16 aprile 2018, n. 9290, in *IlCaso.it*; Cass., 25 novembre 2019, n. 30694, cit.; Cass., 29 marzo 2019, n. 8970, in *Dirittodellacrisi.it*; Cass., 11 giugno 2019, n. 15724, in *Banca borsa tit. cred.*, 2021, II, 530, con nota di SERRA, *Consecuzione tra procedure di concordato preventivo e prededuzione dei crediti dei professionisti. Il sigillo della Suprema Corte*.

⁷² In particolare, secondo la sentenza, con detto atto di parte verrebbe invero ad «instaura[rsi] un mero procedimento di “verifica” [...] finalizzato ad accertare la sussistenza dei presupposti per l’ammissione alla procedura»; e dunque, «[n]el caso di esito negativo del procedimento, il tribunale emette[rebbe] una pronuncia di inammissibilità “della proposta”, e non già “del concordato”», atteso che «che la domanda di ammissione alla procedura, al pari di ogni altra domanda sottoposta alla previa delibazione del giudice, non è produttiva dell’effetto che con essa l’imprenditore intende conseguire fino a quando non risulti accertata la sussistenza dei presupposti necessari al suo accoglimento». Una ricostruzione, questa, che, di conseguenza, pure valeva a scardinare la possibilità di far ricorso al criterio dell’“occasionalità”, così come del pari errata veniva reputata la tesi che faceva rientrare il conferimento dell’incarico professionale tra gli atti “legalmente compiuti” dal debitore, posto che l’art. 161, c. 7, l. fall., sarebbe stato invece riferibile ai soli «atti compiuti per l’ordinaria gestione dell’impresa», intesa unicamente quale «prosecuzione della sua attività tipica».

⁷³ Cfr. NARDECCHIA, *Le mobili frontiere*, cit., 482 ss.; NAPOLITANO, *La prededuzione per funzionalità del credito del professionista*, in *Dirittodellacrisi.it*, 12 aprile 2021, 2, sottolineando l’evidente svalutazione degli artt. 69-bis, c. 2, e 169 l. fall.

⁷⁴ In *terminis* PANI, *La prededuzione*, cit., 11 ss.; *contra*, tuttavia, NARDECCHIA, *Le mobili frontiere*, cit., 482.

della domanda (anche “in bianco”), ovvero se, data l’identità di *ratio* con l’art. 111, c. 2, l. fall., più volte affermata nelle sentenze, la detta fattispecie di esenzione dovesse anch’essa ritenersi integrata solo in caso di ammissione del debitore al concordato, per tramite, dunque, d’una valutazione *ex post* in relazione alle conseguenze dell’atto sull’esito della procedura⁷⁵.

4.3. (Segue). Il perdurare dei contrasti e la rimessione della questione alle sez. un.

A fronte di tali gravi contrasti interpretativi, peraltro alimentati da pronunce invece ancora favorevoli all’orientamento precedente⁷⁶, la I sez. civ. della Corte cass. ha infine deciso di rivolgersi alle sez. un., alle quali s’è chiesto di chiarire le ragioni per cui il legislatore «avrebbe scelto di rendere inattuabile per via di revocatoria il pagamento effettuato in favore del professionista che abbia preteso il pagamento immediato, ed avrebbe invece [esposto] al verificarsi di un evento che egli non necessariamente ha modo di controllare, quale la rinuncia alla proposta concordataria ovvero la sua dichiarazione di inammissibilità, il [trattamento del] credito di quel professionista che, almeno all’apparenza, abbia inteso giovare allo sviluppo della procedura concordataria, eseguendo la propria prestazione a fronte di un pagamento di là da venire, ma orientativamente certo, proprio in ragione del meccanismo della predeuzione»⁷⁷.

A tal riguardo, varrà subito la pena rilevare come, tra le varie critiche già rivolte ai più rigorosi tra i pregressi orientamenti, vi fosse quella che denunciava tanto l’estraneità di molti dei profili potenzialmente in grado di determinare l’inammissibilità della domanda del debitore alla portata tipica dell’obbligazione del professionista, con possibile surrettizia “trasformazione” della stessa in *obbligazione di risultato*⁷⁸, quanto il rischio che venissero così

⁷⁵ Cfr. NARDECCHIA, *Le mobili frontiere*, cit., 487.

⁷⁶ Cfr. la coeva Cass., 28 gennaio 2021, n. 1961, cit.

⁷⁷ Così, in sede di rimessione, Cass., 23 aprile 2021, n. 10885, cit.

⁷⁸ Cfr. AMBROSINI, *Appunti*, cit., 8 ss.; FABIANI, *Il delicato ruolo*, cit., 745 ss.; PANI, *La predeuzione*, cit., 15 ss.; PACCHI, *Le predeuzioni*, cit., 19. Sul punto, occorre tuttavia ricordare che nel nostro ordinamento, in realtà, pare ormai acquisita la tendenziale recessività di tale dicotomica categorizzazione, con conseguente ricostruzione unitaria, per parte della giurisprudenza, del regime valevole ai fini della responsabilità per inadempimento *ex art.* 1218 c.c., laddove l’art. 2236 c.c., volto ad alleggerire la posizione del professionista in caso di “errore tecnico”, viene per lo più letto quale norma specificativa dell’art. 1176, c. 2, c.c., atteso, tra le altre cose, che anche le obbligazioni “di mezzi” sarebbero pur sempre finalizzate a riversare nella sfera giuridica del creditore una qualche *utilitas* oggettivamente apprezzabile, rimanendo perciò a carico dell’obbligato professionista l’onere di provare l’esatto adempimento alla luce della (eventuale) particolare difficoltà della prestazione demandatagli. In una letteratura assai copiosa, limitandoci ai temi che qui più rilevano, cfr. di recente GALLETTI, *Il contratto*, cit., 896 ss.; SALAMONE, *Responsabilità del professionista attestatore nelle procedure concorsuali. Note da un dialogo con la giurisprudenza*, in *Dir. fall.*, 2023, I, 867 ss.; e cfr., poi, ciò che sul punto giungeremo ad osservare *infra*, nt. 181.

promosse soluzioni ingiustificatamente discriminatorie (e disfunzionali⁷⁹) poiché capaci di giungere a sfavorire (anche) il professionista onesto e diligente a fronte di fattori sopravvenuti o, comunque, da lui non pienamente governabili⁸⁰. Inoltre, sul versante specifico dei rapporti con l'esonazione dalla revocatoria, tenuto conto delle incertezze nascenti dalla stratificazione dei diversi orientamenti, s'era osservato che delle due l'una: «o si identifica la “funzionalità” di cui all'art. 111, c. 2, l.f. con la stessa “strumentalità” richiesta dall'art. 67, c. 3, lett. g.), l.f., oppure *de facto* si incentiva la prassi di accettare l'incarico professionale previo pagamento di tutto (o di gran parte) del compenso, senza alcun controllo giudiziale (con la protezione dall'azione revocatoria in caso di successivo fallimento)», con l'ulteriore risultato di sfavorire quelle imprese che, prive dell'immediata liquidità per remunerare i professionisti, rischierebbero di trovar sbarrata la strada dello strumento risanatorio, contrariamente ad ogni auspicio legislativo⁸¹.

Alla luce di tutto ciò, alle sez. un. s'è dunque domandato di chiarire se davvero «l'esclusione della revocatoria si prest[i] ad essere intesa come l'altra faccia della prededuzione», rendendo simmetrico – a cagione d'una comune *ratio* ed in vista del medesimo risultato pratico (= «assicurare al professionista il corrispettivo pattuito») – il trattamento del prestatore «che abbia ricevuto fin da subito quanto dovuto» e di quello «che abbia, invece, per così dire, lavorato “a credito”», e poi se la prededuzione spetti anche in caso di procedura concordataria «che non varc[hi] la soglia dell'ammissibilità»⁸².

⁷⁹ Cfr. MEO, *I crediti professionali*, cit., 18; GREGGIO, *Le ambivalenze*, cit., 16, in particolare osservando come la predisposizione di un concordato, per quanto non ammesso, ben possa implicare lo svolgimento di attività prodromiche pur sempre “utili” anche nel contesto del successivo fallimento, a principiare, p. es., dalla possibilità per la curatela d'operare su di una situazione contabile riordinata e rettificata dagli *advisor*. Nel senso dell'indesiderabilità di una «netta cesura [...] connessa a un “giro di boa” procedimentale», in quanto soluzione capace di un risultato pratico «eccessivamente penalizzante», cfr., inizialmente, anche PANI, *La prededuzione*, cit., 16.

⁸⁰ Cfr. VERNA, *Sulla prededuzione*, cit., 95 ss.; GREGGIO, *La prededucibilità del credito del professionista nel concordato preventivo*, in CASA - ROSINA (a cura di), *Problemi nuovi della “vecchia” legge fallimentare. Aspettando la riforma Rordorf*, Padova, 2016, 136, argomentando che, spesso, la mancata ammissione non è in alcun modo riconducibile ad inadeguatezza, imperizia, negligenza o incompletezza dell'attività del professionista, in tal senso richiamando l'ampia mole di concordati ammessi da alcuni Tribunali e invece respinti da altri in conseguenza della (sino a pochi anni fa) dibattuta questione circa la falcidiabilità dell'IVA e la dubbia qualificazione (problema anch'esso rilevante sino a tempi recenti) del concordato, se in liquidazione ovvero in continuità indiretta, nel caso di affitto “ponte” dell'azienda, con conseguente possibile inammissibilità della domanda per mancanza, nella proposta rivolta ai chirografi, della previsione di pagamento nella misura minima di legge.

⁸¹ GREGGIO, *Le ambivalenze*, cit., 19 ss.

⁸² Cass., 23 aprile 2021, n. 10885, cit.

5. La concezione delle sez. un. tra *causa concordati*, valore relazionale della “funzionalità” e *consecutio procedurarum*

Riunita nel suo massimo consesso, la Corte cass. è infine giunta a negare la prededucibilità del credito professionale sorto in ragione di prestazione che, anteriore o posteriore alla domanda iniziale, abbia acceduto ad un tentativo di regolazione concordataria della crisi arrestatosi alle soglie dell’ammissione⁸³.

In particolare, le sez. un. hanno ritenuto che: *i*) la prededuzione “legale”, di cui è parola nell’art. 161, c. 7, l. fall., anticipando il criterio del successivo art. 167, sia riferibile ai soli atti rientranti nel perimetro della gestione aziendale tipica, così accentuando, proprio per tramite del riferimento alla gestione, «un profilo distinto e più circoscritto rispetto agli altri due parametri» della occasionalità e della funzionalità, invece propriamente orientati «ad una relazione con le procedure concorsuali»; *ii*) con riguardo ai crediti professionali, tuttavia, parimenti inconfidente risulterebbe il richiamo alla prededuzione “occasionale”, la quale, secondo consolidati orientamenti della giurisprudenza di legittimità⁸⁴, assumerebbe una sua autonoma rilevanza non già quale elemento di mera coincidenza cronologica tra prestazione e procedura, bensì in quanto a ciò s’assommi un rapporto di connessione con l’attività degli organi di questa, sì che le obbligazioni scaturenti da tale attività «di per sé assorb[irebbero] la funzionalità agli scopi della procedura cui accedono»; *iii*) di conseguenza, sarebbe solamente il terzo e ultimo criterio, quello della “funzionalità”, a poter eventualmente supportare il riconoscimento della prededuzione in favore del credito professionale. Tuttavia, onde pure di essa sia possibile cogliere il significato in piena autonomia, e senza sovrapposizione alcuna con i due criteri precedenti, della “funzionalità” occorrerebbe predicare una nozione relazionale declinata in termini di *compartecipazione causale* della stessa prestazione professionale alle *finalità istituzionali della procedura di concordato*, da individuarsi, a loro volta, nella

⁸³ Cfr., a commento della pronuncia, NARDECCHIA, *La prededuzione secondo le Sezioni Unite*, in *Fallimento*, 2022, 365 ss.; CASA, *La “quadratura del cerchio”*; note minime su una sentenza importante (Cass., Sez. un., 31 dicembre 2021, n. 42093), in *Ristr. aziendali*, 24 gennaio 2022; GREGGIO, *La prededuzione dei compensi dei professionisti secondo le Sezioni Unite: per la certezza si rischia l’ingiustizia?*, in *Diritto della crisi*.it, 18 gennaio 2022; BONACCORSI DI PATTI - CAMPAGNA, *Le Sezioni Unite della Cassazione sulla prededucibilità del credito vantato dal professionista: sì alla prededuzione del credito se idoneo a contribuire alla conservazione o all’incremento dei valori aziendali*, in *Riv. dir. risp.*, 2022, n. 2, 61 ss.; S. COSTA, *La prededuzione*, cit., 1575 s.; FICHERA, *Le Sezioni Unite stringono i cordoni della borsa sulla prededuzione del professionista nel concordato*, in *Il Fallimentarista*, 30 marzo 2022. L’orientamento ha trovato rapido consolidamento: cfr. Cass., 29 marzo 2022, n. 10128, in *DeJure*; Cass., 2 maggio 2022, nn. 13819 e 13820, *ivi*; Cass., 7 giugno 2022, n. 18345, in *Il Fallimentarista*, 16 dicembre 2022, con nota di CORRADO, *La Cassazione torna sui concetti di “occasionalità” e “funzionalità” come presupposti della prededuzione in caso di consecuzione di procedure*; Cass., 6 settembre 2022, nn. 26176 e 26178, in *Fallimento*, 2023, 503, con nota di TERENGI, *Prededuzione funzionale, consecuzione di procedure e ruolo dei professionisti: il rapido consolidamento delle “mobili frontiere”*.

⁸⁴ Cfr. *supra*, nt. 49.

consegna «di un progetto [di sistemazione della crisi] alle valutazioni dei creditori». Così che nell'apporto professionale ingaggiato dal debitore occorrerà scorgere, ai fini del riconoscimento della prededuzione, un elemento acquisito «proprio per assecondare, con l'instaurazione o lo svolgimento della *specifica procedura concorsuale cui è volta, le utilità (patrimoniali, aziendali, negoziali) su cui può contare tipologicamente, cioè secondo le regole del modello implicato, l'intera massa dei creditori*»⁸⁵.

In questo senso, dunque, la “funzionalità” esprimerebbe una necessaria «*attitudine di vantaggio per il ceto creditorio, compendiato nella stessa procedura concorsuale in cui esso è organizzato*», attenendo a crediti bensì maturati per prestazioni svolte anche prima dell'inizio della procedura («e perciò al di fuori di un diretto controllo dei relativi organi»), ma pur sempre «*in una relazione di inerenza necessaria allo scopo dell'iniziativa, più che al risultato*». Il che, a sua volta, permetterebbe di reputare non necessaria alcuna verifica *ex post* circa l'utilità della prestazione del professionista, occorrendo, invece, che la suddetta attitudine di vantaggio sia vagliata dal giudice del merito secondo prospettiva *ex ante*, la quale – in ragione della dimensione istituzionale e organizzativa così attinta dal ragionamento complessivamente espresso dalla sentenza – diviene, giocoforza, particolarmente pregnante nel caso di mancato proseguimento del percorso ristrutturativo inizialmente progettato, con conseguente approdo alla liquidazione concorsuale⁸⁶. Andrebbe, infatti, pur sempre apprezzata l'avvenuta “trasformazione”, per tramite dell'originario tentativo d'impiego dell'istituto concordatizio, degli acquisiti apporti professionali mercé «un [loro] innesto [che possa dirsi] strumentale», se non ai mai raggiunti scopi ultimi della procedura, quanto meno alla sua «finalità essenziale», che è «quella di far decidere ai crediti [...] la convenienza o meno di una ristrutturazione fondata su un piano realizzabile»; ciò che allora fonderebbe «la necessità che il concordato sia stato almeno aperto», così che, resosi possibile il coinvolgimento dei creditori, possano dirsi raggiunti «gli obiettivi minimali che lo caratterizzano tipologicamente».

⁸⁵ La sentenza discorre, propriamente, di «[i]doneità causale dell'apporto del terzo alle finalità istituzionali della procedura» e, d'altro canto, esclude che l'accesso «su mera domanda» alla procedura sia atto in tal senso capace d'adeguata vantaggiosità per i creditori, ritenendo, anzi, «fallace l'argomento della cristallizzazione della massa passiva e della retrodatazione del periodo sospetto, ove segua il fallimento», posto che, di per sé considerata, «la regola giuridica della continuità fra procedure non assicur[erebbe] alcuna portata preservativa, dal punto di vista economico, al valore dell'impresa debitrice in prospettiva liquidatoria» (in questi, come nei successivi passi che citeremo, i corsivi sono aggiunti).

⁸⁶ E ciò proprio in quanto lo smarcamento dalla valutazione *ex post* dell'utilità di una prestazione esauritasi nel contesto della prima procedura porrebbe l'esigenza d'individuare «un meno incerto indice di collegamento tra il fatto genetico sopravvissuto come titolo del credito infine avanzato in prededuzione e la persistenza, riconoscibile anche nella nuova procedura, *della adeguatezza della prestazione all'intera vicenda concorsuale*, iniziata con un progetto e terminata con esito del tutto diverso da quello per il quale l'ingaggio delle prestazioni di terzi era avvenuto ad opera del debitore e così voluto da entrambe le parti».

E va da sé che una tale declinazione della funzionalità quale parametro attributivo necessariamente antitetico ad un riconoscimento *de plano*, proprio in quanto implicante che, per il medio del provvedimento giudiziale positivo, l'atto donde il credito s'è originato sia giunto a compartecipare alle finalità istituzionali del concordato, finisca per rendersi portatrice di conseguenze del massimo rilievo sistematico, pure venendo ad intrecciarsi, innanzitutto, alla ricostruzione del fenomeno della *consecutio proceduralium*⁸⁷. Nella visione delle sez. un., infatti, quest'ultima giunge (*recte*, deve giungere) ad assolvere propriamente allo scopo di veicolare verso la dimensione organizzativa della seconda (e originariamente non voluta) procedura concorsuale, la funzionalità della prestazione professionale acquisita in ragione della prima, e, unitamente ad essa, il rapporto di strumentale inerenza finalistica che v'era sotteso; donde la ribadita esigenza che il percorso concordatario, per quanto ad esito finalmente infausto, sia comunque progredito oltre il mero accesso⁸⁸. Del che, d'altronde, le sez. un. hanno ritenuto di trovare puntuale conferma nel testo dell'attuale art. 6 c.c.i.i.⁸⁹, il quale, intervenuto a superamento dell'indefinita portata delle clausole generali precedenti, assurgerebbe a conferente indice positivo di una «nozione non universalistica del fenomeno della consecuzione», riscrivendo i confini dell'istituto della prededuzione per «funzionalità» «in modo saldamente ancorato» con l'apertura del concordato preventivo⁹⁰.

⁸⁷ Cfr. DE FRANCESCA, *La prededuzione funzionale tra inerenza e consecuzione: prime riflessioni a margine di Cass., Sez. un., 31 dicembre 2021, n. 42093*, in *Dirittogiustiziaecostituzione.it*, 8 marzo 2022.

⁸⁸ Così che possa dirsi realizzato quell'«integrale continuum con la procedura seguente» che solo permetterebbe di rendere riconoscibile, rispetto ad un'altrimenti programmaticamente ritardata consegna del dissesto alla differente dimensione finalistica propria della procedura liquidatoria, una «traslazione di risorse e valori aziendali alla cui riorganizzazione in funzione concorsuale (cioè con una conduzione secondo le rispettive regole ed effetti pieni) l'apporto del terzo era stato ingaggiato».

⁸⁹ Come noto, al momento in cui le sez. un. si pronunciavano, il c.c.i.i. non era ancora entrato in vigore; tuttavia, come parimenti risaputo, la stessa Corte cass. (a partire dalle sez. un., 24 giugno 2020, n. 12476) già aveva stabilito le condizioni per un valido impiego delle relative previsioni in funzione della soluzione di contrasti interpretativi sorti nel vigore della l. fall. Cfr., *inter alia*, AMBROSINI, *Il ricorso "a corrente alternata" alla continuità normativa fra legge fallimentare e Codice della crisi: la diversa (dubbia) soluzione adottata dalle Sezioni Unite*, in *Ristr. aziendali.*, 17 marzo 2022.

⁹⁰ Ovvero anche con l'omologazione di un a.d.r. o di un p.r.o., e comunque nei limiti, adesso, del 75% del credito «accertato» [v. art. 6, c. 1, lett. b) e c) c.c.i.i.]. In generale, sull'art. 6 c.c.i.i. quale norma rivolta, in accordo ai *desiderata* della l. delega, verso un'opera di tipizzazione e contenimento della prededuzione, cfr. FABIANI, *La prededuzione nel Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, in *Dirittodellacrisi.it*, 27 aprile 2023, 16 ss.; Gius. FAUCEGLIA, *Atti di impresa e prededuzione nel codice della crisi e dell'insolvenza*, in *Giur. comm.*, 2023, I, 208 ss.; BASSI, *Premesse per uno studio della prededuzione nel codice della crisi e della insolvenza*, *ibid.*, 726 ss., 731 s. Può inoltre osservarsi – *en passant* – come, oltre ad aver così gettato un ponte di collegamento tra vecchio e nuovo regime, le sez. un., a ben vedere, abbiano al contempo trovato il modo per non doversi formalmente spingere (diversamente da Cass., 15 gennaio 2021, n. 639, cit.: cfr. *supra*, 4.2) sino al punto di mettere in dubbio che la fase «in bianco» del concordato già possa considerarsi una procedura concorsuale in pieni termini tecnico-giuridici. Sotto altro aspetto, va invece rilevato come, nell'ambito della liquidazione controllata, l'art. 277, c. 2, c.c.i.i. abbia apparentemente inteso conservare piena rilevanza alle clausole generali che già regolavano la materia della prededuzione nella l. fall. (e nell'art. 14-

Infine, consequenziale all’operata ricostruzione è che, se l’apertura della procedura concordataria costituisce il prerequisite minimo indispensabile affinché il professionista possa aspirare alla prededuzione, quest’ultima, tuttavia, non può corrispondere ad un automatismo attributivo tale da rendere detto requisito da solo anche sufficiente. Infatti, una volta che l’iniziativa di regolazione della crisi siasi mostrata capace della specifica “utilità procedimentale” minima che, dal punto di vista delle relative “finalità istituzionali”, solo il superamento della fase introduttiva appunto permetterebbe di assicurare ai creditori concorsuali, permane pur sempre il potere del giudice del merito di verificare che la prestazione abbia, secondo valutazione delle circostanze ad essa coeve, contribuito con inerenza necessaria alla conservazione o all’incremento dei valori aziendali, impregiudicata peraltro rimanendo, su di un ulteriore piano ancora, la facoltà del curatore d’eccepire, ai fini della parziale o totale non ammissione del credito al passivo, l’inadempimento dell’obbligazione professionale. Così che sarebbe proprio la riferita prospettiva di valutazione *ex ante*, in quanto antagonista d’ogni automatismo, a rendere invero superfluo il confronto con la tradizionale distinzione tra obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi⁹¹, quale – per le sez. un. – «resta quella del professionista», posto che l’esclusa prededuzione invero non discenderebbe «in modo diretto dall’insuccesso della domanda, bensì dall’inidoneità causale dell’apporto del terzo alle finalità istituzionali della procedura».

5.1. (Segue). I riflessi di tale impostazione sull’interpretazione della previsione in tema d’esenzione da revocatoria

Emerge, dunque, come la posizione delle sez. un. risulti ispirata ad un’univoca visione di principio per cui, in difetto d’ammissione, la prededuzione per “funzionalità” non si configurerebbe in quanto in alcun modo potrebbe dirsi aver la prestazione contribuito alle “finalità istituzionali” del concordato. A tal riguardo, nella perseguita prospettiva di ricomposizione dei contrasti precedenti, può osservarsi – sulla scorta di alcuni commentatori⁹² – come il ragionamento della Suprema Corte abbia preso le mosse non tanto dagli elementi negoziali propri del mandato professionale rivolto alla “regolazione della crisi”, bensì, quasi a ricostruire davanti allo specchio (e cioè dal punto di vista del giudice più che da quello del debitore e delle sue controparti) la genesi del nesso tra il detto negozio e la dimensione

duodecies l. n. 3/2012). Cfr. MANCINI, *Sovraindebitamento: la prededuzione del professionista nella liquidazione controllata*, in *IlCaso.it*, 3 novembre 2022; CESARE, *La liquidazione controllata*, in *Dirittodellacrisi.it*, 26 aprile 2023, 15, suggerendo che la previsione operi in deroga a quella di carattere generale dell’art. 6, ovvero che il credito del professionista che abbia assistito il debitore nella predisposizione della domanda di l.c. rimanga comunque “funzionalmente” prededucibile, posto che lo stesso art. 6 fa espressamente salva la prededucibilità degli altri crediti «così espressamente qualificati dalla legge». In giurisprudenza, tuttavia, l’interpretazione del rapporto tra le due norme appare, al momento attuale, alquanto incerta (cfr. *infra*, nt. 159).

⁹¹ Cfr. *supra*, nt. 78 e testo corrispondente.

⁹² Cfr. PASSARETTA, *La “prededuzione condizionata”*, cit., 374 ss.

funzionale propria della procedura concorsuale, dalla “causa” stessa del concordato preventivo, costruito concettuale ritenuto capace d’innervare d’adeguato senso relazionale la clausola generale della “funzionalità” e poi di definire, una volta declinato nella sua dimensione “concreta”⁹³, la corretta portata del giudizio sull’“utilità” (*ex ante*) della prestazione professionale ingaggiata dal debitore⁹⁴.

Ricostruito su queste basi il sistema della prededuzione del credito professionale, le sez. un. sono poi giunte – quasi *naturaliter* – a ritenere che ad orientare l’immagine in senso inverso non potrebbe valere la (per vero solo) «limitata simmetria» ravvisabile tra la “strumentalità” di cui è parola nell’art. 67, c. 1, lett. g) e la “funzionalità” rilevante per l’art. 111, c. 2, 1. fall.⁹⁵; simmetria che, anzi, intanto potrebbe predicarsi in quanto essa pur sempre sia apprezzata in ragione della medesima prospettiva di finalistica inerenza dell’apporto professionale alla *causa concordati*. Per la Suprema Corte, infatti, i criteri connettivi istituiti dalle due norme configurerebbero altrettanti schemi relazionali di necessità riposanti sull’avvenuta acquisizione di una prestazione correlata non già, meramente, con il patrimonio del debitore alla stregua, cioè, di atto di programmazione dell’impresa solo astrattamente strumentale al suo risanamento, bensì, propriamente, «con una procedura concorsuale prevista dalla legge [e con] le sue [...] finalità istituzionali»⁹⁶. E, nel necessario realizzarsi di tale progressione, sarebbe pur sempre il decreto di ammissione a segnare il fondamentale, quanto ineludibile, spartiacque – potrebbe dirsi – tra “causa” e “motivo”, atteso che, in assenza di tale elemento di positivo riscontro giudiziale, la questione circa la strumentale adeguatezza dell’*opus* professionale sarebbe inevitabilmente destinata

⁹³ Riferimento che, come noto, è da farsi innanzitutto risalire a Cass., sez. un., 23 gennaio 2013, n. 1521, in effetti richiamata dalle sez. un. di fine 2021. In argomento, per tutti, AA.VV., *Seminario a commento di Cass., S.U., 23 gennaio 2013, n. 1521*, in *Giur. comm.*, 2014, I, 215 ss.

⁹⁴ È proprio nel connubio di “causa concreta” e rilevanza della dimensione organizzativo-finalistica propria della procedura concordataria, che, nella ricostruzione operata dalle sez. un., pare trovare spiegazione il concorso tra il significativo potere di verifica rilasciato al giudice del merito (cfr. NARDECCHIA, *La prededuzione secondo le Sezioni Unite*, cit., 371) e il convincimento che, a monte, il conseguimento del rango prededuttivo abbia in ogni caso a dipendere «dal raggiungimento dell’obiettivo procedurale in funzione del quale [il professionista ha] prestato la propria opera» (così già NAPOLITANO, *La prededuzione*, cit., 18).

⁹⁵ Secondo la sentenza «sostenere infatti che se i crediti sorti per ottenere servizi professionali strumentali all’accesso al concordato vanno esenti da revocatoria ai sensi dell’art. 67 co. 3 lett. g) l.f. vuol dire che quegli stessi crediti, ove impagati, diventano prededucibili nel successivo fallimento, a prescindere dall’apertura del concordato, appare il frutto di una petizione di principio».

⁹⁶ Per le sez. un., infatti, neanche sul terreno dell’esonazione dalla revocatoria potrebbe eludersi «il confronto con la stabilizzazione degli effetti del concordato, limitando il perimetro della clausola generale al mero contributo dato dalla prestazione del terzo *all’accesso in sé*; così come neppure sarebbe corretto rimettere la considerazione di eventuali «vizi che hanno minato l’iniziativa di risanamento e l’ascrivibilità degli stessi alla prestazione del creditore ad una indagine circa l’esattezza dell’adempimento», trattandosi di un «piano del tutto diverso rispetto a quello della mera funzionalità».

a rimanere confinata – nelle stesse parole delle sez. un. – in una irrilevante dimensione di «mera intenzionalità»⁹⁷.

E dunque, se, per quanto appena rilevato, anche la non assoggettabilità alla revocatoria vien fatta dalla legge dipendere dall'aver la prestazione agevolato il conseguimento delle finalità istituzionali d'una procedura concorsuale, è esattamente questo, per le sez. un., l'elemento che vale a disvelare il senso – e la corretta misura – della «identità di *ratio* delle due norme»⁹⁸, con la significativa precisazione, tuttavia, che la loro «comune attitudine relazionale» non consentirebbe di «sovrapporne ogni aspetto, così da rinvenire in ciascuna gli elementi integrativi delle reciproche fattispecie astratte», non potendosi in particolare «sottac[erere] che l'esenzione da revocatoria ha riguardo a debiti liquidi e già esigibili pagati alla scadenza, mentre l'ampia gamma delle prestazioni d'ausilio al concordato (e non solo) ben è compatibile con adempimenti parziali, anticipati, in acconto».

5.2. (Segue). Loro conseguenze pratiche: in particolare, l'apparente non proteggibilità degli acconti sul compenso

A fronte dei surriferiti assunti sistematici, ne vanno ora meglio esplicitate le conseguenze pratiche in punto di operatività della norma di esenzione dalla revocatoria. In buona sostanza, a rilevare sono: *i*) l'abbandono dell'idea secondo cui l'accesso alla procedura di concordato costituirebbe un *quid* di per sé vantaggioso per i creditori concorsuali; *ii*) l'insufficienza d'una concezione sostanziale del presupposto oggettivo dell'insolvenza ai fini della perimetrazione

⁹⁷ Muovendo dal convincimento che le prestazioni debbano essersi correlate in termini di «*indispensabilità rispetto alle finalità istituzionali della procedura cui accedono*», anche il presupposto della «strumentalità all'accesso» sarebbe dunque integrabile solamente a fronte di «*una fattispecie pienamente compiuta*», e cioè d'un concordato ammesso, «*pena la riduzione a mera intenzionalità della commentata attitudine causale*».

⁹⁸ *In parte qua*, la necessità d'una correlazione «piena» alla dimensione finalistico-istituzionale d'una procedura concorsuale viene dalla sentenza altresì affermata in base all'argomento per cui, non potendo reputarsi sufficiente, diversamente da quanto opinato dalla giurisprudenza precedente, una mera (ancorché «fisiologica», *id est* «non abnorme») contribuzione della prestazione professionale ad una «*causa economico-organizzativa almeno preparatoria di una procedura concorsuale*» (cfr. *supra*, 4.1), così come dovrebbe negarsi prededuzione al credito vantato a titolo di corrispettivo per l'incarico di predisposizione di un piano attestato di risanamento poiché originato da prestazione che, per riflesso della stessa natura negoziale dello strumento cui finalisticamente accede, si limiterebbe a partecipare ad una mera dimensione di gestione stragiudiziale e non concorsuale del patrimonio responsabile, parimenti, in forza della *littera* dell'art. 67, c. 3, lett. g), pure ai fini dell'esenzione dalla revocatoria si declinerebbe la necessità di un *opus* che «*non solo si corredi causalmente al concordato ovvero al suo procedere ma che si declini altresì indispensabilmente coerente [...] con le sue descritte finalità istituzionali*». Le sez. un., al riguardo, citano Cass., 15 maggio 2020, n. 9026 (in *Fallimento*, 2020, 758), ove la prededuzione della suindicata tipologia di credito professionale è stata esclusa per non concorrere qui, rispetto alle vicende patrimoniali del debitore oggetto di cura o riorganizzazione a fini di strutturazione del piano, «alcun intervento giudiziale, sia esso di valutazione oppure di controllo», né «[alcuna] partecipazione del ceto creditorio (tanto meno se assunta in termini di necessaria partecipazione)».

della consecuzione tra procedure; *iii*) la lettura restrittiva offerta con riguardo alla categoria degli atti “legalmente compiuti”. In effetti, avendo le sez. un. circoscritto tale ultima categoria ai soli atti strettamente connessi alla gestione “tipica” dell’attività d’impresa e, ad un tempo, forgiato una nozione di funzionalità innanzitutto ancorata alla dimensione, squisitamente procedimentale, dell’apertura del concordato, a risultarne giocoforza superato è, innanzitutto, l’orientamento secondo cui gli incarichi professionali conferiti durante la fase prenotativa, così come i pagamenti posti in relazione a rapporti così instaurati, fossero da considerarsi alla stregua di atti d’ordinaria amministrazione⁹⁹. Di talché, nella fase “in bianco”, qualsivoglia pagamento andrebbe reputato atto di natura senz’altro straordinaria, come tale necessitante d’apposita autorizzazione giudiziale, ed inoltre, i pagamenti in favore dei professionisti compiuti in pendenza del termine assegnato dal tribunale, rimarrebbero suscettibili di revocatoria concorsuale in caso di mancata ammissione alla procedura minore¹⁰⁰. Insomma, dopo le sez. un., in difetto del decreto d’ammissione, acconti e pagamenti parziali eseguiti in vista dell’accesso al concordato preventivo non potrebbero più aspirare, nel successivo fallimento, alla protezione dell’art. 67, c. 3, lett. g), 1. fall.¹⁰¹.

La decisione, che sotto questo profilo – come già osservato – appare senza dubbio capace di conservare rilievo anche a fini dell’applicazione del nuovo art. 166, c. 3, lett. g), c.c.i.i.¹⁰², ha dunque risvolti significativi per i professionisti che abbiano assistito il debitore nella predisposizione del piano e della proposta, oltre che, naturalmente, per i crediti degli attestatori, incidendo sull’efficacia di eventuali pattuizioni che, volte ad evitare il rischio che la prematura interruzione della procedura, determinando negazione della prededuzione, riduca le *chance* d’effettivo

⁹⁹ Cfr. PANI, *La prededuzione*, cit., 18 ss., richiamando, tra altre, Cass., 10 gennaio 2017, n. 280, cit., secondo cui non sarebbe «basta[to] invero né il [...] costo delle prestazioni assolto in modo diretto dal debitore [...], né la datazione temporale del pagamento (a concordato pendente) per trasformare i relativi atti solutori in straordinaria amministrazione». Sul punto, oltre alla dottrina già cit. *supra*, nt. 67, cfr. S. COSTA, *La prededuzione*, cit., 1575, nt. 39; NARDECCHIA, *La prededuzione secondo le Sezioni Unite*, cit., 367; GREGGIO, *La prededuzione dei compensi*, cit., 28, nt. 54; nonché, in senso particolarmente critico, BOTTAI - A. PEZZANO, *Le sorti*, cit., 10. Fa osservare MARINUCCI, *La Cassazione a Sezioni Unite si pronuncia sui presupposti per il riconoscimento della prededuzione al credito dei professionisti che abbiano assistito il debitore (poi fallito) nell’accesso al concordato preventivo*, in *Dir. affari*, 2021, 425, come, anche sotto questo profilo la soluzione professata dalle sez. un. appaia comunque in linea con quanto ora previsto nell’art. 6, c. 1, lett. d), c.c.i.i., il quale, in effetti, vale a segnare la scomparsa della categoria generale della prededuzione “occasionale” per gli atti di ordinaria amministrazione.

¹⁰⁰ Conseguenze, entrambe queste, rilevate pressoché da tutti commentatori. Cfr. PANI, *La prededuzione*, cit., 19 s.; NARDECCHIA, *La prededuzione secondo le Sezioni Unite*, cit., 372 ss.; GREGGIO, *La prededuzione dei compensi*, cit., 15 ss.; BOTTAI - A. PEZZANO, *Le sorti*, cit., 5 s., 27 s.; PASSARETTA, *La “prededuzione condizionata”*, cit., 382.

¹⁰¹ Così anche CASA, *La “quadratura del cerchio”*, cit., 12.

¹⁰² Cfr. la dottrina cit. *supra*, nt. 19; della nuova previsione, torneremo ad occuparci più da vicino *infra*, 6.1.

incasso dei rispettivi onorari, in ipotesi prevedano pagamenti per l'appunto anteriori all'apertura del concordato¹⁰³. E va qui subito notato – trattandosi, a parer nostro, di circostanza dirimente per comprendere il reale significato operativo sotteso al parallelismo tracciato dalle sez. un. – come, confezionando una soluzione in tal senso dotata d'evidente simmetria sul piano formale, la Corte cass. abbia di fatto superato quei rilievi critici che nell'ancoraggio della prededuzione alla *milestone* procedimentale rappresentata dal decreto *ex art.* 163 l. fall. avevano scorto il rischio che potessero risultarne favoriti i professionisti più “scaltri” che, sotto la protezione della norma d'esenzione dalla revocatoria, si fossero premurati di predisporre un ben congegnato piano di pagamenti “inacconto” al di fuori d'ogni controllo giudiziale¹⁰⁴. Ora, viceversa, tanto la pretesa di protezione del *quantum* già eventualmente incassato, quanto quella di conseguimento della preferenza prededuttiva del credito non ancora soddisfatto, riceverebbero – sia nella fase del concordato, sia all'interno dell'eventuale procedura liquidatoria successiva – lo stesso identico vaglio, dovendo «l'esistenza del nesso di funzionalità» tra l'attività giustificativa del pagamento e/o generatrice del credito risultare «positivamente apprezzata dal Tribunale»¹⁰⁵.

Infatti, stando alle sez. un., i pagamenti degli onorari, oltre al poter in ogni caso riguardare le sole prestazioni già compiutamente rese, non solo non andranno esenti da revocatoria in un'eventuale successiva liquidazione concorsuale, bensì pure già risulteranno inefficaci in caso di mancata ammissione al concordato preventivo tutte le volte in cui non si sia appunto verificato il presupposto per il riconoscimento della prededuzione, secondo principio ora per giunta esplicitato nell'art. 98 c.c.i.i.¹⁰⁶. Quest'ultimo, espressivo di norma dall'indubbia rilevanza sistematica laddove s'abbia contezza dei pregressi dibattiti sulla c.d. prededuzione endoconcordataria¹⁰⁷, rendendosi portatore di un precetto eccezionale rispetto al generale divieto di pagamento dei crediti al di fuori del concorso ovvero delle nominate ipotesi dell'art. 100 c.c.i.i., chiarisce, infatti, che i *sol* «[c]rediti prededucibili sono soddisfatti durante la procedura alla scadenza prevista dalla legge o dal contratto».

¹⁰³ Così NARDECCHIA, *La prededuzione secondo le Sezioni Unite*, cit., 373.

¹⁰⁴ Cfr. *supra*, 4.3, nt. 81 e testo corrispondente.

¹⁰⁵ Così già NAPOLITANO, *La prededuzione*, cit., 15.

¹⁰⁶ Cfr. ancora NARDECCHIA, *La prededuzione secondo le Sezioni Unite*, cit., 373 ss., notando come la soluzione sostenuta dalle sez. un. invece valga, di converso, a negare l'ancor più rigoroso indirizzo giurisprudenziale che, talvolta, ha preteso di vietare al debitore l'esecuzione di pagamenti in favore dei professionisti sino all'omologa.

¹⁰⁷ Sulla rilevanza della previsione quale conferma dell'esistenza del fenomeno della c.d. prededucibilità interna, prescindente dallo scivolamento del concordato in una successiva liquidazione giudiziale, cfr. FABIANI, *La prededuzione*, cit., 16 e nt. 81; Gius. FAUCEGLIA, *Atti di impresa*, cit., 218 ss.; BASSI, *Premesse*, cit., 730; S. COSTA, *La prededuzione*, cit., 1584 ss.; per il dibattito precedente, cfr. FERRI jr., *In tema di prededuzione prefallimentare*, in *Corr. giur.*, 2015, 450 ss., 453; FABIANI, *Il delicato ruolo*, cit., 749 ss.; MARINO - CARMINATI, *La graduazione dei crediti prededucibili: un tentativo di sistematizzazione*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2017, I, 652 ss.

In verità, va detto che non è mancato, in dottrina, qualche tentativo di lettura di segno diverso¹⁰⁸. Alcuni commentatori, reputando il percorso motivazionale sviluppato dalle sez. un. tutt'altro che chiaro e coerente¹⁰⁹, e procedendo comunque sulla scorta della massima oraziana *est modus in rebus*, hanno infatti ritenuto che, ai fini dell'esonazione dalla revocatoria:

i) per quanto concerne i pagamenti *ante procedura*, e cioè *sino alla data di deposito del ricorso "in bianco"*, per una lecita ed efficace corresponsione di acconti sul compenso occorra: *i.a)* innanzitutto, l'esistenza di un contratto di prestazione d'opera professionale che, munito di data certa opponibile alla procedura fallimentare, preveda, secondo precisa scansione dello "stato avanzamento lavori", le varie fasi d'intervento del professionista, individuando i singoli ratei d'acconto da corrispondersi con riguardo alle attività riferibili a ciascuna fase, sì che, ad ogni scadenza pattuita, il corrispondente credito possa risultare certo, liquido ed esigibile; *i.b)* la presenza, nell'attivo dell'impresa assistita, di risorse sufficienti a soddisfare i creditori in prededuzione (con attenzione alla distinzione tra prededuzioni privilegiate e prededuzioni chirografarie) per le fasi riguardo alle quali il credito è già maturato, dovendo, in caso contrario, il pagamento esser invece differito al momento (non per forza coincidente con l'omologazione) in cui dette risorse risultino acquisite¹¹⁰; *i.c)* che il pagamento risponda al canone generale della buona fede oggettiva e, in particolare, che il *quantum* oggetto d'acconto risulti *adeguatamente proporzionato* tanto all'attività svolta (tenuto conto anche della complessità della situazione aziendale in cui la prestazione s'è concretamente inserita), quanto all'attivo concretamente ritraibile (anche in via prospettica) dalla procedura e sinanco al passivo concordatario; *i.d)* che vi sia, *ab origine*, una *ragionevole probabilità* che domanda e piano vengano effettivamente depositati e che il debitore possa esser ammesso al concordato, così che acconti non dovrebbero essere richiesti (se non in misura decisamente contenuta) ove manifesto appaia sin da principio che non sarà possibile presentare un ricorso capace d'aspirare all'ammissione (p. es., nel caso di un concordato liquidatorio, per mancata previsione di soddisfacimento dei creditori chirografari nella misura minima di legge);

ii) relativamente alla fase *successiva al deposito della domanda*, invece, l'arresto delle sez. un. lascerebbe in effetti poco spazio perché possano esser corrisposti pagamenti in acconto, se non: *ii.a)* a seguito del decreto d'apertura (col verosimile effetto, allora, di stimolare l'opportunità di attendere, ormai, l'omologazione del concordato) e *ii.b)* previa autorizzazione del g.d.

¹⁰⁸ Cfr., in particolare, le proposte interpretative di GREGGIO, *La prededuzione dei compensi*, cit., 15 ss., il quale, tuttavia, ne riconosce l'incerta capacità di tenuta a fronte dei principi di diritto affermati dalle sez. un.

¹⁰⁹ Assai critici anche BOTTAI - A. PEZZANO, *Le sorti*, cit., 5 ss.

¹¹⁰ Più in generale, per la perdurante valenza di questo principio-limite (anche) sotto il vigore del nuovo art. 98 c.c.i.i., cfr. FABIANI, *Sistema, principi e regole della crisi d'impresa*, Milano, 2023, 236.

5.3. (Segue). Ulteriori spunti ricavabili dalla giurisprudenza successiva

Considerata, dunque, la portata delle questioni in gioco e la perdurante incertezza dei risultati interpretativi complessivamente attinti dalla dottrina¹¹¹, ci sembra necessario domandarsi se, onde tenere assieme tutti i rilevanti valori del sistema, vi sia spazio per recuperare – *oltre le sez. un.* – una qualche autonomia al senso relazionale della *strumentalità all’accesso* rispetto a quello invece ascrivibile alla *funzionalità a (la “causa” di) una procedura concorsuale*. Tentativo per la cui buona riuscita crediamo occorra far innanzitutto emergere talune esasperazioni presenti nel ripiego dalla Corte cass. giustappunto operato sui concetti di “causa” e “finalità istituzionali” del concordato preventivo. E, nell’approcciare un tale obiettivo, appare in primo luogo utile portare ad evidenza alcuni profili ricavabili dalle applicazioni che dell’insegnamento delle sez. un. ha fatto la successiva giurisprudenza riferita in epigrafe.

Dell’App. Milano, in verità, è presto detto. Quivi l’insegnamento delle sez. un. trovasi pedissequamente replicato: in assenza di ammissione al concordato, l’esenzione dalla revocatoria fallimentare non può operare. Più che altro, quello che va segnalato – e criticato – è che la sentenza, in prima battuta, invero si richiama ad un più risalente precedente di legittimità¹¹², il quale, come da qualcuno puntualmente notato¹¹³, aveva fatto da apripista al ritorno in grande stile della “utilità in concreto”¹¹⁴. Così che, nel pronunciamento meneghino, gli insegnamenti delle sez. un. si trovano in certa misura frammischiati alla convinzione, previamente esplicitata, che il rilevante nesso relazionale debba innanzitutto sussistere tra prestazione professionale e «interessi del ceto creditorio», soltanto «[a] mero fine di completezza» trovandosi poi soggiunto che, nell’ipotesi d’una domanda di concordato preventivo dichiarata inammissibile, per non essere quivi ravvisabile alcun rilevante rapporto consecutivo tra procedure concorsuali, neppure potrebbe l’attività prestata dirsi in alcun modo «funzionale alle finalità della [prima] procedura».

Altre riflessioni stimola, invece, la di poco precedente ordinanza della Corte cass. Innanzitutto, ribadito in premessa che la «strumentalità necessaria e diretta fra prestazione e procedura concorsuale» debba andar soggetta unicamente ad una «valutazione “*ex ante*”», nella resa interpretazione di tale «requisito costitutivo» dell’esenzione, è proprio il condizionamento procedimentale dato dall’apertura del concordato a confortare la Corte cass. al momento di realizzare la già più sopra riferita espansione del perimetro applicativo della previsione sotto il profilo del *tempus solutionis*, ossia del requisito del pagamento da farsi “alla

¹¹¹ Diversamente dagli autori citati in chiusura del par. precedente, sembrerebbe invece condividere l’impostazione delle sez. un., ZANICHELLI, *Note minime*, cit., 8 ss.

¹¹² Si tratta di Cass., 18 dicembre 2015, n. 25589, cit.

¹¹³ Cfr. PANI, *La prededuzione*, cit., 10, nt. 20; PACCHI, *Le prededuzioni*, cit., 17.

¹¹⁴ Nelle forme specificamente sancite dalla più volte richiamata Cass., 15 gennaio 2021, n. 639, (cfr. *supra*, 4.2).

scadenza”¹¹⁵. Come a dire che, una volta che il decreto del giudice abbia sancito, secondo quanto insegnato dalle sez. un., la piena integrazione del requisito di “funzionalità” della prestazione, non possa esservi dubbio che il pagamento che il professionista abbia ricevuto, quand’anche successivo rispetto alla scadenza originaria, sia comunque rispondente alle finalità dell’ammessa – e, dunque, positivamente verificata – iniziativa di regolazione volontaria della crisi¹¹⁶.

Sotto ulteriore profilo, invece, tale più recente arresto di legittimità intercetta un aspetto dubbio che, già colto dalla dottrina nelle more dell’entrata in vigore del c.c.i.i.¹¹⁷, la pronuncia delle sez. un. aveva ulteriormente alimentato, ossia quello di comprendere se la prededuzione si consolidi in forza del decreto d’ammissione, rimanendo allora intangibile a fronte di possibili sopravvenienze procedimentali, tra cui, innanzitutto, un’eventuale revoca giudiziale (o anche una rinuncia volontaria alla domanda) intervenuta prima del voto dei creditori¹¹⁸. A seguire rigorosamente il ragionamento delle sez. un., infatti, dovrebbe ritenersi che, venendo in tal caso meno *ex tunc* l’effetto proprio dell’apertura e, quindi, l’avvio dell’*iter* funzionale alla celebrazione dell’adunanza dei creditori, venga automaticamente meno anche il presupposto finalistico-istituzionale a base del riconoscimento della prededuzione, risultandone travolta la possibilità di raggiungimento degli obiettivi minimali che, tipologicamente, caratterizzano la procedura di concordato.

Ebbene, una prima, per quanto indiretta, risposta potrebbe per l’appunto giungere dalla più recente ordinanza della Corte cass. qui in commento. Questa,

¹¹⁵ Cfr. *supra*, 3.

¹¹⁶ Da questo punto di vista, dunque, ancor meglio s’intende la portata innovativa della decisione, la quale non ha remore ad estendere in tal senso l’operatività della norma d’esenzione una volta che, in accordo alle sez. un., la fattispecie astratta sia integrata del rilevante presupposto di natura procedimentale. Un altro chiaro esempio, insomma, della già commentata *vis expansiva* della concezione secondo cui il valore relazionale del parametro della “funzionalità” potrebbe trovar senso solo a mezzo d’una intermediazione giudiziale interveniente su di un rapporto, quello tra negozio e procedura, invero originariamente concepito e programmato in una sfera di sola “privatistica” rilevanza (cfr. *supra*, 4). Sotto questo profilo, del resto, assai significativo è quanto le stesse sez. un. scrivono in altro passaggio della motivazione, allorché hanno cura di osservare che, intervenendo «a superamento delle incertezze proprie di una prededuzione funzionale generica», il nuovo art. 6 c.c.i.i., sancendo come necessaria l’avvenuta ammissione al concordato, avrebbe fatto proprio «un criterio di condizionalità direttamente desunto dalla giurisprudenza di questa Corte» e che le sez. un. propriamente intendono alla stregua d’«una condizione che irrobustisce a ritroso tutta l’attività già compiuta e strumentale al concorso, perché essa fa conseguire al relativo credito la preferenza processuale in esame sempre che l’instaurazione della concorsualità, per iniziativa volontaria, si protragga sino ad un provvedimento giudiziale positivo».

¹¹⁷ Cfr. COSTANTINO, *La prededuzione in attesa del codice della crisi*, in *Foro it.*, 2021, 880 ss.

¹¹⁸ Su questo punto specifico, in effetti, notevoli perplessità sono state manifestate anche dai commentatori nel complesso favorevoli alle soluzioni delle sez. un., tra cui NARDECCHIA, *La prededuzione secondo le Sezioni Unite*, cit., 371, sottolineando che la valutazione di funzionalità, quale giudizio *ex ante*, sembrerebbe invero porsi su di un piano oggettivamente diverso da quello relativo all’espressione del voto dei creditori, tanto sotto il profilo dell’*an*, quanto sotto il profilo del *quid*; da ultimo, cfr. anche TERENGI, *Prededuzione funzionale*, cit., 517, nt. 53.

seppur intervenendo dal versante dell'esonazione dalla revocatoria, ha ritenuto che l'ammissione alla procedura concordataria valga, comunque, a stabilizzare il pagamento già ricevuto dal professionista nonostante la sopravvenuta revoca *ex art. 173 l. fall.* Quel che però va in particolare sottolineato è che, nel raggiungere siffatta conclusione, il provvedimento in discorso, per la verità, non si richiama affatto al profilo relativo agli "scopi istituzionali minimi" ovvero alla connotazione "tipologica" del concordato preventivo sì come comprensiva – in accordo alle sez. un. – di indefettibili elementi organizzativi rivolti a render possibile la partecipazione dei destinatari della proposta, sembrando voler valorizzare – in un parallelismo con la previsione dell'art. 67, c. 3, lett. a) ed f) e, per contrasto, con l'art. 67, c. 1, n. 2, l. fall. – non tanto l'intervento valutativo e decidente dei creditori, quanto, piuttosto, quello di controllo del giudice circa l'accertata "normalità" e "coerenza" del pagamento ricevuto dal professionista rispetto alla proposta ai primi rivolta.

6. Il lascito delle sez. un. e la sistematica del nuovo codice della crisi d'impresa: critica dell'impostazione concettuale e necessità di un'autonoma declinazione relazionale del requisito della "strumentalità all'accesso"

Le soluzioni affermate dalle sez. un. non hanno trovato uniforme accoglimento in dottrina¹¹⁹. Peraltro, abbiamo già sottolineato come, per ciò che concerne la preveducibilità del credito professionale, la più fondamentale parte della sancita *regula* pretoria, quella richiedente il superamento della fase di ammissione al concordato, sia ormai divenuta, con l'entrata in vigore del c.c.i.i., norma di diritto positivo¹²⁰. Ne è derivato che critiche e plausi simili a quelli già rivolti all'affermata soluzione giurisprudenziale siano stati infine dirottati verso la sistematica del nuovo *corpus* normativo, al quale, nel giudizio di alcuni, andrebbe tributato il plauso d'aver «tagliato il nodo gordiano», definendo il nesso di "utilità funzionale" per tramite del criterio più semplice poiché basato su eventi certi e facilmente verificabili¹²¹, mentre, a parere di altri, esso meriterebbe d'esser criticato per aver «trasforma[to], di fatto, obbligazioni che sono per loro natura di mezzi in prestazioni di risultato, con un arretramento della tutela del creditore-professionista»¹²².

¹¹⁹ Tra coloro che le hanno repute nel complesso ragionevoli e condivisibili, cfr. NARDECCHIA, *La prededuzione secondo le Sezioni Unite*, cit.; BONACCORSI DI PATTI - CAMPAGNA, *Le Sezioni Unite*, cit.; su posizioni decisamente contrarie, invece, GREGGIO, *La prededuzione dei compensi*, cit.; MARINUCCI, *La Cassazione*, cit.; FICHERA, *Le Sezioni Unite*, cit.; BOTTAI - A. PEZZANO, *Le sorti*, cit.; PASSARETTA, *La "prededuzione condizionata"*, cit.

¹²⁰ Cfr. *supra*, 5.

¹²¹ LAMANNA, *Il codice della crisi dopo il secondo decreto correttivo*, Milano, 2022, 112.

¹²² AMBROSINI, *I "principi generali" nel codice della crisi d'impresa*, in *IL caso.it*, 26 gennaio 2021, 11; SERRA, *Consecuzione*, cit., 553. In realtà, per quanto ai primi commentatori del c.c.i.i. fosse parso che

Qui non interessa prendere diretta parte nel dibattito scaturito su questo specifico versante. Tuttavia, poiché rilevante anche ai nostri fini, ci preme ad ogni buon conto esplicitare la convinzione che, di là da quanto – in una prospettiva di crudo realismo istituzionale – possa celarsi al di sotto dell’operata *ri*-sistemazione del rapporto tra credito professionale, vaglio giurisdizionale e prededuzione, l’evidente difficoltà di un controllo, sul piano razionale e sistematico, delle argomentazioni che tale operazione ermeneutica hanno corredato¹²³, non sia altro che la concretizzazione di un rischio percepito dalla dottrina giuscommercialistica sin dal debutto, ormai più di un decennio fa¹²⁴, dell’elemento della “causa” sul proscenio del concordato preventivo, ossia quello di un’insidiosa scivolosità – se non proprio di una strumentalizzazione ideologica – della ricostruzione del rapporto tra autonomia negoziale ed eteronomia giudiziale operata su tali basi¹²⁵. Come visto, infatti, è stato proprio per il medio

la nuova norma avesse voluto positivizzare una presunzione di funzionalità della prestazione per il caso di apertura del concordato, alla luce del *decisum* delle sez. un., rimane in ogni caso fermo l’ulteriore scrutinio, rimesso al giudice di merito, attorno alla relativa attitudine vantaggiosa, ossia alla relativa contribuzione, con inerenza necessaria, alla conservazione o all’incremento dei valori aziendali (cfr. *supra*, 5). Del pari, perdurerebbe l’impossibilità di configurare la prededucibilità dei crediti professionali in forza della previsione di cui all’attuale art. 46, c. 4, c.c.i.i. Attorno a questi aspetti, cfr. PANI, *La prededuzione*, cit., 18; S. COSTA, *La prededuzione*, 1576, 1592 s.; ZANICHELLI, *Note minime*, cit., 6 ss.

¹²³ Cfr., assai schiettamente, DI MARZIO, *Diritto dell’insolvenza*, Milano, 2023, 243 ss., testo e nt. 38, a parer del quale, giungendo a scaricare sul professionista, con soluzione difficilmente accettabile «sul piano del diritto razionale», un esito procedimentale negativo che egli, di là da una verifica in punto di diligenza e perizia della condotta e del relativo rilievo eziologico, non ha invero modo di controllare, la nuova disciplina, al pari della soluzione già accolta dalle sez. un., svelerebbe «una matrice ideologica» riposante su vecchie concezioni sul fallimento, «fatte di sospetto verso il fallito (e la cerchia dei suoi collaboratori e professionisti)». Su tutt’altra posizione, invece, PANI, *La prededuzione*, cit., 27 s., ritenendo che approcci critici di questi tipo finiscano invero per confondere due piani tra loro ben distinti, e cioè quello del corretto adempimento della prestazione (refluente sul diritto al pagamento o, almeno, sul *quantum debeatur*) e quello dell’attribuzione d’una preferenza processuale nella fase di soddisfacimento del credito in sede concorsuale, che le sez. un. prima e il legislatore poi hanno inteso ancorare «al raggiungimento di uno *standard* di utilità minimo» affinché «la “causa” del concordato possa dirsi soddisfatta, e con essa – di riflesso – la preferenza processuale che la legge assegna al credito “funzionale”»; e cfr. anche gli argomenti di S. COSTA, *La prededuzione*, cit., 1576 ss.

¹²⁴ A partire da Cass., sez. un., 23 gennaio 2013, n. 1521, cit.

¹²⁵ Cfr., in modo particolarmente incisivo, R. SACCHI, *Intervento al Seminario*, cit., 226 ss., ritenendo l’operazione ermeneutica allora compiuta dalle sez. un. sorretta da una «argomentazione di tipo finzionistico», strumentalmente impiegata per «reag[ire] a scelte legislative non condivise» attraverso la costruzione di «un modello ideale della fattispecie», con conseguente disapplicazione della disciplina non condivisa in assenza di uno dei requisiti del “modello”; e cfr. anche, sul rischio di riletture «in chiave ideologica», CALANDRA BUONAURA, *Intervento al Seminario*, cit., 237. Coglie ora il collegamento tra il (delicato) profilo relativo alla verifica della c.d. “fattibilità economica” e la disamina della funzionalità della prestazione fonte d’un credito professionale aspirante alla prededuzione, CASA, *La “quadratura del cerchio”*, cit., 5, nt. 17 e testo corrispondente; da ultimo, cfr., anche per riff. a recente giurisprudenza, LEUZZI, *L’omologazione del concordato preventivo in continuità*, in *Dirittodellacrisi.it*, 16 febbraio 2023, spec. 21, testo e ntt.

della *causa concordati*, questa volta *altresì* declinata quale inerenza necessaria agli “scopi istituzionali” della procedura concordataria, che ha trovato germinazione il convincimento che identica soluzione relazionale pure debba valere con riguardo al requisito della “strumentalità all’accesso” sancito ai fini dell’esonero dalla revocatoria. Pare pertanto giunto il momento di domandarsi se la ricostruzione operata dalle sez. un., e (quasi) pedissequamente riproposta dalla successiva giurisprudenza di legittimità e di merito, regga ad un più puntuale scrutinio dogmatico, positivo e logico-sistematico, profilandosi, alla luce dei lasciti della sentenza di fine 2021 e dell’entrata in vigore del c.c.i.i., un’ulteriore occasione di “dialogo tra formanti”.

Innanzitutto, rispetto ad entrambe le relevantissime – quanto complesse – pagine di diritto vivente scritte dalla Suprema Corte, tutto ciò che qui preliminarmente può dirsi si riduce al solo rilievo – di per sé scontato, epperò decisivo – che la “causa” evoca percezioni naturalmente diverse, le quali esigerebbero che, nello specifico contesto di riferimento, del suo impiego si esplicitasse chiaramente la funzione, trattandosi di un congegno che, in ogni epoca, serve a valutare l’atto di autonomia privata esprimendo un’esigenza di controllo più o meno intenso e penetrante delle conseguenze che i privati sono ammessi a realizzare tramite propri negozi¹²⁶. In questa prospettiva, ciò che occorre far emergere è il chiaro suggello, nelle sez. un. di fine 2021, della già segnalata tendenza a praticare soluzioni che, muovendo da specifiche concezioni circa il ruolo del giudice rispetto agli atti del debitore capaci di produrre corrispondenti deviazioni dal canone distributivo della *par condicio creditorum*, permettono di apprezzare una declinazione della clausola generale della “funzionalità” orientata proprio in modo da consacrare la crucialità di un tale ruolo nella stessa costruzione di un sistemicamente accettabile senso relazionale tra *atto* (negoziale) e *procedura* (concorsuale); concezione che, una volta orientata la clausola di funzionalità in termini di “idoneità causale” alle finalità istituzionali dello strumento concordatizio, si spinge ora sino a ritenere che l’acquisizione, attraverso la segnata via procedimentale, di tale qualità in capo ad una prestazione professionale altrimenti solo “privatisticamente” acquisita dal debitore, ne consentirebbe «l’assimilazione ad una nozione di costo esterno sostenibile al

¹²⁶ Lo ricorda VETTORI, *Fattibilità giuridica e causa concreta nel concordato preventivo*, in *Contr. impr.*, 2013, 1206. Del resto, è sin troppo noto come, in relazione alla stessa categoria del negozio giuridico, notevoli siano le incertezze a tutt’oggi orbitanti attorno alla causa quale elemento di mediazione tra autonomia privata e ordinamento giuridico (*id est*, tra “volontà” e “norma”). Cfr., anche in prospettiva storico-comparata, NAVARRETTA, *Le ragioni della causa e il problema dei rimedi. L’evoluzione storica e le prospettive nel diritto europeo dei contratti*, in *Riv. dir. comm.*, 2003, I, 981 ss.; M. BARCELLONA, *Della causa. Il contratto e la circolazione della ricchezza*, Padova, 2015. Sul tema della “causa concreta” e sulle varie linee funzionali segnate dal suo ormai diffuso impiego in sede giurisprudenziale, cfr. inoltre, tra i più recenti contributi della civilistica, C. SCOGNAMIGLIO, *La causa concreta: una proposta dottrinale di successo*, in *Riv. dir. civ.*, 2020, 588 ss.; BACHELET, *Emilio Betti e il suo tempo, con una chiosa sull’impiego della causa concreta a tutela dell’equilibrio contrattuale*, in *Pol. dir.*, 2023, 77 ss.

pari di quelli prodotti dalle attività interne degli organi concorsuali, se e quando potranno operare». Un giudizio, questo, che, nella trama motivazionale, è a sua volta immediata conseguenza della generale visione secondo cui l'«*attitudine di vantaggio per il ceto creditorio*», che il canone della funzionalità esprime, vada compendiato nella stessa procedura concorsuale in cui detto ceto risulta, propriamente, «*organizzato*»¹²⁷.

Senonché, ci sembra che questa ricostruzione venga ora a stridere con alcune fondamentali indicazioni rivenienti proprio dall'art. 6 c.c.i.i., svelando, ancora una volta, la matrice essenzialmente ideologica di assunti della specie e, in definitiva, dell'intera costruzione concettuale che li sorregge. Ed invero, come ormai da più parti evidenziato in dottrina, la ricostruzione dell'istituto della prededuzione non può, oggi, operarsi unicamente valorizzando il profilo dell'inerenza del credito alla procedura concorsuale¹²⁸. Se tale profilo, infatti, continua a rivestire un'indubbia rilevanza¹²⁹, d'altro canto, il dato positivo evidenza con pari nitidezza l'esigenza di distinguere tra una prededuzione *processuale* relativa ai costi del procedimento in senso stretto e una prededuzione *sostanziale* in cui la preferenza è invece riconosciuta in virtù di un'inerenza funzionale all'esercizio dell'impresa in prospettiva del suo risanamento¹³⁰. E, a sostegno del convincimento che la prededuzione “funzionale”, per il fatto di connettersi alla gestione di un patrimonio e non a quella di un procedimento, sia istituto sempre più smarcato dalle categorie del processo e ormai invece decisamente inclinato verso quelle del diritto civile sostanziale (con una qualche assimilazione al privilegio¹³¹), decisivo appare proprio un primo dato normativo – non senza qualche sorpresa – del tutto trascurato dalle sez. un., ossia la

¹²⁷ Abbiamo peraltro già segnalato, per ciò che invece concerne il nesso di “occasionalità”, come nella sentenza di fine 2021 si riconosca – *apertis verbis* – che la richiesta d'una necessaria connessione soggettiva dell'obbligazione contratta con l'attività degli organi della procedura valga di per sé ad “assorbire” «la funzionalità agli scopi della procedura» (cfr. *supra*, 5).

¹²⁸ Nel senso che la prededuzione non sia più «una categoria unitaria», cfr. BASSI, *Premesse*, cit., 727 ss.

¹²⁹ Soprattutto laddove svela valutazioni legislative di maggiore meritevolezza della pretesa del professionista che sia divenuto creditore della massa per rapporti strettamente connessi allo svolgimento della procedura. Cfr., esprimendo giudizi invero diversi circa la ragionevolezza d'una tale sorta di discriminazione, LAMANNA, *Il codice*, cit., 111; S. COSTA, *La prededuzione*, cit., 1590; SERRA, *Il riconoscimento della prededuzione nel Codice della crisi*, in PISANI MASSAMORMILE (a cura di), *Il nuovo diritto della crisi*, Torino, 2023, 268, il quale, mettendo pure in conto l'ulteriore discriminazione rispetto ai professionisti nominati dall'OCC [art. 6, c. 1, lett. a)] e all'esperto nominato dal Segretario generale della Camera di commercio nel percorso della composizione negoziata (art. 25-ter, c. 12, c.c.i.i.), dichiara di fare fatica a comprendere le precise «basi culturali o ideologiche» di questa impostazione. Da ultimo, nel senso che la «scure del risparmio forzoso» voluta dal legislatore delegante, sia stata fatta calare solo sui costi degli incarichi conferiti direttamente dal debitore, laddove una tale «politica di contenimento delle spese» ben dovrebbe invece riguardare «la intera gestione delle procedure», cfr. BASSI, *Premesse*, cit., 731 ss.

¹³⁰ Così, *praecipue*, FABIANI, *Sistema*, cit., 345 s.; ID., *La prededuzione*, cit., 16 ss.

¹³¹ Sul che cfr. anche SERRA, *Il riconoscimento*, cit., 309 ss.

disposizione, radicalmente nuova, dell'art. 6, c. 2, c.c.i.i., la quale per l'appunto testimonia di come la prededuzione raffiguri una "qualità" caratterizzante il credito *anche al di fuori dello spazio disciplinare in cui essa è inizialmente maturata*¹³². La norma, infatti, nel sancire che la prededucibilità del credito permane non solo nell'ambito delle successive procedure concorsuali, bensì anche in quelle esecutive individuali, lungi dal reiterare la teoria della *consecutio procedurarum*¹³³, finisce, esattamente al contrario, per sconfessare l'assunto che tale consecuzione rappresenti il necessario "limite esterno" della prededuzione¹³⁴, qualificandola, cioè, alla stregua di fenomeno da necessario "rimbalzo concorsuale"¹³⁵. Al punto che, a fronte di una disciplina sotto molteplici profili in lapalissiana discontinuità rispetto a quella previgente¹³⁶, s'è giustamente dubitato della correttezza del

¹³² *In terminis*, DI MARZIO, *Diritto dell'insolvenza*, cit., 247. La rilevanza della previsione è tale che, pur in un quadro d'opinioni non sempre coincidenti, essa non può certo sfuggire alle riflessioni della dottrina che viene formandosi sotto il nuovo codice: cfr. S. COSTA, *La prededuzione*, cit., 1579; LAMANNA, *Il codice*, cit., 110; SERRA, *Il riconoscimento*, cit., 274 ss.

¹³³ Così, invece, PANI, *La prededuzione*, cit., 22; e cfr. anche DEL LINZ, *Art. 6*, in *Commentario Maffei Alberti*, cit., 68.

¹³⁴ Cfr., in precedenza, LEUZZI, *Dalla crisi all'emergenza: la prededuzione al tempo del Covid-19*, in *IL Caso.it*, 23 marzo 2020, 15.

¹³⁵ Cfr. NAPOLITANO, *La prededuzione*, cit., 7, 21. Viceversa, la dottrina sottolinea adesso che, intervenendo a recidere proprio il profilo relativo ad un'originaria inerenza processuale poi traslata in altro contenitore concorsuale, della prededuzione la norma sancirebbe la natura di criterio di preferenza distributiva utilizzabile a prescindere da una procedura concorsuale di regolazione della crisi o dell'insolvenza del medesimo debitore (cfr. Gius. FAUCEGLIA, *Atti di impresa*, cit., 213; ZANICHELLI, *Note minime*, cit., 2, secondo cui la previsione «segna la fine della [...] prededuzione come fenomeno processuale, che nasce nel procedimento concorsuale ed è destinato ad operare solo nell'ambito di successive procedure legate dal nesso di consecuzione con quella iniziale»). Di fronte a ciò, fermo rimanendo che, per poter essere trattati come prededucibili, occorrerà che i crediti professionali siano maturati nel contesto di un concordato in inizialmente ammesso (ovvero di un a.d.r. o di un p.r.o. omologato), ciò che pare decisamente ultroneo – e perciò non reiterabile nel nuovo sistema del diritto positivo – è l'ulteriore richiesta circa la realizzazione di un «integrale continuum con la procedura seguente» al fine dell'attualizzazione «*altresì* [di una] riconoscibile traslazione di risorse e valori aziendali alla cui riorganizzazione in funzione concorsuale (cioè con una conduzione secondo le rispettive regole ed effetti pieni) l'apporto del terzo era stato ingaggiato», e cioè una richiesta di non «discontinuità anche organizzativa» tale per cui la prestazione professionale possa qualificarsi in termini di «adeguatezza [...] all'intera vicenda concorsuale» (cfr. *supra*, 5). Le sez. un., per giunta, reiterano il convincimento che, nel pur realizzato passaggio da una «funzione retributiva dei costi della procedura [...] ad incentivo per la concorsualità anticipata», la «nozione unificante» dei diversi «titoli» di quella che alla Suprema Corte pur sempre seguita ad apparire alla stregua d'una mera «precedenza processuale», la si scorgerebbe «in ragione della strumentalità dell'attività, da cui il credito consegue, agli scopi [...] della procedura d'esordio». Sul punto cfr., in senso decisamente critico, FABIANI, *La prededuzione*, cit., 10 ss.

¹³⁶ Con riguardo all'art. 6, c. 2, di dato normativo «veramente rivoluzionario» discorre FAROLFI, *Spunti ricostruttivi sulla prededuzione nel nuovo Codice della crisi*, in *Dirittodellacrisi.it*, 10 gennaio 2023, 10; *adde* ZANICHELLI, *Note minime*, cit., 2.

ripiego sull'art. 6 c.c.i.i. per risolvere i contrasti interpretativi sorti sotto il vigore dell'art. 111 l. fall.¹³⁷.

Procedendo oltre, nel contesto delle medesime riflessioni dottrinali attorno al dato positivo nuovo, si osserva, altresì, come pure la tematica del rapporto tra disciplina della esenzione da revocatoria e della prededuzione rientri senza dubbio tra quelle che non possono essere liquidate con eccessiva semplicità¹³⁸. In effetti, in virtù di quanto sin qui considerato, se la riferita concezione procedimental-organizzativa, per come ora reiterata anche a mezzo del riferimento alla rilevante dimensione finalistico-istituzionale della *causa concordati*, appare discutibile già con riguardo all'ambito disciplinare della prededuzione, ciò che ancor meno convince è la quasi-meccanicistica assimilazione disciplinare che, attraverso gli snodi logico-motivazionali anch'essi in precedenza riferiti, tale concezione produce una volta "appiccicata" addosso al requisito della "strumentalità all'accesso", finendo per contrastare – come meglio cercheremo di chiarire ancora in seguito¹³⁹ – con la reale funzione che la norma d'esenzione invero intenderebbe assolvere nel sistema.

Innanzitutto, decisivo è il constatare come il pertinente criterio di connessione – dalla legge, in effetti, diversamente *nominato* – valga invero designare una relazionalità che non esiteremmo a dire di *secondo grado*, come tale inevitabilmente "più distante" dalla dimensione della concorsualità intesa – sempre per usare le parole della Corte cass. – quale fattispecie procedimentale «pienamente compiuta»¹⁴⁰. Nella puntualizzazione della rilevante sequenza teleologica, infatti, riferimento è dalla legge testualmente operato a pagamenti eseguiti *per ottenere* (1° grado di connessione) prestazioni di servizi a loro volta *strumentali all'accesso* (2° grado di connessione) ad una tale dimensione; sicché, già sul piano logico-testuale, pretendere di riferire alla "strumentalità all'accesso" una nozione costruita avendo riguardo ad un rapporto di connessione declinato attraverso lo snodo dell'avvenuta stabilizzazione procedimentale, in forza del decreto del giudice, degli elementi organizzativi e finalistico-istituzionali della procedura concordataria, è operazione ermeneutica in sé decisamente discutibile (arg. altresì *ex art. 12 preleggi*)¹⁴¹.

¹³⁷ Cfr. *supra*, nt. 89. Sollevano la questione BOTTAI - A. PEZZANO, *Le sorti*, cit., 10 ss.; aderisce PASSARETTA, *La "prededuzione condizionata"*, cit., 380 s., discorrendo di «surrettizia applicazione anticipata e selettiva del codice della crisi, in violazione delle regole di successione della legge nel tempo», nonché di un "forzoso" tentativo di conversione di uno *standard* (quello dell'art. 111 l. fall.) in una *rule* (quella dell'art. 6 c.c.i.i.) per l'appunto sancita in un contesto disciplinare profondamente diverso.

¹³⁸ Questo, in particolare, il giudizio di Gius. FAUCEGLIA, *Atti di impresa*, cit., 225.

¹³⁹ Cfr. *infra*, 6.3.

¹⁴⁰ Cfr. *supra*, 5.1.

¹⁴¹ Il dizionario *Treccani* (versione *on-line*) così recita. «Strumentalità: Funzione di strumento, carattere o valore strumentale: s. di uno sciopero, di una crisi di governo. In partic., in economia, s. di un bene, *la sua attitudine a essere utilizzato per la produzione di altri beni, dipendente non da proprietà intrinseche ma dall'impiego che ne viene fatto*. «Funzionalità: L'esser funzionale: f. di un arnese, *la rispondenza alla funzione a cui è destinato*. 2. In fisiologia, *l'attitudine di un organo a funzionare* [...]». Dunque, se strumentalità *non è* immediata partecipazione ad una funzione, bensì – ed al più – *contribuzione preparatoria* al successivo esplicitarsi di questa, con riguardo alla norma d'esenzione

6.1. (Segue). Rilevanza di alcune innovazioni entro lo *jus positum* (in particolare, negli artt. 6 e 166, c. 3, lett. g, c.c.i.i.)

In effetti, a ben considerare, le sez. un. non si sono tanto domandate cosa, in autonomia, possa voler dire “strumentalità all’accesso”; piuttosto, con una sorta d’inversione (ideo-)logica, il senso di tale formula è stato ricavato, quasi per gemmazione, dal riferimento, nel testo della norma, alla procedura di concordato preventivo quale termine finale della relazione interpretanda, perciò escludendosi, a fini della stabilità del pagamento ricevuto dal professionista, la sufficienza d’una strumentalità alla mera programmazione di una operazione di risanamento non ancora stabilizzata mercé il positivo intervento del giudice. A parer nostro, che un tale ragionamento – oltreché logicamente viziato già a cospetto del previgente sistema¹⁴² – non sia corretto per il nostro diritto obbiettivo, trova adesso conferma nella formulazione dell’art. 166, c. 3, lett. g) c.c.i.i., la quale, neanch’essa tenuta in conto dalle sez. un.¹⁴³, sembrerebbe profilare un elemento di significativa novità proprio nella parte in cui ridefinisce il perimetro oggettivo cui si rivolge il ribadito criterio di “strumentalità”. La disposizione, infatti, si riferisce ora ai pagamenti eseguiti per ottenere servizi strumentali «*all’accesso agli strumenti di regolazione della crisi e dell’insolvenza e alle procedure di insolvenza previsti dal presente codice*». Una formulazione che, alla luce di quanto appresso meglio preciseremo, ampliando l’ambito oggettivo della fattispecie astratta, offre positiva evidenza dalla circostanza che una piena compartecipazione dell’*opus* professionale alla dimensione organizzativa e finalistico-istituzionale propria del concordato (e d’una procedura concorsuale in genere) non costituisca *conditio sine qua non* della disposta protezione, tantomeno laddove tale compartecipazione dovesse necessariamente dispiegarsi entro i confini d’una vicenda di *consecutio procedurarum*, apparendo l’attingimento di una tale dimensione organizzativa invero estranea al qui più circoscritto piano di

dalla revocatoria, crediamo che ben più scrupoloso avrebbe dovuto mostrarsi, per parte delle sez. un., il ragionamento che, alfine, ha condotto al superamento della quivi invero più appropriata dimensione connettiva definita dalla giurisprudenza pregressa a mezzo del riferimento ad una verifica di normale ascrivibilità della prestazione professionale ad una «*causa economico-organizzativa* “almeno” *preparatoria* d’una procedura concorsuale» (cfr. *supra*, 4.1 e 5.1).

¹⁴² Cfr. *supra*, 5.1, ove abbiamo evidenziato come, in fin dei conti, le sez. un. abbiano fondato il proprio convincimento circa la comune attitudine relazionale delle due clausole generali sulla circostanza che l’art. 67, c. 3, lett. g), al pari dell’art. 111, c. 2, l. fall., pur sempre esigesse, testualmente, una connessione con l’area delle procedure concorsuali e, segnatamente, col concordato preventivo, il quale, per natura e funzionalità propria, si compone anche di elementi organizzativi primariamente rivolti ad assecondare la finalità istituzionale di far decidere, previo positivo riscontro del giudice, i creditori sulla proposta loro indirizzata. Il ragionamento ci appare viziato proprio a misura in cui, anziché cercare di ricostruire in autonomia il senso di diversamente nominato criterio di connessione, s’è preteso di derivarlo dalla locuzione che, nel testo della legge, indicava piuttosto il termine finale della relazione il cui senso trattavasi appunto di definire.

¹⁴³ In questo caso, però, v’è da dire che l’attuale formulazione della previsione è frutto di modifiche intervenute successivamente (cfr. *infra*, nt. 153).

intersezione tra la cooperazione domandata al professionista e la formalizzata regolazione della crisi del debitore committente.

Per sviluppare consapevolmente un tale rilievo, occorre aver contezza delle incertezze registratesi tra gli interpreti proprio con riguardo al novero degli istituti interessati dal *favor* sotteso al previgente art. 67, c. 3, lett. g), 1. fall. Infatti, se il d.lgs. n. 5/2006 aveva abrogato la procedura di amministrazione controllata, dubbi erano sorti con riguardo alla riferibilità della disposizione agli strumenti diversi dalla procedura di concordato preventivo, l'unica a risultare espressamente richiamata dal testo della previsione. Sicché, mentre alcuni avevano sostenuto l'esigenza di colmare la lacuna estendendo per analogia l'operatività della norma anche agli a.d.r. e ai piani di risanamento attestati¹⁴⁴, altri, invece, s'erano detti favorevoli ad una soluzione restrittiva a cagione sia della natura eccezionale dell'esonazione, sia del *favor* che il legislatore avrebbe consapevolmente inteso riservare alla sola procedura concordataria, ritenuta maggiormente meritevole in ragione (forse) della sua idoneità a coinvolgere l'intero ceto creditorio¹⁴⁵.

Ebbene, rispetto a tali originarie questioni, se, da un lato, deve ricordarsi come la Corte cass. sia in seguito giunta a qualificare anche gli a.d.r. alla stregua di vere e proprie procedure concorsuali¹⁴⁶, dall'altro lato, guardando al sistema revocatorio concorsuale risultante dal c.c.i.i.¹⁴⁷, si può allora meglio apprezzare come la surriferita riformulazione dell'art. 166, c. 3, lett. g), valga in particolare a sconfessare l'ultima ricostruzione riferita, confermando, piuttosto, la correttezza di quelle posizioni che, già nel vigore delle vecchie norme, alla "strumentalità" (all'accesso) ed alla "funzionalità" (alle procedure concorsuali) assegnavano significati differenziati proprio in ragione del diverso termine finale della

¹⁴⁴ Cfr. D'AMBROSIO, *Atti a titolo oneroso, pagamenti, garanzie, sub art. 67, 3 co., lett. d), e), g)*, in JORIO (diretto da) - FABIANI (coordinato da), *Il nuovo diritto fallimentare*, vol. I, Bologna, 2006, 1000; MENTI, *La revoca dei pagamenti*, cit., 50.

¹⁴⁵ Cfr. NIGRO, *Art. 67*, cit., 378 s.; BONFATTI, *Gli effetti*, cit., 324, 327. Da canto suo, MEO, *I crediti professionali*, cit., 14, osservava criticamente che, oltre a quella analogica, preclusa dovevasi ritenere anche l'interpretazione estensiva della disposizione, atteso che il legislatore aveva in essa specificato analiticamente le procedure in funzione delle quali l'esonazione era destinata ad operare, con chiaro intento delimitativo ai soli casi tipici.

¹⁴⁶ Cass., 18 gennaio 2018, n. 1182 e 25 gennaio 2018, n. 1896, in *Banca borsa tit. cred.*, 2018, II, 521, con nota di VALENSISE, *La "prima volta" della Suprema Corte di Cassazione in merito alla natura degli accordi di ristrutturazione ...etc.*; Cass., 12 aprile 2018, n. 9087, in *Fallimento*, 2018, 988, con nota di TRENTINI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti sono una "procedura concorsuale" ...etc.* Sul punto cfr. altresì MEO, *I crediti professionali*, cit., 16, il quale, per la verità, già escludeva la possibilità di negare protezione ai pagamenti dei corrispettivi per servizi acquisiti ai fini dell'accesso al procedimento di omologazione di un a.d.r. posto che ad un tale procedimento era nel frattempo divenuto possibile accedere anche dall'interno di un procedimento concordatario, dopo averne prenotato gli effetti a mezzo di domanda "in bianco" ex art. 161, c. 6, 1. fall.

¹⁴⁷ Sul quale cfr., in generale, C. COSTA, *Le principali novità in materia di revocatoria fallimentare nel codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, in *Dir. fall.*, 2021, I, 1272 ss.; PICCIAU, *L'azione revocatoria nella liquidazione giudiziale*, in *Fallimento*, 2019, 1171 ss.

relazione rilevante a fini di operatività degli effetti di rispettiva pertinenza¹⁴⁸. La nuova formulazione normativa, come visto, offre adesso protezione ai pagamenti di crediti relativi a prestazioni professionali ingaggiate tanto con riguardo all'accesso a "strumenti di regolazione della crisi" che procedure concorsuali certamente non sono, quali gli accordi in esecuzione di piani attestati di risanamento¹⁴⁹, quanto, tra le "procedure (concorsuali) di insolvenza", alla liquidazione giudiziale¹⁵⁰, perciò favorendo, al di fuori di ogni necessario perimetro di consecuzione concorsuale¹⁵¹, l'acquisizione di prestazioni strumentali a qualsivoglia forma di "ordinata regolazione" dello stato di decozione dell'impresa¹⁵², quand'anche di natura pienamente stragiudiziale o di tipo meramente liquidatorio-dissolutivo¹⁵³. Così che, confrontando gli artt. 6 e 166, c. 3, lett. g), c.c.i.i. ci si avvede agevolmente dell'assenza di simmetria

¹⁴⁸ Oltre al pensiero di MEO, *I crediti professionali*, cit., 19 s., già riferito *supra*, nt. 35 e testo corrispondente, cfr. PACCHI, *Le prededuzioni*, cit., 12, secondo cui la norma di esenzione dalla revocatoria, mostrando attenzione per la tutela del professionista che avesse assistito il debitore nella presentazione di un concordato preventivo a prescindere dall'esito della domanda, stava a testimoniare come diversi dovessero intendersi i piani di tutela disegnati dalle due distinte previsioni di legge.

¹⁴⁹ Cfr., in particolare, la rubrica del Titolo IV c.c.i.i.; e, quanto alla dottrina, cfr. infatti, *a contrario*, i rilievi che, prima delle modifiche di cui diciamo alla nt. 153, sul punto svolgeva PICCIAU, *L'azione revocatoria*, cit., 1175; nel senso del testo, cfr. adesso GIORGI, *Il diritto*, cit., 310; CARRIOLI, *Art. 166*, cit., 1284; ROLFI, *Art. 166*, in DI MARZIO (diretto da), *Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, Milano, 2022, 796.

¹⁵⁰ Cfr. ancora PICCIAU, *L'azione revocatoria*, cit., 1175; CARRIOLI, *Art. 166*, cit., 1283.

¹⁵¹ Cfr. SERRA, *Il riconoscimento*, cit., 273 ss.

¹⁵² In tal senso, D'ATTORRE, *Manuale di diritto della crisi e dell'insolvenza*, II ed., Torino, 2022, 257 s.; DI AMATO, *Diritto della crisi d'impresa*, II ed., Milano, 2022, 162.

¹⁵³ In diverso senso sembra orientato SALAMONE, *Datazione del c.d. periodo sospetto e consecuzione di procedure concorsuali. Le nuove revocatorie*, in *Dir. fall.*, 2023, I, 75. È qui peraltro il caso di ricordare come l'attuale formulazione della disposizione, frutto delle modifiche apportate dal d.lgs. 83/2022, intenda tener conto, così come chiarito dalla relazione d'accompagnamento, della definizione di «strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza» ora contenuta nella lett. *m-bis*) dell'art. 2 c.c.i.i. (e cfr. FABIANI., *Introduzione ai principi generali e alle definizioni del codice della crisi*, in *Fallimento*, 2022, spec. 1179). Considerata, dunque, la derivazione unionale della definizione, riterremmo che il termine "accesso" non sia da intendersi in senso strettamente tecnico, con riguardo, cioè, alla proposizione di domanda giudiziale e, dunque, con esclusivo riferimento agli strumenti cui pertengono, nel Capo IV del Titolo III c.c.i.i., le norme sul procedimento unitario. Tanto più che è la stessa dir. n. 1023/2019 ad utilizzare il termine in modo assai lato, laddove, p. es., lo riferisce anche agli "strumenti di a lletta precoce" (art. 3), mentre, nel riformato ordinamento interno, di "accesso" discorrono poi (oltre all'art. 4, c. 1) l'art. 16, c. 5, e la rubrica dell'art. 17 c.c.i.i. con riguardo alla composizione negoziata, la quale, a conferma dell'impiego eccentrico del termine, non è peraltro qualificabile, giusta la stessa lett. *m-bis*) dell'art. 2, neppure come "strumento di regolazione della crisi e dell'insolvenza". Attorno alle molteplici questioni che sul (confuso) versante definitorio (e, conseguentemente, su quello precettivo) sempre più tormentano gli studiosi della materia, cfr. SPIOTTA, *È necessaria o inutile una definizione di procedura concorsuale (o di procedura di regolazione della crisi o di quadro di ristrutturazione)? Quando le categorie generali possono conservare funzionalità*, in *Dirittodellacrisi.it*, 22 aprile 2022; DONATIVI, *Le "definizioni normative", tra nozione, fattispecie e antinomie: il caso degli "strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza"*, in *Riv. dir. comm.*, 2023, I, 57 ss.

oggettivo-funzionale tra le discipline da essi dettate, ch  mentre la prima norma determina un novero di prededuzioni che, ritenute configurabili sotto il vigore della l. fall., risultano ora escluse per conseguenza della compiuta opera di “tipizzazione” (  il caso, innanzitutto, dei crediti sorti per l’assistenza al debitore nell’accesso alla l.g. in proprio¹⁵⁴), la seconda, viceversa, ricomprende adesso nella protezione dalla revocatoria ipotesi in precedenza escluse, alcune delle quali divengono (  proprio il caso dell’accesso alla l.g.), mentre altre invece permangono, estranee al perimetro della prededuzione per “funzionalit ” (  il caso del compenso dei professionisti variamente coinvolti nell’elaborazione e nell’attestazione del pure gi  considerato piano di risanamento)¹⁵⁵.

6.2. Critica delle conseguenze pratiche

Sul piano pratico, occorre inoltre sottolineare come la realizzata estensione della protezione dalla revocatoria intervenga su di un potenziale profilo di irragionevolezza gi  evidenziato dalla dottrina con riguardo alla norma precedente, reputata criticabile nella misura in cui, instaurando una sorta di artificiosa gerarchia tra procedure, finiva per ignorare che, nella realt  delle cose, i servizi di assistenza professionale all’imprenditore in difficolt  vengono sovente prestati prima ancora che appaia possibile stabilire con certezza quale sia la procedura o lo strumento pi  consono cui rivolgersi, col rischio, allora, di istituzionalizzare il distorto incentivo a prediligere la predisposizione di soluzioni concordatarie pur quando altre strade avrebbero potuto (e dovuto) esser vagliate, inducendo cos  il professionista a non segnalare l’esigenza di “arrestare le

¹⁵⁴ Nel senso che il credito in discorso potesse reputarsi sorto “in funzione” del fallimento *ex art.* 111, c. 2, l. fall., Cass., 9 settembre 2014, n. 18922, in *Expartecreditoris.it*; Cass., 9 febbraio 2021, n. 12578, in *Dirittodellacrisi.it*; Cass., 20 settembre 2021, n. 25313, in *IlCaso.it*; Cass., 28 giugno 2019, n. 17596, *ivi*. Sul fatto che, ora, in conseguenza della scomparsa della prededuzione funzionale “atipica”, tale credito professionale non possa che rimanere confinato nell’alveo del comune privilegio, cfr. PANI, *La prededuzione*, cit., 35; BOTTAI - A. PEZZANO, *Le sorti*, cit., 35 s. (in sede di prima applicazione, cfr., per , la diversamente orientata giurisprudenza di merito che citiamo *infra*, nt. 159). Secondo FABIANI, *La prededuzione*, cit., 42, nt. 82, inoltre, l’esclusione di questa ipotesi di prededuzione offrirebbe conferma che, nel nuovo sistema, la “funzionalit ” attiene innanzitutto alla gestione del patrimonio dell’impresa in crisi e non ad un fenomeno di ontologica inerenza procedurale.

¹⁵⁵ Cfr. SERRA, *Consecuzione*, cit., 552; PANI, *La prededuzione*, cit., 35, leggendo l’esclusione in ragione – ed anzi a conferma – dell’assenza dei connotati della concorsualit  nell’istituto in discorso. Sul perimetro delle procedure cui afferisce la prededuzione, cfr. pure FABIANI, *La prededuzione*, cit., 23; mentre, riguardo al fatto che la definizione generale contenuta nell’art. 2, lett. m-bis), risulti articolata su parametri strutturali e funzionali costituenti connotati invero «non [...] coesenziali, comuni e cumulativi» a ciascuno degli “strumenti di regolazione della crisi e dell’insolvenza”, cfr. DONATIVI, *Le “definizioni normative”*, cit., 71 s., 76 ss., con utili notazioni pure riguardo alle norme di esonero dalla revocatoria.

macchine” e ricorrere, quanto più tempestivamente possibile, alla procedura di maggior rigore del fallimento¹⁵⁶.

Guardando nella medesima prospettiva al *decisum* delle sez. un. (ed alle conformi scelte del c.c.i.i.), parte della dottrina ha osservato che, se il condizionamento della prevedibilità del credito all'avvenuta apertura del concordato, potrà, da un lato, (forse) disincentivare i professionisti dall'indurre con troppa leggerezza l'imprenditore insolvente alla presentazione di progetti di risanamento non adeguatamente ponderati¹⁵⁷, dall'altro lato, tuttavia, una siffatta soluzione rischia – irragionevolmente – di lasciare senza adeguata tutela (*rectius*, incentivazione) proprio quei professionisti che, in ossequio alla funzione di *gatekeeping* loro demandata, a tali inopportune iniziative abbiano bloccato la strada¹⁵⁸, ovvero che, mercé una scrupolosa verifica della situazione sottoposta al loro giudizio, abbiano piuttosto assistito l'imprenditore nel percorso che, alla luce delle circostanze concrete, ha condotto verso una più desiderabile istanza di l.g. in proprio, con ciò assecondando non solo l'interesse del committente, ma anche «l'interesse procedimentale all'abbreviazione del percorso istruttorio, [...] accelera[ndo] la progressività e l'accesso al concorso, nell'interesse dei creditori»¹⁵⁹. Né la soluzione a questi problemi – s'è aggiunto – potrebbe esser

¹⁵⁶ Il che, peraltro, appariva capace di generare dinamiche paradossali proprio a cospetto del cruciale obiettivo dell'instaurazione di efficaci congegni di controllo sull'operato dei professionisti incaricati dal debitore, stimolando, innanzitutto, meccanismi di responsabile autovalutazione *ex ante* circa la concreta idoneità della eroganda prestazione a porsi a supporto della soluzione più idonea a fronteggiare lo specifico scenario di disfunzione aziendale. Cfr. MEO, *I crediti professionali*, cit., 14 s., per il quale un atteggiamento legislativo di questo tipo, fondato su vecchie concezioni di sospetto, appariva ormai lontano dalla realtà delle cose, ove, sempre più spesso, accade piuttosto che l'emersione dello stesso carattere d'irreversibilità dell'insolvenza richieda una complessa opera di ricostruzione della situazione aziendale tramite l'acquisizione di prestazioni di varia specie (ricostruzione contabile, riorganizzazione, gestione della tesoreria e dei rapporti coi fornitori e coi finanziatori, *etc.*), di cui, laddove eseguite a regola d'arte, la stessa procedura liquidatoria potrebbe peraltro giovare ai propri fini. E cfr., per correlate critiche ora rivolte verso l'atteggiamento delle sez. un. di fine 2021, BOTTAI - A. PEZZANO, *Le sorti*, cit., 7 s., nt. 13, 27.

¹⁵⁷ Questo potenziale effetto benefico è percepito da CASA, *La "quadratura del cerchio"*, cit., 7, nt. 23; e da NARDECCHIA, *La prededuzione secondo le Sezioni Unite*, cit., 368.

¹⁵⁸ Quanto al fatto che neppure l'avvocato, professionalità anch'essa necessaria nel concordato e di principio operante nell'esclusivo interesse di parte debitrice, possa invero esimersi dallo sconsigliare iniziative risanatorie perniciose per il proprio cliente, anche perché *contra ius* se valutate rispetto agli interessi dei suoi creditori, cfr. BOTTAI - A. PEZZANO, *Le sorti*, cit., 9, sulla scorta di Cass., 30 ottobre 2020, n. 24025, in *IlCaso.it*.

¹⁵⁹ Cass., 4 maggio 2018, n. 10752, cit. Nel nuovo sistema, in effetti, le fattispecie dell'attestazione e della consulenza negativa appaiono le più problematiche e delicate, indiscutibile essendo l'esistenza di un interesse generale a che il rilascio delle pertinenti valutazioni professionali non sia *ex ante* distorsivamente condizionato, così come non è dubbio che, ancora nell'attuale conformazione positiva del sistema, la fase di pre-concordato (*recte*, adesso, di pendenza della domanda "con riserva" *ex art. 44 c.c.i.i.*) rimanga quella in cui s'immagina possibile vagliare la strutturabilità d'una (qualche) soluzione di sostenibile risanamento aziendale. Quanto alla giurisprudenza formatasi sotto la l. fall., su opposte posizioni circa la prevedibilità del credito relativo ad attestazione negativa resa a seguito di presentazione di domanda di concordato con

quella del pagamento del compenso (per l'attestazione o la consulenza negativa) prima della presentazione della domanda di concordato ovvero in pendenza della domanda prenotativa, dato che, come ampiamente visto, le sez. un. hanno per l'appunto sancito la *regula* per cui l'ammissione al concordato preventivo pure è *condicio* necessaria all'operare della protezione dalla revocatoria¹⁶⁰.

Tuttavia, come abbiám visto parlando dell'art. 166, c. 3, lett. g), c.c.i.i., protezione dalla revocatoria è ora offerta anche ai pagamenti per prestazioni strumentali all'accesso diretto alla l.g., così che, ad ulteriore testimonianza dell'opportunità d'abbandonare tale soluzione pretoria, chiara emerge l'eccentricità della richiesta della previa ammissione al concordato, posto che, essendo ben possibile che al rigetto della domanda si giunga per ragioni che prescindono da ogni valutazione riconducibile all'operato del professionista, ciò potrebbe, alla lunga, far prevalere soluzioni pratiche – e generare incentivi – non conformi (neppure) al principio di sistema ora espresso, tra le norme di vertice, nell'art. 7 c.c.i.i., inducendo, in modo esattamente contrario a quanto denunciato dalla dottrina nel vigore della l. fall., a preferire la diretta via della l.g. ancor quando una soluzione di tipo conservativo non appaia *manifestamente inadeguata*¹⁶¹.

riserva e di quello del professionista incaricato di verificare la ricorrenza delle condizioni per la presentazione di una domanda di concordato e, per il caso di parere negativo, di coadiuvare il debitore nella predisposizione dell'istanza di autofallimento, cfr. Cass., 10 ottobre 2019, n. 25471, cit. e Cass., 6 marzo 2018, n. 5254, in *II Caso.it*. Da ultimo, Trib. Reggio Emilia, 2 maggio 2023, in *Dirittodellacrisi.it*, contrariamente alla tesi che al momento appare maggioritaria in dottrina (cfr. *supra*, nt. 154), sulla base di un'interpretazione logico-sistematica, ha detto prededucibile il credito del professionista che abbia assistito il debitore nell'accesso alla l.g., ritenendo che, specialmente nei casi in cui non vi siano i presupposti per la continuità aziendale, «non sarebbe ragionevole riconoscere la prededuzione [...] soltanto nel caso in cui lo strumento prescelto sia stato quello degli a.d.r. o del concordato preventivo», atteso che tale determinazione si presenta quale «risultato di un'attività di studio e lavoro che, almeno in parte, coincide a prescindere dall'esito finale, e che non può essere con certezza conosciuto al momento dell'accettazione dell'incarico» (corsivo ns.). La prededuzione, peraltro, è stata accordata senza falcidia alcuna in ragione dell'*eadem ratio* con la fattispecie considerata dall'art. 277 c.c.i.i., disposizione in cui, per quanto collocata nell'ambito della l.c. (cfr. *supra*, nt. 90), il giudicante ha ritenuto di scorgere un valido elemento interpretativo per superare il dato letterale dell'art. 6 c.c.i.i., ricavandone, in buona sostanza, il principio per cui, nelle procedure liquidatorie, il legislatore avrebbe inteso conservare pieno valore alla clausola generale di "funzionalità". Altri giudici di merito, tuttavia, giungono a conclusioni opposte già nell'ambito della stessa l.c.: cfr. Trib. Arezzo, 26 ottobre 2022, in *II Caso.it*; Trib., Ascoli Piceno, 13 luglio 2023, *ivi*; Trib. Torino, 2 agosto 2023, n. 220, *ivi*; *contra*, Trib. Pavia, 9 settembre 2022, *ivi*.

¹⁶⁰ Cfr., in questo senso, MARINUCCI, *La Cassazione*, cit., 425; e cfr. anche GREGGIO, *La prededuzione dei compensi*, cit., 17 ss.

¹⁶¹ Sull'art. 7 c.c.i.i. quale norma inserita in un sistema – quello del contenitore procedimentale unico – inclinato nel senso di un ragionevole bilanciamento, secondo un'idea di *gradualità processuale* che fa da *pendant* alla *gradualità degli interessi da tutelare*, tra soluzioni recuperatorie (di principio preferite perché presunte capaci di bruciare meno ricchezza collettiva) e soluzioni liquidatorie (presunte, nella manifesta inammissibilità o inadeguatezza delle precedenti, più convenienti per i creditori), cfr. FABIANI, *Sistema*, cit., 99 s.; ID., *Effetti dell'autonomia*, cit., 4 ss.; D'ATTORRE, *Manuale*, cit., 12.

6.3. (Segue). Ancora in tema di acconti

Le considerazioni da ultimo svolte, insieme alla constatazione circa la non piena corrispondenza, nella sistematica del c.c.i.i., tra l'area della prededuzione e quella della protezione dalla revocatoria, ci conducono infine a rilevare quello che, secondo noi, è il difetto più grave e la più indesiderabile conseguenza del lascito delle sez. un. Riteniamo, infatti, che primaria funzione nel sistema dell'art. 166, c. 3, lett. g), c.c.i.i., così come già del suo immediato antecedente nella l. fall., non sia affatto, come se si trattasse di due facce della stessa medaglia, quella d'una anticipazione, riguardo all'onorario professionale, del trattamento "turbo-preferenziale" della prededuzione, bensì quella, assai più limitata dal punto di vista della deroga alla *par condicio creditorum*, di replicare, relativamente al periodo sospetto rilevante per il sistema revocatorio concorsuale, l'operatività delle previsioni dell'art. 2234 c.c., e, segnatamente, la possibilità d'un certo contenimento del principio c.d. della *postnumerazione* a mezzo della corresponsione di *acconti* in favore del prestatore d'opera intellettuale¹⁶².

Della qual cosa, in effetti, può trarsi conferma dalla produzione giurisprudenziale che, precedente o comunque applicante, *ratione temporis*, il diritto vigente prima della riforma dell'art. 67 l. fall., offre sufficiente spazio per congetturare che l'esenzione poi aggiunta nel c. terzo, alla lett. g), fu concepita proprio avendo a mente le posizioni della giurisprudenza in questa materia. Infatti, di fronte a giudizi revocatori intentati dalle curatele fallimentari a recupero di acconti corrisposti in favore dei professionisti che avessero assistito il debitore nella precedente fase del concordato, la Suprema Corte solleva riconoscere come liquido ed esigibile – e, quindi, in quel sistema, revocabile *ex art. 67, c. 2, l. fall.* – il debito per l'appunto sorto dalle pattuizioni negoziali relative agli acconti sull'onorario¹⁶³. Il che, di riflesso, consente di gettare

¹⁶² In dottrina, l'insegnamento secondo cui nell'art. 2234 c.c. «solo in via suppletiva [sia] fissata (indirettamente) la regola della *postnumeratio*, salva la corresponsione di acconti secondo gli usi», è ripetuto da tempo risalente. Cfr. RUPERTO, *Gli onorari di avvocato e di procuratore*, Milano, 1969, 2 (dove il virgolettato); MUSOLINO, *Contratto d'opera professionale*, in *Commentario Schlesinger*, Milano, 2009, 336 ss.; SANTORO-PASSARELLI, voce *Lavoro autonomo*, in *Enc. dir., Annali*, vol. V, Milano, 2012, 732. Riguardo al ns. tema, cfr. NISIO, *Art. 67*, cit., 392.

¹⁶³ Cfr., in tal senso, Cass., 30 settembre, 2005, n. 19215 e Cass., 10 novembre, 2006, n. 24046 (entrambe in *DeJure*). In ambo i casi, convenuto in revocatoria, il professionista s'era difeso asserendo che quanto ricevuto non costituisse, in verità, oggetto di un debito liquido ed esigibile e che la fattispecie concreta non rientrasse, pertanto, in quella presa in conto dall'art. 67, c. 2, l. fall., sì che il curatore, semmai, avrebbe dovuto domandare la revoca del contratto di conferimento dell'incarico professionale, cosa di fatto non avvenuta, oltretutto di dubbia ammissibilità, trovandosi quivi coinvolto il diritto di difesa garantito dall'art. 24 Cost. Ricostruzione che, in entrambi i casi, la Cass. sconfessava, reputando che: *i*) i pagamenti di acconti sul compenso *ex art. 2234 c.c.* non costituiscono anticipazioni su di un credito futuro, bensì, laddove previsti dalle parti, adempimento di un debito dal carattere liquido ed esigibile; *ii*) in materia di contratto d'opera intellettuale, l'ordinamento consente la previsione di acconti al fine di «mitigare la regola della postnumerazione (artt. 2225 e 2233 c.c.), secondo la quale il diritto al compenso pattuito si matura una volta posta in essere una prestazione tecnicamente idonea a raggiungere il risultato a cui la prestazione è diretta,

una luce fondamentale sulla portata della fattispecie d'esonazione introdotta con le successive riforme e ora confermata dal c.c.i.i. Innanzitutto, nel senso di chiarire la natura eccezionale rispetto al solo art. 67, c. 2, l. fall./art. 166, c. 2, c.c.i.i.¹⁶⁴, con la conseguenza che revocabile dovrà ritenersi non soltanto – e in ogni caso – il pagamento interamente anticipato (art. 651. fall./ art. 164 c.c.i.i.), ma anche quello sproporzionato e/o quello effettuato con mezzi anormali [art. 67, c. 1, n. 1 e 2, l. fall./art. 166, c. 1, lett. *a*) e *b*), c.c.i.i.]¹⁶⁵. Secondariamente, si schiarisce il senso dell'aggiunta, rispetto alla già esplicitata condizione di liquidità ed esigibilità del credito, del requisito del pagamento da farsi “alla scadenza”, avendo con ciò il legislatore, con ogni probabilità, inteso subordinare l'operatività della protezione ad

regola certamente gravosa per il prestatore, costretto a sostenere le spese necessarie all'espletamento dell'incarico e ad attendere, quanto alla remunerazione, l'esaurimento, spesso in tempi di considerevole durata, degli obblighi derivanti dal contratto»; *iii*) in quanto relativi a debiti liquidi (perché determinati o determinabili in base agli accordi tra le parti ovvero facendo ricorso agli usi) ed esigibili (potendo il professionista, in assenza di patto contrario, pretendere l'adempimento), tali pagamenti dovessero ritenersi ben revocabili giusta l'art. 67, c. 2, l. fall., senza alcun bisogno di coinvolgere il sottostante titolo negoziale (la Cass., peraltro, faceva incidentalmente notare che, a seguire le differenti prospettazioni del ricorrente, si sarebbe trattato di pagamenti anticipati relativi a debiti non scaduti, con conseguente ricaduta nella fattispecie dell'art. 651. fall., trattandosi, allora, solo di mutare la qualificazione giuridica, ma non anche i presupposti di fatto rilevanti per l'azione esperita dalla curatela); *iv*) infondato dovesse ritenersi il rilievo secondo cui, per tal via, si sarebbe giunti a ledere il diritto di difesa dell'imprenditore, atteso che la revocabilità dei compensi corrisposti a titolo d'acconto e di fondi spese avrebbe scoraggiato qualsiasi difensore dall'assunzione dell'incarico, considerato che il diritto di credito dell'avvocato sarebbe rimasto invero intatto, venendo solo sottoposto, nella sua soddisfazione, una volta sopravvenuto il fallimento del debitore, a regole d'inevitabile contemperamento, nell'accolta prospettiva antindennitaria, con gli interessi degli altri creditori, così che ipotetiche difficoltà di reperimento di un professionista da parte dell'insolvente non sarebbero state da imputarsi all'attivato meccanismo revocatorio, bensì alle oggettive difficoltà economiche dell'imprenditore nel momento in cui costui era divenuto bisognoso di detta forma d'assistenza professionale (inoltre, per il rigetto della tesi circa l'equiparazione del legale al monopolista *ex* art. 2597 c.c., cfr. l'ulteriore sent. cit. in fondo alla nt. seg.).

¹⁶⁴ Cfr. *supra*, 3.1, spec. ntt. 39-40. *Contra*, ritenendo non compresi nella protezione i pagamenti di fatture emesse in acconto, con le prestazioni ancora in corso e magari interrotte proprio dall'intervenuto fallimento, LIMITONE - REBECCA, *Revocatoria concorsuale* (con le riforme), in FERRO (a cura di), *Le insinuazioni al passivo*, vol. III, Padova, 2010, 973, sostanzialmente svalutando, però, i requisiti della “strumentalità” del servizio e del pagamento da farsi “alla scadenza” nel confronto con quelli di liquidità ed esigibilità del credito, nonché, più in generale, la funzione incentivante senz'altro perseguita dalla norma d'esonazione. A favore della tesi sostenuta nel testo, invece, Cass., 21 dicembre 2012, n. 23710, in *Giur. it.*, 2013, 1831, con breve nota di DE LEO (s.t.), la quale, anch'essa applicando *ratione temporis* la disciplina previgente, ha tratto «una conferma indiretta “a contrario”» dell'indirizzo pretorio riferito alla nt. prec. proprio dalla sopravvenuta aggiunta, nel testo dell'art. 67 l. fall., dell'esonazione di cui al c. 3, lett. *g*).

¹⁶⁵ Del che offre puntuale conferma la recente App. Milano, 5 settembre 2022, n. 2824, cit., riguardante un caso in cui s'è detto inapplicabile l'art. 67, c. 3, lett. *g*), l. fall., rispetto al pagamento di acconti pattuiti in remunerazione di prestazioni professionali risultate, in verità, neppure principiate ed eseguito a mezzo della cessione d'un credito nascente da un contratto di affitto d'azienda, con conseguente incasso da parte dello studio professionale delle cambiali relative al pagamento del canone; modalità solutoria che il giudice ha reputato anomala, sia per la mancanza d'ogni specificazione nel contratto, sia in relazione alla concreta qualifica professionale dell'*accipiens*.

una corretta (*id est*, razionale e non abusiva) segmentazione previa dell'attività oggetto d'incarico rispetto alla maturazione d'ogni singolo rateo d'acconto¹⁶⁶, considerato che, se un'integrale applicazione della regola di postnumerazione si configurerebbe quale soluzione troppo onerosa e potenzialmente scoraggiante per il professionista (e, dunque, non desiderabile per il sistema)¹⁶⁷, si tratta pur sempre di realizzare una parziale deroga ad un principio che, tradizionalmente, costituisce presidio dell'esigenza della *bona fides* imperante nei rapporti di commercio¹⁶⁸, deroga allora viepiù delicata allorquando detti rapporti vengano ad iscriversi entro la cornice della regolazione della crisi dell'imprenditore committente¹⁶⁹.

6.4. Sintesi delle posizioni della giurisprudenza e delle ragioni di loro criticabilità

Se tanto si condivide, diviene possibile comprendere ancora meglio la misura in cui le sez. un. hanno ecceduto nella ricostruzione del parallelismo con la norma in tema di prededuzione per funzionalità, dicendo non possibili, se non a rischio di revocatoria successiva, i pagamenti d'acconti *ante* ammissione per le ragioni che, già illustrate nel corso dello scritto, possiamo ora così sintetizzare: *i*) per aver mirato ad assicurare, con riguardo alle obbligazioni contratte dal debitore coi propri professionisti, il medesimo tipo di controllo preventivo rispetto ad entrambe le ipotesi di deroga alla *par condicio creditorum*; e ciò muovendo da convincimenti di principio ideologici, ma poi forse anche sfociati nel pratico timore che, rispetto

¹⁶⁶ Cfr., su analoghe posizioni, DI AMATO, *Diritto*, cit., 162; DEL LINZ, *Art. 6*, cit., 1284.

¹⁶⁷ Al riguardo, importante è il constatare, secondo acquisizione ormai pacifica in dottrina, come la doverosa anticipazione delle spese e la corresponsione degli acconti enfatizzi la presenza di un obbligo di collaborazione del cliente in nome di un *utile esercizio dell'attività professionale*, al punto da ritenersi che l'espressa previsione legislativa, operante in deroga al detto principio del pagamento posticipato, faccia penetrare tale obbligo nel sinallagma del contratto, elevandolo ad oggetto d'una obbligazione fondamentale del cliente, la cui inesecuzione, dando corpo ad una presunzione di rinuncia alla prestazione (*i.e.*, venendo equiparata ad un'ipotesi di recesso unilaterale per iniziativa del cliente stesso), autorizzerebbe il professionista a rifiutare o sospendere la propria prestazione. Cfr. RITA-SANSEVERINO, *Del lavoro autonomo*, II ed., in *Commentario Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1963, 237 ss.; GIACOBBE, voce *Professione*, in *Enc. dir.*, vol. XXXVI, Milano, 1987, 1080.

¹⁶⁸ Così, con riguardo al principio di postnumerazione, CERVALE, *Il contratto d'opera fra regole e mercato*, Torino, 2018, 101; e cfr. anche MONTICELLI, *Regole e mercato nella disciplina convenzionale del contratto d'opera professionale*, in *Contr. impr.*, 2016, 520 ss., spec. 539 ss. Infatti, già per diritto comune, in base cioè al richiamato art. 2234 c.c., si ritiene pacificamente che: *i*) diversamente dalle spese, che vanno sempre interamente anticipate, gli acconti sul compenso devono riferirsi alla parte di prestazione di volta in volta espletata, sicché il diritto del professionista a percepirla *sorge soltanto in seguito all'inizio dell'esecuzione della corrispondente porzione di opera*; *ii*) devono essere *proporzionati all'entità delle prestazioni cui si riferiscono*; *iii*) sono dovuti *a misura in cui dette prestazioni siano state in concreto espletate*. Cfr. PEPE, *Art. 2234*, in *Commentario breve Cian - Trabucchi*, XV ed., Padova, 2022, 2620; in giurisprudenza cfr. Cass., 8 agosto, 2022, n. 24426, in *Dir. giust.*, 9 agosto 2022, confermando l'operato di un g.d. che, a seguito del fallimento del cliente, ha ridotto il diritto all'acconto del professionista dopo che questi, in accordo alle previsioni del contratto, era receduto *ex art. 1373 c.c.*, così non completando la parte di opera cui l'acconto inizialmente pattuito doveva ritenersi riferito.

¹⁶⁹ Cfr. *infra*, 7-7.1.

all'esigenza di tutela di altri e "più essenziali" *stakeholder* dell'impresa risananda, la strumentale predisposizione di un piano di pagamenti in acconto potesse costituire, da parte dei professionisti più "scaltri", una comoda scappatoia dall'aumentato rischio di liquidità conseguente al condizionamento procedimentale che si andava contestualmente a sancire sul versante del conseguimento del rango prededuttivo; *ii*) un risultato, questo, che, sul piano dell'argomentazione formale e logico-sistematica, è stato conseguito lasciando operare senza adeguato discernimento le implicazioni scaturenti dalla sostenuta concezione processuale della prededuzione quale fenomeno di necessità confinato entro una cornice di *consecutio proceduratum*, rispetto alla quale il decreto d'ammissione alla procedura minore rappresenterebbe l'indefettibile elemento d'integrazione dell'inerenza funzionale della prestazione professionale alle "finalità istituzionali" dell'*intera sequenza*; visione che, attraverso la cinghia di trasmissione concettuale della *causa concordati*, è stata infine proiettata a ritroso, sino ad invadere anche il diverso piano relazionale – e teleologico – della "strumentalità all'accesso", quale clausola invece rilevante per il distinto operare dell'essenzione dalla revocatoria.

Andando oltre, nel successivo arresto riferito in epigrafe, la Corte cass. sembrerebbe non accorgersi di quella che, allora, appare come un'evidente contraddizione insita nella relativa trama motivazionale, posto che, se da un lato, in maniera formalmente corretta, il provvedimento nota come il requisito del pagamento da farsi "alla scadenza" sia da intendersi quale rafforzativo di quello dell'esigibilità e liquidità del credito, dall'altro, tuttavia, esso manca di fornire qualsivoglia indicazione in merito a quale concretamente sia l'aspetto che tale specificazione normativa intenderebbe "rafforzare", così che, lasciandosi piuttosto abbagliare dai ragionamenti con tutt'altro *animus* svolti dalle sez. un., il provvedimento, disciogliendo il senso di tale autonomo requisito entro l'esperata dimensione di una strumentalità la cui "attitudine causale" potrebbe dirsi appunto integrata solo a fronte di una fattispecie procedimentale pienamente compiuta, finisce, di fatto, per negare *tout court* la compatibilità della previsione con la corresponsione d'acconti, ciò che per noi invece costituisce, per quanto più sopra spiegato, l'oggetto precipuo di tale ulteriore specificazione cautelativa.

Infine, e parimenti, l'App. Milano va criticato per aver replicato, anch'esso acriticamente mutuandolo dai ragionamenti delle sez. un., quell'indebita estensione della rilevanza "causale" del rapporto di consecuzione procedurale all'interno del quale, unicamente, potrebbe dirsi apprezzabile l'inerenza funzionale dell'*opus* professionale all'interesse finale dei creditori, laddove, come pure abbiamo creduto di chiarire, non è questa la corretta prospettiva finalistica da doversi considerare allorquando si tratti di riempire d'adeguato senso relazionale il requisito della "strumentalità all'accesso" *ex art. 67, c. 3, lett. g), l. fall./166, c. 3, lett. g), c.c.i.i.*

7. Per un ritorno dalla *causa concordati* alla *causa contractus*, nel prisma della funzione di “regolazione della crisi”

All’esito del nostro *excursus*, ci sentiremmo di ribadire la già manifestata impressione¹⁷⁰ che nell’applicazione giurisprudenziale di schemi di ragionamento – per così dire – *orientati alla causa* (anche) al fine della determinazione del senso relazionale della “strumentalità all’accesso”, possa scorgersi, come già da tempo denunciato dalla dottrina, una tangibile manifestazione di aspetti problematici innanzitutto attinenti alla stessa esportabilità di una categoria elaborata in relazione al negozio giuridico sul piano di un *procedimento giudiziario*, qual è il concordato preventivo, per quanto caratterizzato da decisivi elementi di rilievo negoziale¹⁷¹.

Ora, è bensì vero che, *in parte qua*, le sez. un. di fine 2021 non si sono spinte sino a realizzare un trapianto che, muovendo dalla concezione del procedimento quale «serie di atti concatenati, compiuti da diversi soggetti (privati e organi pubblici) stimolati da moventi diversi ma cooperanti in definitiva ad un risultato finale unico», abbia preteso di ancorare la “funzionalità”¹⁷² ad una «causa giuridica comune a tutti gli atti-momenti e quindi all’intero procedimento»¹⁷³, posto che, su questo punto, il ragionamento parrebbe essersi per vero arrestato ben prima, rimanendo la richiesta correlazione tra prestazione del terzo e procedimento concordatario apparentemente confinata sul piano della concretizzazione della sola possibilità di conseguimento delle “finalità istituzionali” del secondo, ossia alla pronuncia del decreto di ammissione quale “atto-momento” diretto ad aprire, così generando una sorta di oggettiva *utilitas* procedimentale, la strada alla decisione dei creditori¹⁷⁴. Tuttavia, anche a voler seguire questa diversa traccia-suggerzione e, quindi, apparentemente confinando la rilevante valutazione, piuttosto, sul piano della tipicità *strutturale* del concordato¹⁷⁵, il problema, come pure abbiamo visto, è che, secondo la

¹⁷⁰ Cfr. *supra*, 6.

¹⁷¹ Cfr., all’indomani di Cass., sez. un., 23 gennaio 2013, n. 1521, cit., R. SACCHI, *Intervento*, cit., 226; DI MAJO, *Il percorso “lungo” della fattibilità del piano proposto nel concordato*, in *Fallimento*, 2013, 292, rilevando come la pronuncia del 2013 più volte enfatizzasse questo elemento di riferibilità della “causa concreta” non già «alla singola proposta – negozio», bensì, appunto, «al procedimento di concordato», e ritenendo che, in questo modo, tale decisione abbia bensì realizzato un’indubbia innovazione, ma anche un’operazione assai delicata, in quanto proprio nell’innesto di «un [tale] elemento *funzionale*» sul piano del procedimento sarebbe da individuarsi il profilo «più esposto a “strumentalizzazioni”».

¹⁷² Dalla quale, come visto, il significato della “strumentalità all’accesso” è stato ricavato quasi per gemmazione (*supra*, 6.1).

¹⁷³ Abbiamo tratto la definizione da N. JAEGER, *Il fallimento e le altre forme di tutela giurisdizionale*, in *Trattato Grosso - Santoro Passarelli*, Milano, 1964, 61.

¹⁷⁴ Salvi fatti i dubbi, parimenti segnalati, con riguardo all’ipotesi di sopraggiunta revoca della stessa ammissione (*supra*, 5.3).

¹⁷⁵ Il che, però, nella soluzione ricostruttiva adottata dalle sez. un., è argomentazione che pare recare implicita (ed anzi propriamente fungere da utile strumento retorico-argomentativo per

concezione della Corte cass., rimane comunque ineludibile un aggancio alla dimensione propria del *processo (concorsuale)*, sì che di questa (apparentemente) più lata dimensione tipologica, alla fine, entra inevitabilmente a far parte anche un novero di elementi di natura squisitamente organizzativa la cui “non-discontinuità”, a sua volta definita muovendo dal riconsiderato fenomeno della *consecutio proceduralium*, viene elevata a condizione essenziale a fini di traslazione procedimentale di qualsivoglia elemento di funzionalità della prestazione professionale (altrimenti solo) “privatisticamente” ingaggiata dal debitore¹⁷⁶.

In forza di quanto in precedenza argomentato, ed alla luce della precipua funzione sistemica che intende assolvere la norma che l’istituisce, coerentemente strutturandolo quale nesso di *secondo grado*¹⁷⁷, vorremmo ribadire la convinzione che il requisito della “strumentalità all’accesso” non possa – e non debba – esser richiesto di partecipare, diversamente da quanto ora avviene, *de jure condito*, sul versante della prededuzione¹⁷⁸, della dimensione organizzativa (e “finalistico-istituzionale”) propria di una tale concezione della “funzionalità”, eccentrica mostrandosi, rispetto al piano d’intersezione ordinamentale sui cui la rilevante fattispecie propriamente si colloca, la pretesa che l’iniziativa negoziale del debitore si protragga sino ad un provvedimento giudiziale consacrante l’ingresso dell’impresa entro detta dimensione. Questa impostazione va per noi respinta in quanto frutto di una non condivisibile *Inversionmethode*; così come, sul piano dommatico, va di conseguenza respinta la proposta dottrinale di edificare, sulla scorta del *decisum* delle sez. un., la categoria dei «*contratti professionali prodromici all’ammissione dell’impresa ad una procedura concorsuale*» muovendo proprio dal convincimento che il decreto d’ammissione costituisca uno «snodo cruciale della relazione tra la causa in concreto del contratto professionale e la causa della procedura»¹⁷⁹. Infatti, per quanto si debba senza dubbio colorare il rapporto tra

operare) una chiara svalutazione della “funzionalità” della fase preconcordataria. È un po’ come se, spostando “avanti” il *tipo*, ciò che rimane “dietro” non possa ancora esibire *causa* rilevante alcuna: in altre parole, per le sez. un., la fase pre-ammissione è, in questo senso – cioè, dal punto di vista del *procedimento e delle relative finalità* – “a-causale”, non appartenendogli alcuna rilevante componente di relazionalità, a ciò non bastando quella “astrattamente” preparatoria dei suoi “scopi”. In diverso senso, *ri-valorizzando* il valore dell’“atto-momento” della domanda, cfr. invece Cass., 22 gennaio 2022, n. 215, in *NJus.it*.

¹⁷⁶ Per la sottolineatura dell’assoluta centralità della «*nozione organizzativa*» della consecuzione» nel complessivo impianto motivazionale delle sez. un., cfr. anche SERRA, *Il riconoscimento*, cit., 273 ss.

¹⁷⁷ Cfr. *supra*, 6.

¹⁷⁸ Sul piano dello *jus positum*, appare inoltre significativo segnalare come la l. delega n. 155/2017 solo con riguardo alla prededucibilità dei crediti professionali richiedesse, in effetti, di sancire un riconoscimento condizionato all’apertura della procedura concordataria [art. 6, c. 1, lett. c)], sì che la mancanza di analoga indicazione rispetto alla disciplina in tema di revocatoria acquisisce rilevanza ancor maggiore a fronte del criterio direttivo generale che chiamava il legislatore delegato a «riformulare le disposizioni che hanno originato contrasti interpretativi, al fine di favorire il superamento» [art. 2, c. 1, lett. m)].

¹⁷⁹ CASA, *La “quadratura del cerchio”*, cit., 8, nt. 24.

debitore e professionista nel segno “concreto” d’una *funzione* – quella di *regolazione della crisi*¹⁸⁰ –, nulla tuttavia autorizza, a cospetto di un dato positivo che istituisce una clausola *apertis verbis* qualificata da una proiezione teleologica decisamente più limitata, a considerare detta prestazione sprovvista – riprendendo le parole della stessa Corte cass. – di rilevante “attitudine causale” se non entro la surriferita dimensione organizzativo-procedimentale.

Così facendo, si finisce per obliterare proprio il dato più significativo sul piano sistematico, ossia quello per cui la tutela riservata al professionista dalla norma di esenzione dalla revocatoria è per l’appunto istituita in ragione di un criterio connettivo la cui portata trovasi, nella legge, indicata in modo specifico rispetto al dipanarsi della sequenza che, dal punto di vista della procedimentalizzazione degli atti e dei comportamenti (privati e pubblici) tesi al soddisfacimento dei finali interessi presupposti, globalmente avvince i tre referenti giuridici dell’obbligazione, del negozio e della (procedura / strumento di) regolazione della crisi, proprio qui annidandosi, peraltro, l’equivoco in ordine alla possibile “trasformazione” surrettizia dell’obbligazione del professionista in obbligazione “di risultato” e, più precisamente ancora, l’impressione che, pur qualificata dalle sez. un. come obbligazione di mezzi ai fini dell’ammissione al passivo del credito (e dunque del riconoscimento del diritto al concorso), ai fini del conseguimento del particolare trattamento distributivo detta obbligazione sia stata invece trattata come «un’obbligazione di risultato “al cubo”», nel senso che «il risultato cui si guarda non è quello della prestazione del professionista ma quello *della procedura in sé*»¹⁸¹. Viceversa, occorre abbandonare tale sorta di prospettiva di

¹⁸⁰ E, dunque, di un valore relazionale che porti *dentro* il giudizio una valutazione comparativa tra l’interesse sacrificato e quello realizzato con il compimento dell’atto che, nella *giusta misura*, rendendo il professionista un creditore (parzialmente) “diseguale”, tale interesse è ammesso a sacrificare nel contesto di una prospettiva assiologica evidentemente più ampia rispetto a quella condensata nel (la lettura aintindennitaria delle discipline realizzative del) principio della *par condicio creditorum*. Sul punto torneremo *infra*, 7.1.

¹⁸¹ Così MARINUCCI, *La Cassazione*, cit., 424 s. (corsivo ns.). Torna qui oltremodo utile richiamarsi agli insegnamenti di MENGONI, *Obbligazioni di “risultato” e obbligazioni di “mezzi”*, in *Riv. dir. comm.*, 1954, I, 188 ss., allorché – seppur su di un piano solamente descrittivo, ma comunque a difesa del «momento di verità» riconosciuto presente nelle distinzioni tradizionalmente operate dalla dottrina francese (e cfr., di recente, l’approfondita analisi di DE LORENZI, *Diligenza, obbligazioni di mezzi e di risultato*, in *Contr. impr.*, 2016, 457 ss.) –, l’illustre Maestro chiariva che i concetti di “mezzo” e di “risultato” sono necessariamente relativi perché, se ogni obbligazione ha ad oggetto la produzione di un risultato di utilità per il creditore (art. 1174 c.c.), ciò che conta è definire se, dal punto di vista della rilevante sequenza teleologica, nell’attività dovuta dal debitore sia ricompresa anche la produzione del risultato concreto finale capace di realizzare l’interesse creditorio primario, ovvero se, al contrario, la misura del “dover avere” del creditore sia «circoscritta ad un *interesse strumentale*, ad un *interesse di secondo grado*, che ha come scopo immediato un’attività del debitore capace di promuovere l’attuazione dell’interesse primario», sì che, in tal caso, «il risultato dovuto», pur potendo rappresentare «già un risultato quando sia considerato in sé stesso», in realtà «*non è che un mezzo nella serie teleologica che costituisce il contenuto dell’interesse primario del creditore*» (corsivi ns.). Muovendo da ciò, e pur potendo di principio convenirsi con chi ha rilevato come, nell’arresto delle sez. un., la pronunzia del decreto d’ammissione non sia stata invero elevata a “risultato minimo” preteso dal

Insolvenzverfahren an sich, e, dal piano della procedura – e della *causa concordati* –, ritornare al piano del *negozio*¹⁸², donde poi proceder da qui a dar rilievo alla dimensione innanzitutto – e per così dire – “civilistica” della funzione di regolazione della crisi¹⁸³, e, dunque, ai suoi possibili riflessi sulla stessa *causa contractus*¹⁸⁴; e ciò al fine precipuo di ricostruire, in accordo alle norme e nel rispetto dei valori tutti del sistema, una ragionevole progressione (se si vuole, idealmente: *strumentalità all’accesso – funzionalità – occasionalità*) nello sviluppo del rapporto che si dà (*rectius*, può darsi) tra dimensione negoziale e dimensione organizzativo-procedimentale di tale funzione e dei relativi riflessi – allora necessariamente diversificati – sui singoli “atti-momenti” per il cui tramite essa

professionista perché la di lui prestazione possa considerarsi correttamente adempiuta, bensì considerata, piuttosto, quale requisito procedurale d’integrazione della “causa” del concordato (cfr. *supra*, nt. 123), ci pare però che una tale constatazione, anziché chiudere, valga, tutt’al contrario, ad aprire uno spazio problematico entro cui riconoscere che, proprio per far posto all’elemento della causa sul piano della propugnata concezione procedimentale, si da indefettibilmente ancorare all’“atto-momento” del provvedimento giudiziale quell’*utilitas* unicamente considerata in grado di mutare *in melius* il trattamento distributivo del credito professionale, la Suprema Corte si periti a “spingere in avanti” (quasi a voler sgombrare il campo da ogni equivoco, ma proprio con ciò, come visto, in realtà contribuendo ad alimentarlo ulteriormente) la diversa nozione di “risultato” invece rilevante entro la sequenza teleologica che, sul piano delle situazioni soggettive di pertinenza del rapporto obbligatorio individuo, mira a far conseguire al creditore quel *quid* che invero sempre si colloca oltre il mero atto del debitore, ma che può appunto porsi come “mezzo” o ovvero come “risultato” a seconda di quale sia il termine finale della serie teleologica presa a riferimento. E ciò, specificamente, la Suprema Corte fa allorquando afferma che, per giungere a sostenere che quella del professionista sia un’obbligazione di risultato, occorrerebbe invero postulare che da lui s’esigesse un *quid* «pari al successo pieno della procedura»: come se dedotta *in obligatione* potesse mai essere la stessa “regolazione della crisi”, la quale, invece, è la *funzione normativa* che, perseguendo interessi generali e non potendo perciò esser frustrata dalle determinazioni negoziali e dai comportamenti dei privati, tali determinazioni e comportamenti giustappunto mira, secondo adeguata progressione, a “funzionalizzare” ai propri scopi (cfr. *infra*, nel testo).

¹⁸² Cfr. MACARIO, *La funzione del contratto nella gestione della crisi: atti di autonomia privata e attività d’impresa*, in *Questione giust.*, 2019, 179 s., 188, che già sollecitava, rispetto all’inveterato *habitus* di enfatizzare la «valenza pubblicistica (e, di conseguenza, prevalentemente procedurale)» dell’esecuzione concorsuale, un “ritorno” alla *causa contractus* onde valorizzare la «funzione effettiva» dell’atto di autonomia privata «nel contesto della crisi d’impresa».

¹⁸³ Cfr., diffusamente, GALLETTI, *Il contratto*, cit., *passim*.

¹⁸⁴ Semmai recuperando alla riflessione – sulla scorta dell’insegnamento di Salv. ROMANO, *Introduzione allo studio del procedimento giuridico nel diritto privato*, Napoli, (rist.) 2021, 109 ss. – bensì l’elemento della procedimentalizzazione, ma innanzitutto cogliendolo nella dimensione del relativo contributo alla comprensione degli «aspetti di rapporto e di collegamento tra procedimenti privati e rilevanza statale», ossia nella prospettiva propria del dinamico dispiegarsi dell’autonomia privata rispetto, da un lato, alla rilevanza dei «moventi collegati con lo scopo» – ciò che appunto acquisisce rilievo nella dimensione del «procedimento» quale elemento dinamico «che opera come propulsore di ogni attività verso un risultato» –; e, dall’altro lato, della aderenza alle «regole conformatrici dello Stato», il quale «con la sua valutazione causale, inizialmente limitata a strutture di atti e negozi, cioè ad elementi obiettivi, e partendo da questi», poi giunge ad investire «proprio l’intento, come svolgimento attivo del movente teleologicamente legato al fine, in quanto tradotto in azione e in risultati (atti, effetti)».

viene (*rectius*, può venire) estrinsecandosi¹⁸⁵, laddove, in un ormai acclarato contesto di “concorsualità liquida”, il richiesto approccio funzionale non può che produrre notevoli conseguenze sulla tenuta d’ogni ragionamento che invece pretenda di mantenersi entro confini rigorosamente tipologici¹⁸⁶.

Crediamo, pertanto, che, anche con riguardo ai contratti professionali volti a contribuire alla regolazione della crisi del debitore committente, della “causa” vada innanzitutto recuperata la valenza di congegno per la verifica di rispondenza delle attribuzioni patrimoniali realizzate tra privati alla *razionalità economica* postulata dall’ordinamento quale *oggettivo sistema d’ordine*, come tale esterno alla volontà dei paciscenti, e di cui, essenzialmente, è comandata l’osservanza in ragione dell’*effettività* dello specifico contesto regolatorio-disciplinare entro cui i conseguenti spostamenti di ricchezza sono destinati a realizzarsi¹⁸⁷. Razionalità che, una volta declinata “in concreto”, tenendo cioè conto della sintesi degli interessi – *individuali* e *collettivi* – che s’intendono realizzare, anche in via mediata, attraverso la complessiva operazione economica da imbastire per regolare la crisi dell’impresa quale “fatto sociale”¹⁸⁸, ci porta a concludere nel senso dell’indubbia

¹⁸⁵ In giurisprudenza, con impostazione prossima alle posizioni espresse nel testo, cfr. Cass., 4 maggio 2018, n. 10752, cit., focalizzando il ragionamento sulla conformità dell’obbligazione e dell’operato del professionista ad una «razionalità economica» intesa quale concreta capacità di contribuzione al «normale raggiungimento di risultati oggettivamente apprezzabili che, concorrendo altri fattori, possono condurre a quelli finali attesi dal debitore» (corsivo ns.).

¹⁸⁶ Cfr., al riguardo, D’ATTORRE, *La concorsualità “liquida” nella composizione negoziata*, in *Fallimento*, 2022, 301 ss., il quale, rispetto al tradizionale «inquadramento tipologico del fenomeno [concorsuale]», rileva come, nell’esperienza del nostro ordinamento, il passaggio da una «classificazione “binaria” alla descrizione della concorsualità come qualificazione “liquida”», in quanto tale capace di determinare «contaminazioni applicative fra varie fattispecie non più astrette dai precedenti vincoli classificatori», sia stato avviato proprio con l’introduzione dei piani attestati di risanamento ex art. 67, c. 3, lett. d), l. fall., «per i quali una tipica regola concorsuale, o comunque idonea a determinare invasivi effetti concorsuali, è stata introdotta all’interno di un istituto di natura non concorsuale» (e cfr., ai fini della rilevanza di tale constatazione rispetto ai problemi affrontati nello scritto, *supra*, ntt. 98, 149 e 153, e parti di testo corrispondenti). Da ultimo, cfr. anche SPIOTTA, *Evoluzione del diritto concorsuale e modello concordatario: unitarietà o pluralità?*, *ivi*, 2023, 872.

¹⁸⁷ E cfr., per qualche utile spunto, MEO, *La responsabilità nella composizione negoziata della crisi*, in *Dir. fall.*, 2023, I, 850 ss.

¹⁸⁸ MAZZONI, *La responsabilità gestoria per scorretto esercizio dell’impresa*, in AA.Vv., *Amministrazione e controllo delle società. Liber amicorum Antonio Piras*, Torino, 2010, 818 s.; e cfr., adesso, LEUZZI, *L’evoluzione del valore della continuità aziendale nelle procedure concorsuali*, in *Nuove leggi civ.*, 2022, 480; TAROLLI, *Le tendenze evolutive della crisi d’impresa: verso un (nuovo) modello di accordo socialmente orientato*, in *Giur. comm.*, 2023, I, 468 ss. La prospettiva che guarda alla funzione di “regolazione della crisi”, peraltro, ci pare anche suggerire la necessità d’approssimarsi ad una nozione di “causa concreta” piuttosto vicina a quella sostenuta da C.M. BIANCA, *Diritto civile, 3. Il contratto*, Milano, 1987, 425 ss.; e, dunque, ad una concezione che, sollecitando un sindacato sulla razionalità dello schema contrattuale per tramite del vaglio di meritevolezza dell’operazione e dell’ascensione diretta ai “principi”, appare innanzitutto rivolta all’apprezzamento della ragione pratica dell’atto di autonomia in chiave di relativa “utilità sociale”. Cfr., tra gli altri, ACHILLE, *Metodo dell’interpretazione contrattuale e diritto effettivo*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, 177 s., ove la sottolineatura dell’esigenza di distinguere, allorché alla “causa concreta” per l’appunto ci si voglia riferire, l’impostazione da

capacità già di questa prima dimensione (se vuol dirsi: “sostanziale”) della “causa” ai fini di un decisivo arricchimento teleologico della cooperazione demandata al professionista: egli, nel contrattare col debitore “in crisi”, non potrà non tener conto, pena la reazione dell’ordinamento giuridico, della rilevante modificazione dei principi – essi stessi, in verità, già in certo senso muniti di preminente rilievo “organizzativo” – attinenti alla gestione e alla circolazione delle risorse (ormai per vero solo formalmente di esclusiva pertinenza) di questi¹⁸⁹.

Così che il riconoscere, sullo sfondo del graduale estrinsecarsi della funzione di regolazione della crisi, una razionalità sistemica che, in termini oggettivi, si determina nei servizi che si scambiano e nella ricchezza – prospetticamente “collettiva” – contro cui si scambiano, consente di avvedersi di come, a cospetto di questo incedere, non vi sia affatto un nuovo “quid” (= il “contratto professionale prodromico all’accesso ad uno strumento di regolazione della crisi”) che, mercé l’intermediazione del provvedimento giudiziale, debba necessariamente giungere a prendere il posto del “quid” precedente, ma vi è, invece, sempre il medesimo “quid” (= il contratto d’opera intellettuale tra debitore e professionista) che viene scrutinato sulla base di un parametro più esteso della mera razionalità economica dello scambio bilaterale¹⁹⁰.

ultima richiamata da quella della causa quale funzione “economico-individuale” che, invece, fu propria di G.B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1968.

¹⁸⁹ Il che, a ben vedere, è argomentabile proprio muovendo da quei “principi generali” – a cominciare da quelli di buona fede e correttezza – ora oggetto d’una “codificazione” qui non certo priva di rilevanza, atteso che sulla posizione del professionista – qualificato “creditore di parte” – non potrebbe che aversi sicura rifrazione dei canoni d’una gestione – quella dello stesso imprenditore committente – di per sé già “funzionalizzata” alla considerazione di interessi “altri” [arg. ex art. 4, c. 2, lett. c), c.c.i.i.]: cfr. GALLETTI, *Il contratto*, cit., 891 ss.; FABIANI, *Effetti dell’autonomia*, cit., 3. Nella dottrina civilistica, per la sottolineatura dell’orientamento che nella buona fede ormai scorge non solo più una mera fonte d’integrazione del contratto, bensì – ed anzi soprattutto – un limite all’autonomia privata, operando quale «strumento di controllo [...] della congruità causale del contratto», cfr. IZZI, *Nuovi orientamenti giurisprudenziali in tema di causa del contratto*, in *Riv. dir. comm.*, 2007, I, 506 ss. Cfr., inoltre, FRANCO, *La disputa intorno alla distinzione tra obbligazioni di mezzi e di risultato si rinnova: dalla dogmatica al nesso di causalità. L’“esatto” adempimento e gli obblighi di protezione*, in *Rass. dir. civ.*, 2022, 92 ss., spec. 122 ss., a parer del quale, con riguardo alle obbligazioni professionali, si starebbe assistendo ad una ricollocazione giurisprudenziale dell’interesse del creditore al conseguimento del risultato della prestazione «“al di fuori” dell’obbligazione, ma “nella” la causa del contratto», con conseguente esaltazione tanto della tematica degli obblighi di protezione, quanto dei servizi interpretativi che proprio la buona fede appare capace di rendere nella prospettiva della «realizzazione “esatta” del complessivo assetto di interessi sotteso all’obbligazione».

¹⁹⁰ Cfr., attorno alla necessità d’individuare con sufficiente precisione il «concetto di razionalità», di per sé «metagiuridico e relativo», sì da poterlo effettivamente elevare a «termine di giudizio obiettivo», STEFANELLI, *La parabola della causa*, in *Pers. merc.*, 2014, 229 ss., ove, tra le altre cose, viene sottolineato l’utile servizio che, nell’ambito delle riflessioni sulla “causa concreta”, può rendere il riferimento «al contesto interpretativo dell’operazione [economica]», ove il richiamo, naturalmente, va agli studi di GABRIELLI, ora raccolti in *Operazione economica e teoria del contratto*, Milano, 2013; ID., *Studi sui contratti*, Huérfanos, 2023, 531 ss.; e cfr., quanto alla materia che qui

Difatti, la prospettiva decisamente *regolatoria* del diritto della crisi d'ultima generazione¹⁹¹, proprio perché impone di ragionare in termini squisitamente *funzionali*, collocando le norme sui comportamenti e sugli atti in una dimensione maggiormente attenta «alle c.d. esternalità [del] rapporto individuale» così da attribuire «centralità al contesto [...] che precede e segue l'atto»¹⁹², consente anche di meglio comprendere – e perciò di sistematizzare – i caratteri (e le condizioni) di una “disegualità” distributiva che, tratto invero ormai endemico al diritto concorsuale della post-modernità¹⁹³, nel nostro specifico caso interessa il rapporto tra l'atto di autonomia privata (e i relativi comportamenti esecutivi), l'impresa “in crisi” e, appunto, il creditore-professionista a termini degli artt. 67, c. 3, lett. g), 1. fall. e 166, c. 3, lett. g), c.c.i.i., i quali ultimi – *quoad effectum* – vanno propriamente intesi alla stregua di congegni rivolti a regolare, mercé l'imposizione di certi precisi attributi allo scambio singolare, processi di efficiente allocazione di risorse per l'appunto destinate alla complessiva sistemazione della crisi (e cfr., *praecipue*, l'art. 18, parr. 1 e 4, dir. 1023/2019)¹⁹⁴, così che, anche alla luce del dovere di solidarietà e del principio di ragionevolezza (artt. 2 e 3 Cost.)¹⁹⁵, il corrispondente

interessa, DE SENSI, *Operazione economica e contratto nella composizione negoziata della crisi*, in *Giustiziacivile.com*, 13 aprile 2022, 8 ss.

¹⁹¹ In generale, attorno al c.d. “diritto privato regolatorio”, cfr. ZOPPINI, *Diritto privato generale, diritto speciale, diritto regolatorio*, in *Ars interpretandi*, 2021, 37 ss., spec. 39, secondo il quale, con detta formula, può indicarsi «in modo stipulativo [...] quella parte della normativa», per lo più di origine comunitaria, che intendere «corregge[re] l'autonomia privata, rendendola funzionale agli obiettivi della tutela dell'integrità del mercato»; sul tema, da ultimo, SIRENA, *Autonomia privata e regolazione del mercato nella disciplina dei contratti d'impresa*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2023, I, 509 ss., spec. 523 s.; con riguardo alla crisi d'impresa, cfr. TAROLLI, *Le tendenze*, cit., *passim* e spec. 475 ss.

¹⁹² RICCIUTO, *Regolazione del mercato e “funzionalizzazione” del contratto*, in *Studi in onore di Giuseppe Benedetti*, Napoli, 2008, 1616, 1629.

¹⁹³ Cfr., ampiamente, FABIANI, *Il diritto diseguale nella concorsualità concordataria postmoderna*, in *Fallimento*, 2022, 1485 ss.

¹⁹⁴ Cfr., in direzione analoga, TAROLLI, *Le tendenze*, cit., 480, il quale dapprima nota come, nella nostra materia, al processo di «funzionalizzazione del contratto a fini generali» siasi inevitabilmente accompagnato un processo inverso di «destrutturazione (e [anzi] quasi di “smitizzazione”») delle procedure concorsuali quali strumenti tradizionalmente rivolti al perseguimento di tali fini, per poi osservare come, in tale prospettiva, le “devianti” previsioni sulle esenzioni dalla revocatoria e sulle prededuzioni altro non siano che il portato della ricerca, da parte dell'ordinamento, «delle migliori combinazioni (necessariamente ibride) per raggiungere [...] scopi [che], in termini pragmatici, sono rivolti alla migliore efficienza allocativa che necessariamente deve perseguire un moderno diritto della crisi d'impresa».

¹⁹⁵ Cfr. FABIANI, *Il valore della solidarietà nell'approccio e nella gestione delle crisi d'impresa*, in *Fallimento*, 2022, 5 ss.; SPIOTTA, “Utilità solidale” nel codice della crisi: un ossimoro solo apparente, in *Ristr. aziendali*, 6 settembre 2023. Da ultimo, con specifico riguardo alla prededuzione, cfr. le stimolanti riflessioni di BASSI, *Premesse*, cit., 726 s.; mentre, per ciò che invece concerne la materia revocatoria, cfr. già BERTACCHINI, *Gli effetti del fallimento sugli atti pregiudizievoli ai creditori*, in AA.VV., *Manuale di diritto fallimentare*, Milano, 2011, 217, 232, discorrendo dell'avvenuto innesto, per tramite del nutrito elenco di esenzioni, di una componente «pseudo-indennitaria» sull'originaria «struttura di matrice antindennitaria».

status di creditore “diseguale” si giustifichi – e possa allora risultar protetto – se – ed in quanto – conseguito al “giusto prezzo”¹⁹⁶.

Si tratta, insomma, di trovare l'*axia* – ossia, appunto, la *misura* – entro cui il pagamento, anziché quale “mero” costo a carico dei creditori (fatti) “uguali”¹⁹⁷, operi alla stregua di un impiego di risorse capace, ferme le ineliminabili alee proprie d’ogni “investimento” della specie, di contribuire alla realizzazione della funzione sociale che, per dirla assai in breve, orienta – in una *prospettiva di mercato*¹⁹⁸ – il contemporaneo di diritto della crisi d’impresa alla ricerca soluzioni collettivamente efficienti (anziché individualisticamente massimizzanti), a tale obiettivo allora funzionalizzando lo stesso soddisfacimento dei creditori¹⁹⁹, ivi compreso, naturalmente, il trattamento da riservare alle riconosciute ipotesi di distribuzione asimmetrica²⁰⁰.

¹⁹⁶ Cfr., proprio con riguardo all’art. 67, c. 3, lett. g), 1. fall., GALLETTI, *Non si vive*, cit., 30, richiamandosi all’“equità”. Nella civilistica, per i percorsi che, dalla “causa in concreto”, hanno condotto alla teorizzazione del “contratto giusto”, cfr., senza alcuna pretesa di completezza, IZZI, *Nuovi orientamenti*, cit., 506 s., testo e nt. 52, ove altri riff.; in prospettiva più ampia, cfr., ancora di recente, PERRONE, *Dottrina del giusto prezzo e diritto contemporaneo dei contratti. Alcune riflessioni preliminari*, in M. CAMPOBASSO et al. (diretto da), *Società, banche e crisi d’impresa*, t. 1, Torino, 2014, 81 ss.; RORDORF, *Autonomia negoziale e “giustizia del contatto” in tempo di pandemia*, in *Quest. giust.*, 2 marzo 2022; ID., *Interferenze tra diritto della crisi e dell’insolvenza e diritto dei contratti*, in *Dirittodellacrisi.it*, 28 gennaio 2022.

¹⁹⁷ Cfr., anche sotto questo profilo, le assai incisive osservazioni di BASSI, *Premesse*, cit., 726.

¹⁹⁸ Cfr. il Considerando 16 della dir. 2019/1023.

¹⁹⁹ Cfr., per l’evidenziazione di questi nessi, diffusamente, FABIANI, *Il diritto diseguale*, cit., 1492 ss., che parla di «transito verso una visione collettiva del risultato di mercato» tra i due poli della salvaguardia della continuità aziendale e della tutela del credito.

²⁰⁰ Queste considerazioni offrono occasione per un ultimo rilievo critico. Nella fase attuale, infatti, la connotazione “regolatoria” del diritto della crisi, lasciando emergere forme affatto inedite della presenza pubblica rispetto alle tradizionali tecniche di formazione dell’“accordo” (e cfr., emblematicamente, l’attuale art. 92, c. 3, c.c.i.i.), e proprio con ciò invero superando la secca contrapposizione tra concezioni “privatistiche” e concezioni “pubblicistiche” delle procedure concorsuali, determina soluzioni affatto particolari non solo con riguardo alle *regole di distribuzione*, a monte altresì coinvolgendo, specie quando in ballo sia la continuità aziendale, le stesse *regole di formazione del consenso*. Sicché, in certa misura “sfasata” rischia di risultare, alla luce del nuovo sistema, l’operazione ermeneutica compiuta dalla Corte cass. al momento di identificare le essenziali “finalità istituzionali” del concordato preventivo, cui il decreto d’ammissione permetterebbe di dar sicuro sfogo sul piano procedimentale, attraverso il riferimento ad elementi di “organizzazione” e di “decisione/valutazione” di un ceto creditorio il cui trattamento, per la verità, risulta, sotto entrambi i profili, ormai esso stesso funzionalizzato a più “alti” obiettivi regolatori, così come chiaramente dimostra l’altrimenti “sconvolgente” disciplina della c.d. *ristrutturazione trasversale*, ove sembra mancare proprio l’elemento dell’accettazione da parte dei creditori, la fattispecie fondandosi, piuttosto, sull’individuazione, per parte del legislatore, delle condizioni di razionalità economica minima sulla cui base istituire la possibilità giuridica di regolare la crisi *nonostante* il mancato supporto del “ceto” (*id est*, della maggioranza), laddove, poi, il profilo della “convenienza”, peraltro ridotto a mera “assenza di pregiudizio” rispetto all’alternativo scenario liquidatorio, viene invece relegato sul piano delle tutele oppositive individuali. Cfr., ampiamente, D’ATTORRE, *Dal principio di maggioranza al principio di minoranza*, in *Fallimento*, 2023, 309; DONATI, *Il requisito del “sostegno minimo” dei creditori per l’omologazione del concordato in continuità: una prima*

7.1. (Segue). Il compenso del professionista e la portata dell'esonazione dalla revocatoria alla luce degli individuati principi

Tanto osservato sul piano generale, e tenuto pure conto che il discorso giurisprudenziale relativo alla valorizzazione (delle prospettive ermeneutiche suggerite dalla considerazione) della “causa concreta”, in effetti, è da tempo penetrato anche nello specifico terreno degli atti pregiudizievoli per i creditori dell'insolvente²⁰¹, riterremmo che, muovendo dalla surriferita prospettiva funzionale, l'operatività della quivi rilevante fattispecie d'esonazione dalla revocatoria concorsuale esiga un vaglio nel contesto della complessiva operazione di sistemazione della crisi intrapresa dal *solvens*, così che l'ingaggiata prestazione professionale e il pagamento ricevuto dall'*accipiens* risultino iscrivibili entro un paradigma esibente un intelligibile rapporto di *regolarità comportamentale e coerenza contenutistica* tra il perseguimento dello scopo normativamente rilevante (= l'accesso alla regolazione della crisi), i mezzi prescelti per perseguirlo (= l'opera acquisita e le relative le condizioni d'ingaggio) e le concrete conseguenze che a tali mezzi sono, *ex ante*, in concreto accreditabili²⁰².

Il suggerito percorso ermeneutico consente, allora, di provare a riconciliare le soluzioni pratiche con gli individuati principi di sistema e di comprendere che l'introduzione di un elemento di controllo della “congruità causale” nella

(errata) applicazione dell'art. 112, c. 2, lett. d) CCII, *ibid.*, 802 ss.; VATTERMOLI, *Ristrutturazione trasversale dei debiti*, in *Giur. comm.*, 2023, I, 807 ss.; FABIANI, *Il diritto diseguale*, cit., 1490 ss.

²⁰¹ Ci riferiamo a Cass., sez. un., 18 marzo 2010, n. 6538, in *Giur. it.*, 2010, 2081 ss., con nota di SPIOTTA, *La “causa concreta” del pagamento da parte del fallito di un debito altrui* (a tale precedente da ultimo pure si richiama Cass., 9 settembre 2020, n. 23140, in *UniJuris.it.*), ove, di là dalla fattispecie specificamente scrutinata (si trattava di qualificare l'adempimento del terzo come atto gratuito ovvero oneroso), s'è valorizzato il rapporto tra «scopo pratico del negozio» e «sintesi degli interessi» nella cornice interpretativa dell'«operazione economica» si come risultante da elementi concreti quali «[l] entità dell'attribuzione, [la] durata del rapporto, [la] qualità dei soggetti», di modo che sia possibile verificare, oltre la mera «ottica del rapporto bilaterale tra chi attua l'attribuzione e [chi] la riceve», l'effettiva compatibilità tra la «funzione individuale» ascrivibile alla specifica negoziazione e il nugolo degli interessi rilevanti in vista dell'adeguatezza del regime normativo della cui applicazione si tratta appunto di decidere alla luce della «causa come funzione concreta del contratto».

²⁰² Cfr., per alcuni utili spunti in chiave generale, GALLETTI, *Il contratto*, cit., 900 ss., nonché MACARIO *Il contratto e la causa di regolazione della crisi*, Seminario nell'Università di Trento, 17 ottobre 2023, sottolineando come, diversamente da quanto tradizionalmente accade con la causa quale elemento di struttura del negozio giuridico la cui mancanza determina invalidità, lo slittamento verso la verifica della congruità funzionale dell'atto nel contesto dell'operazione economica in cui esso concretamente s'inserisce, miri piuttosto a determinare altre possibili forme di “rigetto” dell'atto incongruo/irrazionale, le quali poi si specificano a seconda di quale sia il contesto normativo entro cui detta verifica viene condotta. Il che, del resto, nella materia della crisi d'impresa, fu reso subito evidente dalle stesse sez. un. del 2013, le quali – come lo stesso A. ult. cit. osserva – ripiegarono sulla “causa concreta” per respingere, *sub specie* d'inammissibilità, la proposta del debitore ritenuta non idonea a trovare collocazione in una procedura di concordato preventivo sulla base di una valutazione di sistema; e cfr. anche TERRANOVA, *La nuova disciplina*, cit., 640 s.

prospettiva sopra delineata consente di trattare in maniera decisamente più adeguata di quanto fatto dalla commentata giurisprudenza i principali rischi a più riprese sottolineati in dottrina²⁰³. In particolare, una volta che ci si ponga secondo detta prospettiva, solo apparente dovrà considerarsi la distonia, ancora da ultimo segnalata, tra le «rigorose e limitative condizioni» ora sancite con riguardo «al riconoscimento della prededucibilità» e la «generale protezione» invece riconosciuta «ai pagamenti eseguiti dal debitore in crisi per ottenere [i pertinenti] servizi professionali»²⁰⁴: infatti, riempiendo del giusto senso l'interpretazione delle clausole generali che a tutt'oggi strutturano la fattispecie d'esonazione da revocatoria, può giungersi a neutralizzare il rischio che la protezione astrattamente offerta all'atto solutorio finisca per operare alla stregua di un lasciapassare di conegni negoziali e/o post-negoziali “ingiusti” e/o “irrazionali” rispetto allo scopo d'interesse generale²⁰⁵.

Premesso allora che, secondo quanto di recente ben messo in evidenza da alcuni autori, la prospettiva della “causa concreta” può innanzitutto – e naturalmente – interessare profili di struttura del negozio, determinando l'invalidità di quelle clausole con essa radicalmente “dissonanti”²⁰⁶, ma poi anche costituire l'elastico

²⁰³ E cioè, innanzitutto, la possibilità che il compenso del professionista risulti complessivamente sproporzionato perché basato su soli parametri di valore della prestazione e, secondariamente, che il pagamento conseguito finisca per assorbire significativa parte dell'attivo o, comunque, risulti ingiustificato, sotto il profilo dell'adeguatezza e della proporzione, tanto rispetto all'opera effettivamente prestata, quanto con riguardo alla pur sempre necessaria correlazione allo scopo di regolazione della crisi del debitore. Al riguardo, cfr. ancora LIMITONE, *Art. 67*, cit., 862; LIMITONE - REBECCA, *Revocatoria concorsuale*, cit., 973; GALLETTI, *Non si vive*, cit., 30.

²⁰⁴ Così PECORARO, *Art. 6*, in SANTANGELI (a cura di), *Il Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, Milano, 2023, 43, ritenendo che l'asimmetria tra il testo delle due norme potrebbe consolidare nella prassi «una richiesta da parte del professionista di un pagamento quantomeno contestuale all'erogazione del servizio, con effetti distonici da non trascurare».

²⁰⁵ E sono proprio le clausole generali – notiamo *en passant* – che tipicamente (ancorché spesso problematicamente) costituiscono il congegno normativo per il cui tramite la connotazione decisamente “regolatoria” del contemporaneo diritto contrattuale viene in concreto realizzandosi, sì da costituire l'elastico crocevia in cui il tradizionale problema del rapporto tra Stato e cittadino – e, quindi, la sempiterna tensione tra “autorità” e “libertà” – trovasi oggi per l'appunto mediato da una conformazione dell'autonomia privata pensata in funzione del perseguimento di interessi generali. Cfr., *ex plurimis*, SIRENA, *Autonomia privata*, cit., 524; CAPPELLI, *Contratto e principio dello sviluppo sostenibile. Il caso degli Energy Performance Contracts*, in *Riv. quadr. dir. amb.*, 2019, 37.

²⁰⁶ Ed è il caso, in particolare, della clausola sul compenso “a forfait” secondo il *decisum* di Cass., 30 marzo 2018, n. 7974, cit., che ha dichiarato la nullità parziale del contratto d'opera professionale per aver trovato «dissona[n]te] con la causa concreta che ispira l'intera pattuizione negoziale» la clausola che sanciva il diritto del professionista ad incamerare l'intero onorario a seguito del semplice deposito della domanda di concordato “in bianco”, a prescindere dal compimento della complessiva opera di assistenza dedotta ad oggetto delle proprie obbligazioni; pattuizione che la Suprema Corte ha detto invalida rileggendo il principio di «imprescindibile correlazione fra prestazione e corrispettivo» di cui all'art. 2233 c.c., c. 2, c.c., proprio alla luce della «causa concreta del contratto» in quanto rivolto a perseguire la «composizione della crisi» tramite lo «svolgimento di una complessa attività professionale da compiersi nella fase preparatoria e nel corso dell'intera procedura concordataria», sì da tradurre i meri «intenti risanatori dell'imprenditore» in un'«attività risanatoria» oggettivamente capace

parametro funzionale capace di adeguare «l'atto alle ragioni della crisi d'impresa»²⁰⁷; riteniamo di poter giungere alla conclusione che, pur essendo mancata, nonostante gli auspici espressi in letteratura²⁰⁸, e nonostante, per vero, le indicazioni provenienti dalla stessa l. delega, una compiuta regolamentazione *ex ante* della materia dei compensi dei professionisti incaricati dal debitore²⁰⁹, la rilettura della norma di settore alla luce dei principi generali dell'ordinamento e, poi, di quelli propri del diritto della crisi d'impresa, consenta di rendere operanti soluzioni sostanzialmente coincidenti con quelle originariamente immaginate.

Se, infatti, trova piena conferma, nella disciplina generale del contratto d'opera professionale, l'assunto per cui, indipendentemente dalle specifiche modalità di sua determinazione, «la proporzione e la ragionevolezza nella pattuizione del compenso rimangono l'essenza comportamentale» già richiesta allo stesso professionista «fiduciario»²¹⁰, nel diritto della crisi, ove, in forza di quanto in precedenza

di «perseguire i risultati auspicati», e cui certo invece «non si ispira una pattuizione che incida negativamente sugli interessi dei creditori concorsuali» sancendo un «obbligo di pagamento di un corrispettivo fisso a fronte di prestazioni variabili nella loro consistenza». Ciò che è dunque nullo *ex artt.* 1325 e 1419 c.c., precisa ancora la sentenza, non è «l'entità della quantificazione del compenso compiuta dalle parti, bensì la pattuizione di insindacabilità della quantificazione a prescindere dalla consistenza della prestazione resa» in quanto elemento che renderebbe la stessa prestazione del tutto «svincolata dalla ragione concreta perseguita con la conclusione del contratto» (corsivi ns.). È evidente come, in questo caso, ancor prima della verifica d'un qualche nesso di strumentalità capace di giustificare un certo, particolare, effetto redistributivo a favore del professionista, s'abbia a che fare con un problema attinente alla congruità causale dell'attribuzione patrimoniale *qua talis*, apparendo chiaro come essa, nel contesto della regolazione della crisi d'impresa, non possa «prescindere dall'esistenza di limiti legali, che svolgono proprio la funzione di indirizzare l'attività del professionista verso condotte adeguate alla tutela degli interessi protetti» (GALLETTI, *Il contratto*, cit., 918 ss.).

²⁰⁷ Cfr. sempre GALLETTI, *Il contratto*, cit., 898 e *passim*.

²⁰⁸ Cfr. FABIANI, *Il delicato ruolo*, cit., 758; PANI, *La prededuzione*, cit., 17.

²⁰⁹ L'art. 6, c. 1, lett. c), l. n. 155/2017 chiedeva al legislatore delegato di «determinare l'entità massima dei compensi spettanti ai professionisti incaricati dal debitore, da commisurare proporzionalmente all'attivo dell'impresa soggetta alla procedura». E si apprende che, in una delle originarie proposte, con soluzione poi per l'appunto non ricompresa nella versione finale del c.c.i.i., al momento di limitare l'entità massima del compenso commisurandolo in percentuale a certi scaglioni dell'attivo, si sarebbe inteso anche stabilire un tetto percentuale massimo (pari al 25% del presumibile compenso complessivo) alla possibilità di corresponsione di acconti, con conseguente ripetibilità (nel concordato) e revocabilità (nella liquidazione giudiziale successiva) dei pagamenti per importi eccedenti. Cfr. GREGGIO, *La prededucibilità*, cit., 148 s.; LAMANNA, *Il codice*, cit., 108 s.

²¹⁰ Cass., sez. un., 25 novembre 2014, n. 25012, in *Corr. giur.*, 2015, 854, con nota di DAMIANO, *No al patto di "quota-risultato" ... se è sproporzionato: un quasi-caso di correzione della motivazione*; e cfr. anche MONTICELLI, *Regole e mercato*, cit., 540 s., osservando come la norma deontologica richiamata in sentenza (attualmente corrispondente all'art. 29, c. 4, cod. deont. forense, per il quale «L'avvocato non deve richiedere compensi o acconti manifestamente sproporzionati all'attività svolta o da svolgere») sia «chiaramente ispirata all'osservanza delle regole di correttezza e buona fede nella determinazione del contenuto del contratto, regole che, unitamente al dovere inderogabile di solidarietà espresso dall'art. 2 della Costituzione, rappresentano [...] i valori di riferimento». Inoltre, si può qui segnalare come la recentissima l. 21 aprile 2023, n. 49, recante *Disposizioni in materia di equo compenso delle prestazioni professionali*, ponga il canone della proporzionalità a base della stessa

chiarito, la portata teleologica della cooperazione demandata al professionista incaricato dal debitore necessariamente si estende oltre la mera dimensione bilaterale²¹¹, può sostenersi che sia proprio il *principio di proporzionalità* a segnare il momento di giuridica emersione dell'elemento (e del valore) del “collettivo”, detto principio allora arricchendosi, in chiave relazionale, secondo una duplice direzione ulteriore, ossia nel senso che la correlazione del corrispettivo alla “qualità” e “quantità” della prestazione svolta (o da svolgersi²¹²) non potrà non tenere pure conto della consistenza attiva del patrimonio dell'impresa assistita e dello stesso concreto dipanarsi della sequenza che, nelle sue diverse fasi preparatorie e, poi, a seconda dei casi, negoziali e/o processuali, scandisce il progressivo manifestarsi della sua connessione con la complessiva operazione di “regolazione della crisi”. Assunzioni, queste ulteriori, che possono supportarsi valorizzando sul piano ermeneutico – così come la dottrina costituzionalistica ritiene pacificamente ammissibile²¹³ – le stesse previsioni di principio della l. delega²¹⁴, nonché taluni tra i più recenti arresti della giurisprudenza di legittimità, che proprio in quello di proporzionalità hanno individuato il canone deputato a governare le ipotesi di anticipata cessazione dell'incarico professionale²¹⁵.

definizione di compenso “equo” (art. 1, c. 1); cfr. GAZZARA, *La nuova disciplina sull'equo compenso delle prestazioni professionali, con particolare riguardo ai servizi legali*, in *Nuove leggi civ.*, 2023, 569 ss.

²¹¹ Cfr. *supra*, ntt. 189-190 e testo corrispondente.

²¹² Sulla necessaria proporzionalità degli acconti già in forza delle consolidate interpretazioni dell'art. 2234 c.c., cfr. i riff. già offerti *supra*, nt. 168.

²¹³ Cfr., distinguendo tra “principi” e “criteri direttivi”, e riconoscendo ai primi, in quanto rivolti alla disciplina materiale dell'oggetto delegato e non, invece, alla conformazione delle modalità d'esercizio del *potere* delegato, un'immanente normogeneticità pienamente valorizzabile sul piano ermeneutico, DE LUNGO, *Le deleghe legislative inattuato*, Napoli, 2017, 134 ss.

²¹⁴ Chiaramente, essendo mancata ogni specificazione nella l. delegata, occorrerà muovere dalla base rappresentata dalle tariffe professionali vigenti; cfr. GREGGIO, *La prededuzione dei compensi dei professionisti nel nuovo Codice della crisi d'impresa: “eterni ritorni” e novità*, in *Fallimenti e Società*, 6 febbraio 2019, 14.

²¹⁵ Cfr. Cass., 6 giugno 2023, n. 15790, 6 luglio 2023, n. 19143 e 21 luglio 2023, n. 21959, tutte in *Fallimento*, 2023, 1494, con nota di RANA, *Il compenso del commissario giudiziale e l'attivo concordatario*, riguardanti altrettanti casi in cui, a seguito dell'arresto di procedure di concordato preventivo (nel primo, in fase prenotativa per inammissibilità; nel secondo, a seguito di revoca *ex art.* 173 l. fall.; nel terzo, per rinuncia della società prima dell'omologa), si è riconosciuta la necessaria riduzione proporzionale, *ex artt.* 2, c. 1, e 5, c. 5, d.m. n. 30/2012, del compenso spettante ai commissari giudiziali. D'altronde, se si guarda alla disciplina del compenso riferibile ai diversi professionisti coinvolti nella regolazione della crisi, salve alcune differenze strutturali per lo più derivanti dalla prevalente matrice pubblicistica ovvero privatistico-professionale dell'ufficio, e a prescindere dal fatto che il compenso si riferisca ad attività svolte (o da svolgersi) al di fuori, all'avvio, all'interno ovvero in esecuzione d'una procedura concorsuale propriamente intesa, ci si avvede di come taluni principi ricorrano con costanza, e tra questi, appunto: *i*) la necessaria parametrizzazione del *quantum* all'attivo del debitore; *ii*) la doverosità di un compenso (ridotto) anche in caso di mancato raggiungimento delle “finalità istituzionali” minime del percorso intrapreso; *iii*) la possibilità di corresponsione di acconti in misura contenuta e da correlarsi anch'essi a concreti parametri quali-quantitativi della prestazione (cfr. art. 25-ter c.c.i.i.; artt. 14 ss. d.m. 202/2014; art. 1 ss. d.m. 30/2012). Sotto il primo profilo, si osserva, poi, come per i soli incarichi di OCC, di

Si tratta, all'evidenza, di acquisizioni che convincono viepiù della bontà di quelle proposte avanzate in dottrina onde recuperare, a fronte del rigoroso indirizzo inaugurato dalle sez. un. di fine 2021, un certo spazio per una lecita ed efficace corresponsione di acconti sull'onorario²¹⁶. Solo riterremo che, in accordo alle condizioni stabilite nella norma d'esonazione dalla revocatoria, questa possibilità si dia tanto *prima (e al di fuori) d'una procedura concorsuale*²¹⁷, quanto *durante l'eventuale pendenza della fase di accesso "con riserva"*²¹⁸. Le considerazioni da ultimo svolte, infatti, ci inducono pure a confermare la bontà della nostra intuizione circa la necessità d'interpretare la formula del pagamento da farsi "alla scadenza" quale condizione per la verifica che il previsto acconto non abbia ad incorporare, in spregio al canone della buona fede oggettiva, componenti di valore invero riferibili a successive – e non ancora positivamente avviate – fasi di svolgimento della prestazione professionale e, quindi, dell'effettivo esplicitarsi della sua dinamica connessione con l'incedere dell'operazione di regolazione della crisi²¹⁹. Nella medesima prospettiva, allora, riterremo che, al fine di neutralizzare eventuali *abusi*, l'operare delle protezioni disposte dalla legge sarà da escludersi per la parte di pagamento eccedente il "giusto"²²⁰, così come può

curatore e di commissario giudiziale si tenga conto anche del passivo, laddove, per gli incarichi in cui possa dirsi ancora prevalente l'originario stampo privatistico della prestazione d'opera intellettuale *ex art. 2230 c.c.*, da rendersi o meno in regime di "indipendenza", sembrerebbe invece valere un trattamento più rigoroso. Cfr. GREGGIO, *La preveducibilità*, cit., 149 s.; nonché, con riguardo all'esperto nella composizione negoziata, GUARNIERI, *Art. 25-ter*, in SANTANGELI (a cura di), *Il Codice della crisi*, cit., 179 ss. (cfr., però, quanto al legale, l'art. 21, c. 2, d.m. n. 55/2014).

²¹⁶ Cfr. *supra*, 5.2.

²¹⁷ Vale a dire, nella fase che precede la presentazione della domanda di accesso al concordato, ovvero al giudizio d'omologa di un a.d.r. o di un p.r.o., nonché, tenuto conto dall'attuale formulazione dell'art. 166, c. 3, lett. g), c.c.i.i., in relazione alla predisposizione di un piano di risanamento attestato (cfr. *supra*, 6.1).

²¹⁸ Di fronte al rigore delle sez. un., a tanto invece non si spinge, come pure notammo, GREGGIO, *La preveduzione dei compensi*, cit., 16 ss.

²¹⁹ Cfr. *supra*, 6.3.

²²⁰ Cfr., da ultimo, anche ROLFI, *Art. 166*, cit., 796. In effetti, una volta autonomizzata, secondo la soluzione da noi propugnata, l'operatività della norma d'esonazione dalla revocatoria dalle condizioni che invece regolano il conseguimento del rango prededuttivo del credito professionale, dovrebbero risultarne appunto mitigate le preoccupazioni circa possibili strumentalizzazioni o abusi delle corrispondenti fattispecie redistributive (cfr. i timori dello stesso GREGGIO, *Le ambivalenze*, cit., 23 ss.; ID., *La preveduzione dei compensi dei professionisti nel nuovo Codice*, cit., 15). Ciò, precisamente, nel senso che, a fronte di un acconto corrisposto prima del deposito della domanda ovvero in pendenza della fase con riserva (p. es., a favore dell'attestatore o del legale che si sia impegnato ad assistere l'imprenditore durante l'intera procedura): *i)* se l'acconto risulta correttamente determinato, il relativo pagamento sarà senz'altro protetto, si giunga o meno all'apertura del concordato, cosa che invece condiziona [ex artt. 98 e 6 c.c.i.i., c. 1, lett. b), c.c.i.i.] la sola possibilità di saldare via via il residuo ovvero di riconoscere, tenendo conto del *quantum* già versato ai fini del massimale del 75%, la preveducibilità del relativo credito in un'eventuale l.g. successiva, nel cui ambito, con riguardo al pagamento eseguito in periodo sospetto, potrà operare l'esonazione dalla revocatoria [art. 166, c. 3, lett. g), c.c.i.i.]; *ii)* se, invece, l'acconto non risulta correttamente determinato (p. es., l'attestatore si fa pagare il 60% del compenso già all'atto di semplice

pure confermarsi la precedente intuizione dottrinale circa la revocabilità, in quanto atto anomalo, dello stesso contratto d'incarico che contempra un corrispettivo – *di per sé* – complessivamente sproporzionato²²¹.

Infine, ed anche sotto tale profilo dipartendo dalle conclusioni raggiunte dalle sez. un., pure riterremo che la corresponsione d'acconti rispettosi delle suddette caratteristiche di correttezza e proporzionalità non costituisca atto di straordinaria amministrazione²²², perciò non necessitando d'autorizzazione

accettazione dell'incarico): *ii.a*) nel caso di apertura del concordato, esso sarà proporzionalmente ripetibile già nell'ambito di questa procedura in quanto, *in parte qua*, pagamento invero non (correttamente) effettuato "alla scadenza" (art. 98 c.c.i.i.), mentre, in un'eventuale l.g. successiva, una volta ristabilite le corrette proporzioni, il credito professionale residuo sarà prededucibile (sempre nei limiti quantitativi massimi previsti dalla legge); *ii.b*) nel caso di mancata apertura del concordato, invece, il pagamento sarà revocabile per iniziativa del curatore della l.g. successiva, e il credito professionale parteciperà al concorso col comune privilegio suo proprio, salva naturalmente fatta la circostanza che proprio il mancato conseguimento del risultato normalmente atteso da una corretta esecuzione (d'ogni singola fase) dell'ingaggiata prestazione professionale (p. es., mancata presentazione del ricorso introduttivo; mancato deposito di proposta e piano definitivi; redazione di attestazione inutilizzabile; inammissibilità della domanda), aprirà la strada alla verifica sull'operato del professionista, con possibili ripercussioni, allora, sullo stesso suo diritto al concorso, nonché con possibile emersione di profili di sua responsabilità. Cfr. PANI, *Il credito prededucibile*, cit., 16; DI MARZIO, *Diritto dell'insolvenza*, cit., 244.

²²¹ Nella dimensione che valorizza il controllo della congruità funzionale dell'attribuzione patrimoniale, non vale, infatti, osservare che colpendo il contratto a monte, fatalmente si recupererebbe l'inefficacia del pagamento a valle, sostanzialmente azzerando l'area di operatività dell'esenzione tracciata dal legislatore (cfr., seppur con riguardo ad altra fattispecie, CAVALLI, *L'esenzione*, cit., 983). Viceversa, la soluzione s'impone, peraltro nei casi più clamorosi, proprio al fine di collocare anche il momento solutorio nel contesto di un programma negoziale la cui esecuzione – a meno di un'esiziale contraddizione – non potrebbe certo dipanarsi attraverso atti irrelati dalla complessiva razionalità dell'operazione di regolazione della crisi alla cui realizzazione lo stesso negozio è chiamato a partecipare. Nel senso che le varie concezioni funzionali della causa, «recedendo dalla prospettiva atomistica dell'obbligazione», valgono ad enfatizzare la circostanza che «lo spostamento patrimoniale tra i soggetti contraenti si fonda sul negozio stesso», cfr. STEFANELLI, *La parabola*, cit., 229; per le antiche teorie che, in origine, riferivano la causa all'obbligazione, cfr. M. BARCELLONA, *Della causa*, cit., 1 ss., spec. 27 ss.

²²² Cfr. anche GREGGIO, *Le ambivalenze*, cit., 25 ss.; ID., *La prededucibilità*, cit., 145 ss.; ID., *La prededuzione dei compensi dei professionisti nel nuovo Codice*, cit., 15 s. Senza che occorra qui entrare nell'ambito del poco controverso campo della distinzione tra atti di "ordinaria" e di "straordinaria" amministrazione, ci limitiamo ad osservare che convince poco il distinguo operato dalle sez. un. ritenendo che, nel contesto della l. fall., l'art. 161, c. 7, avrebbe inteso "anticipare" la rilevanza dei soli atti tipici dell'attività aziendale, «ad altri fini [invece] assolvendo [...] il disposto dell'art. 167» (cfr. *supra*, 5), laddove può osservarsi come all'"esercizio dell'impresa" il legislatore invero affianchi la più generica formula relativa "all'amministrazione dei beni" del debitore (analoga alla formulazione dell'attuale art. 94 c.c.i.i.); e cfr., attorno a queste distinte formule della legge, già RIVOLTA, *L'esercizio dell'impresa nel fallimento*, Milano, 1969, 323 ss., spec. nt. 49 e 52. Ad ogni modo, pur laddove i pagamenti interinali a favore dei professionisti del debitore fossero da considerarsi atti straordinari, riterremo che quanto comunemente s'argomenta dall'art. 2234 c.c. circa l'essenziale funzione degli acconti ai fini di un corretto svolgimento del contratto d'opera professionale (cfr. *supra*, nt. 167), possa integrare il requisito dell'urgenza richiesto a fini autorizzativi. In ultimo, laddove si ritenesse, contrariamente a quanto noi crediamo, che non vi sia spazio, dopo le sez. un., per pagamenti in acconto se non *post* ammissione e previa autorizzazione giudiziale, un ragionevole

giudiziale, fermo comunque rimanendo che il già nominato commissario giudiziale potrà sin da subito reagire a quei pagamenti che appaiano in concreto capaci di «pregiudicare una soluzione efficace della crisi», essendo obbligo precipuo del debitore di riferire sulla «attività compiuta ai fini della predisposizione della proposta e del piano» [art. 44, c. 1, lett. *b*) e *c*), c.c.i.i.]²²³.

compromesso ci sembrerebbe poter derivare dalla prassi che, già riferita con riguardo all'esperienza applicativa della l. fall. (cfr. negli scritti di GREGGIO richiamati in questa nt., ove altri riff.), consta nel richiedere al Tribunale, nella pendenza della fase con riserva e sulla base di una completa *disclosure* sul rapporto professionale instaurato, sulle attività svolte e su quelle da svolgere, una pronuncia di “non luogo a provvedere”, laddove, sulla base delle informazioni ricevute, il Tribunale si convinca della congruità del servizio e del relativo piano di pagamenti (e cfr., adesso, l'art. 46, c. 2, c.c.i.i.).

²²³ Cfr., per tutti, FABIANI, *Sistema*, cit., 144.

