

Crediti prededucibili

Cassazione Civile, Sez. I, 30 maggio 2017, n. 13537, ord. - Pres. A. Nappi - Rel. F. Terrusi - L. C. (avv. Manferoce) c. Consorzio Etruria s.c.a.r.l. in concordato preventivo (avv. Cesaroni)

Concordato preventivo - Ammissione - Proposta - Credito del professionista attestatore - Natura prededucibile - Provvedimento di esclusione - Ricorribilità in Cassazione a norma dell'art. 111 Cost. - Esclusione

(Cost. art. 111; legge fallimentare artt. 111, 182 quater)

In tema di concordato preventivo, il provvedimento con cui il tribunale, in sede di ammissione alla procedura, ai sensi dell'art. 182 quater, comma 4, l.fall. - nel testo, applicabile "ratione temporis", anteriore alla sua soppressione ad opera dell'art. 33, D.L. n. 83 del 2012, conv., con modif., L. n. 134 del 2012 - abbia negato la natura prededucibile al credito del professionista incaricato di predisporre la relazione di cui all'art. 161, comma 3, l.fall., non è ricorribile per cassazione ai sensi dell'art. 111 Cost. perché privo dei requisiti di definitività e decisorietà.

La Corte (omissis).

Rilevato che:

il dr. L.C.G. redigeva la relazione di cui all'art. 161, terzo comma, della l.fall. in merito alla veridicità dei dati aziendali e alla fattibilità del piano concordatario proposto dalla società Consorzio Etruria;

il tribunale di Firenze, con decreto in data 4 luglio 2011, dichiarava aperta la procedura di concordato preventivo ma nulla stabiliva relativamente alla prededucibilità del compenso del professionista attestatore;

il tribunale osservava che la previsione di prededucibilità di cui alla l.fall., art. 182 quater, era "sottoposta alla valutazione del collegio" e che il collegio, attesa la complessità della fattispecie, non disponeva "prima della relazione del commissario giudiziale degli elementi idonei per la valutazione di esattività della relazione di asseverazione";

il dr. L.C. ha proposto ricorso per cassazione sulla base di un unico mezzo col quale denuncia la violazione della suddetta norma, stante che il legislatore ha stabilito che il riconoscimento della prededuzione deve avvenire col decreto di ammissione, senza che alcun ruolo possa essere affidato al commissario giudiziale;

hanno replicato con controricorso i commissari giudiziali; Considerato che:

il ricorso è stato proposto ai sensi dell'art. 111 Cost., sul rilievo che il decreto in oggetto sarebbe in parte qua impugnabile solo per cassazione, in quanto decisorio e definitivo;

peraltro il ricorrente ha anche depositato una memoria, nella quale ha messo in evidenza di non aver più interesse al ricorso avendo ricevuto, nelle more, il compenso dalla società Consorzio Etruria;

il ricorso è dunque inammissibile per sopravvenuta carenza di interesse;

la questione dei rimedi avverso il provvedimento del tribunale che, ammettendo l'impresa al concordato preventivo, neghi all'attestatore la prededuzione, o comunque non si risolva a pronunciare sulla relativa domanda, non ha precedenti nella giurisprudenza della Corte ed è questione rilevante pur dopo il D.L. n. 83 del 2012, conv. in L. n. 134 del 2012;

l'art. 33, del citato D.L. ha infatti abrogato il quarto comma della l.fall., art. 182 quater; tuttavia la previsione è rimasta operante nel riferimento ai crediti da finanziamenti erogati in funzione della presentazione della domanda di ammissione alla procedura di concordato preventivo o della domanda di omologazione dell'accordo di ristrutturazione dei debiti, qualora i finanziamenti siano previsti dal piano di cui all'art. 160, o dall'accordo di ristrutturazione;

anche in tal caso i crediti sono assistiti da prededuzione "purché la prededuzione sia espressamente disposta nel provvedimento con cui il tribunale accoglie la domanda di ammissione al concordato preventivo ovvero l'accordo sia omologato";

in guisa dell'importanza del tema, suscettibile di riproporsi in altri casi, e della mancanza di precedenti, la Corte reputa di affrontare egualmente la questione giuridica sottesa, onde enunciare nell'interesse della legge il principio di diritto ai sensi dell'art. 363 c.p.c.;

in questa prospettiva è da negare al decreto di ammissione al concordato preventivo qualsivoglia definitiva incidenza sul rango del credito di cui si tratta;

la statuizione sulla prededuzione, assunta nel contesto del decreto di ammissione, si mantiene nell'ambito delle statuizioni accessorie, e come tale non può reputarsi lesiva di diritti;

la ragione sta nel fatto che la decisione (di qualsivoglia segno) adottata nella sede di ammissione può sempre essere ridiscussa in sede di omologazione o in caso di successivo fallimento;

una parte della dottrina ha contraddetto la prima affermazione in base all'argomento secondo cui nel procedimento di omologazione del concordato non v'è spazio per l'accertamento del credito o del relativo rango;

in verità la circostanza che nel concordato non esista la fase procedimentale di accertamento dei crediti non assume rilevanza quanto al tema in argomento;

quel che in effetti importa è che i crediti di cui si discute - sia quello dell'attestatore, nella vigenza della norma *ratione temporis*, sia quelli dei finanziatori - si riflettono sul piano di risanamento, e quindi finiscono per incidere, in connessione col profilo della prededucibilità, sulla

condizione di fattibilità del concordato, da risolvere al momento dell'omologazione;
il giudizio sulla prededucibilità *ex art. 182 quater*, di crediti che sarebbero altrimenti chirografari, solo in apparenza non è scindibile dal giudizio di ammissibilità della proposta di concordato, giacché l'omologazione può essere pronunciata o negata anche sulla base della questione della prededucibilità dei crediti detti; ed è logico inferire che ogni valutazione al riguardo è sempre suscettibile di essere rivisitata all'atto dell'omologazione, perché il provvedimento col quale è disposta l'apertura della procedura di concordato preventivo ha natura solo ordinatoria ed è privo del carattere di definitività, avendo il fine di deliberare le condizioni di ammissibilità del concordato, le quali restano tutte riesaminabili, senza alcuna preclusione e senza alcun pregiudizio giuridicamente rilevante sulle posizioni soggettive degli interessati;
al tempo stesso la decisione sulla prededucibilità dei crediti di cui si tratta incide sul calcolo delle maggioranze ai fini dell'approvazione del concordato (*art. 182 quater*, u.c.); anche da questo punto di vista va affermata l'incidentalità e la strumentalità della questione della prededuzione, a fronte dei profili direttamente condizionanti il successivo giudizio di omologazione;
l'essere poi la norma fondamentale in materia rinvenibile nella l.fall., art. 111, che dichiara prededucibili i crediti sorti "in occasione o in funzione delle procedure", coi limiti connessi alle singole previsioni, porta a confermare la conclusione appena indicata: che cioè l'esito della prededucibilità dei crediti di cui alla l.fall., art. 182 *quater*, non è vincolante ove semplicemente deliberato al momento dell'ammissione al concordato preventivo;

la soluzione trova riscontro in quanto recentemente affermato da questa Corte in ordine al problema dei mezzi di gravame esperibili avverso le decisioni assunte in materia;
invero è il decreto con cui il tribunale definisce (in senso positivo o negativo) il giudizio di omologazione del concordato preventivo, senza emettere consequenziale sentenza dichiarativa del fallimento del debitore, che possiede carattere decisorio, poiché emesso all'esito di un procedimento di natura contenziosa; così da essere idoneo al giudicato e tuttavia reclamabile ai sensi della l.fall., art. 183, comma 1, e quindi non definitivo e non soggetto, quanto alle sue complessive statuizioni, a ricorso straordinario per cassazione ai sensi dell'art. 111 Cost.; ricorso che invece resta proponibile contro il solo provvedimento della corte d'appello conclusivo del giudizio sull'eventuale reclamo (v. Cass. Sez. U n. 27073-16); può dunque essere affermato nell'interesse della legge, ai sensi dell'art. 363 c.p.c., il seguente principio: il provvedimento con cui il tribunale, in sede di ammissione al concordato preventivo, neghi la natura prededucibile al credito del professionista che ha attestato la fattibilità della proposta di concordato non è ricorribile in cassazione ai sensi dell'art. 111 cost. perché privo dei requisiti di decisorietà e di definitività;
stante la novità della questione giuridica, le spese processuali meritano integrale compensazione.

P.Q.M.

La Corte dichiara il ricorso inammissibile e compensa le spese processuali.
(*omissis*).

Sull'impugnazione del decreto che apre il concordato preventivo senza disporre la prededuzione dei crediti

di Gianpaolo Impagnatiello (*)

La Cassazione affronta, per la prima, volta, il problema dell'impugnazione del decreto che, dichiarando ammissibile il concordato preventivo, non abbia disposto la prededuzione dei crediti previsti dall'art. 182 *quater* l.fall. Nonostante l'abrogazione del comma 4 della norma, relativo al credito del professionista che abbia redatto la relazione di attestazione del piano, la questione di massima conserva rilievo con riguardo ai crediti derivanti dai finanziamenti-ponte di cui al comma 2 della norma, giustificando l'intervento in funzione nomofilattica della Suprema Corte.

Premessa

L'ordinanza in epigrafe ha deciso una questione sulla quale il supremo consesso non aveva mai avuto l'occasione di pronunciarsi: quella della ricorribilità in

Cassazione del decreto del tribunale che, nell'ammettere il debitore alla procedura di concordato preventivo, non abbia riconosciuto il beneficio della prededuzione dei crediti di cui all'art. 182 *quater* l.fall.

(*) Il contributo è stato sottoposto, in forma anonima, alla valutazione di un *referee*.

Nella specie, la Corte era stata chiamata a decidere il ricorso proposto a norma dell'art. 111, comma 7, Cost. da un professionista al quale il tribunale, in sede di apertura della procedura di concordato preventivo, ai sensi dell'art. 163 l.fall., non aveva riconosciuto la prededuzione del credito maturato per l'attestazione del piano. Nelle more il professionista aveva dichiarato di non avere più interesse alla decisione, essendo stato nel frattempo pagato, ma la Corte, applicando l'art. 363 c.p.c., ha ritenuto che il ricorso, in considerazione della novità e della rilevanza della questione prospettata, meritasse di essere deciso nell'interesse della legge.

L'evoluzione normativa della prededuzione concordataria

Per delineare il contesto nel quale la decisione in commento è maturata, converrà osservare che il trattamento in sede concorsuale del credito del professionista che abbia attestato il piano di concordato preventivo oppure l'accordo di ristrutturazione, rispettivamente a norma degli artt. 160 e 182 bis l.fall., ha conosciuto nel tempo una contraddittoria evoluzione.

Com'è noto, fino al 2010 mancava una disposizione che disciplinasse il regime dei crediti professionali, sorti in funzione di una procedura concorsuale minore, sia all'interno della medesima procedura, sia nell'eventuale fallimento, tant'è che, dopo la riforma del 2005-2006, dottrina e giurisprudenza erano solite far gravitare la soluzione del problema intorno alla disposizione generale dettata dall'art. 111, comma 2, l.fall. (1).

Un significativo punto di svolta si ebbe con il D.L. 31 maggio 2010, n. 78, che introdusse nella legge fallimentare l'art. 182 quater, il cui comma 4, nel testo originario, stabiliva che "sono altresì prededucibili i compensi spettanti al professionista incaricato di predisporre la relazione di cui agli articoli 161, terzo comma, 182-bis, primo comma, purché il concordato preventivo o l'accordo sia omologato". La

legge di conversione 30 luglio 2010, n. 122 modificò il testo della disposizione nella parte in cui condizionava la prededuzione all'omologazione tanto del concordato preventivo, quanto dell'accordo di ristrutturazione, stabilendo che la prededuzione operasse "purché ciò sia espressamente disposto nel provvedimento con cui il tribunale accoglie la domanda di ammissione al concordato preventivo ovvero l'accordo sia omologato".

Il regime del credito del professionista attestatore fu, *in parte qua*, disegnato sulla falsariga di quello riservato ai crediti derivanti da finanziamenti erogati in funzione della presentazione della domanda di ammissione alla procedura di concordato preventivo o della domanda di omologazione dell'accordo di ristrutturazione dei debiti, previsti dal comma 2 dello stesso art. 182 quater: per beneficiare della prededuzione, entrambi i crediti necessitavano dell'espresso riconoscimento da parte del tribunale in sede di apertura della procedura di concordato preventivo ovvero di omologazione dell'accordo di ristrutturazione (2).

La giurisprudenza trasse prontamente dalla nuova disposizione argomento per ritenere che il legislatore avesse stabilito una netta distinzione tra i crediti sorti in esecuzione delle procedure concorsuali minori e quelli sorti in vista della loro attivazione e, riproponendo le espressioni "in occasione" e "in funzione" già utilizzate dall'art. 111, comma 2, l.fall., avesse previsto che il beneficio della prededuzione spettasse *de plano* ai primi e, di contro, richiedesse un preventivo vaglio giudiziale dei secondi (3).

La disposizione contenuta nell'art. 182 quater, comma 4, l.fall. ha però avuto vita breve, essendo stata abrogata appena due anni dopo la sua introduzione dal D.L. 22 giugno 2012, n. 83, convertito con modificazioni nella L. 7 agosto 2012, n. 134. In tal modo, la prededucibilità del credito maturato dal professionista che abbia attestato il piano concordatario o l'accordo di ristrutturazione dei debiti è stata affrancata dalla necessità dell'espresso riconoscimento da parte del tribunale o dall'omologazione

(1) Per un inquadramento del tema, v. G.P. Macagno, *La S.C. conferma la prededucibilità de plano dei crediti dei professionisti per le attività finalizzate all'apertura del concordato, ma all'orizzonte si prospetta una nuova stretta normativa*, in questa *Rivista*, 2017, 403 ss.; V. Sallorenzo, *I crediti prededucibili nell'ambito delle procedure concorsuali: in particolare la sorte del credito professionale sorto in "occasione" o in "funzione" del concordato preventivo*, in *Dir. fall.*, 2016, 431; F. Cocito, *La prededuzione dei crediti sorti nel concordato preventivo: limiti e criteri per il riconoscimento di un trattamento preferenziale ai professionisti*, in questa *Rivista*, 2014, 927 ss.; A. Patti, *La prededuzione dei crediti funzionali al concordato preventivo tra art. 111 ed art. 182-quater l.fall.*, *ivi*, 2011, 1340 ss.; A. Cavalaglio, *I crediti prededucibili nelle*

procedure concorsuali, in *Dir. fall.*, 2010, I, 449 ss. Più in generale, sull'evoluzione dell'istituto della prededuzione, v. M. Spadaro, *I crediti prededucibili*, in questa *Rivista*, 2016, 985 ss.

(2) Sul punto v. Trib. Piacenza 17 maggio 2013, in *www.ilcaso.it*. In argomento v. N. Abriani, *Il finanziamento dei soci alle imprese in crisi alla luce del nuovo art. 182-quater l.fall.: dal sous-sol della postergazione all'attico della prededuzione?*, in *Riv. dir. impresa*, 2010, 429 ss.; B. Armeli, *I finanziamenti dei soci in esecuzione di concordato preventivo tra prededucibilità e postergazione*, in questa *Rivista*, 2011, 889 ss.

(3) Trib. Terni 13 giugno 2011, in questa *Rivista*, 2011, 1337, con nota di A. Patti, *La prededuzione dei crediti funzionali al concordato preventivo tra art. 111 ed art. 182 quater l.fall.*

dell'accordo (4). È invece rimasto *in parte qua* immutato il comma 2 dell'art. 182 *quater*, riguardante i finanziamenti funzionali all'accesso alla procedura di concordato e al giudizio di omologazione dell'accordo di ristrutturazione.

Sta di fatto che, per quanto fulminea sia stata la sua parabola, l'art. 182 *quater*, comma 4, l.fall. ha inciso non poco sull'approccio della giurisprudenza al problema del trattamento dei crediti dei professionisti che abbiano assistito l'imprenditore nell'accesso alla procedura di concordato preventivo o nella predisposizione dell'accordo di ristrutturazione. All'indomani dell'introduzione della disposizione, infatti, nella giurisprudenza di merito si diffuse la convinzione che il riferimento al solo credito dell'attestatore ostasse al riconoscimento della prededucibilità dei crediti maturati dagli altri professionisti (advisors, legali etc.) coinvolti nell'accesso a una procedura concorsuale negoziata (5).

Tale posizione è stata tenuta ferma da una parte della giurisprudenza di merito anche dopo l'abrogazione del comma 4, essendosi ritenuto che i crediti dei professionisti funzionali al deposito della domanda di concordato e indicati nella relativa proposta non rientrino in alcuna delle ipotesi previste dalla legge, laddove la prededuzione prevista dall'art. 111, comma 2, l.fall. attiene alla disciplina applicabile nell'ambito del fallimento (6).

A conclusioni identiche, benché sulla base di un differente ordine di motivi (ordine peraltro smentito da un recentissimo arresto della S.C. (7)), si è pervenuti anche in tema di accordi di ristrutturazione. È stata infatti negata la natura prededucibile del compenso del professionista che abbia assistito il debitore nella presentazione della domanda di omologazione dell'accordo, sul presupposto che la previsione dell'art. 111, comma 2, l.fall., secondo la quale sono prededucibili i crediti così qualificati da una specifica disposizione di legge oppure sorti in occasione o in funzione delle procedure concorsuali regolate dalla legge fallimentare, non sia applicabile agli accordi di ristrutturazione, che non costituiscono una procedura concorsuale (8).

Di contrario avviso è stata tuttavia, insieme a un'altra parte della stessa giurisprudenza di merito (9), la Corte di cassazione, la quale ha ritenuto che l'art. 182 *quater*, comma 4, l.fall. non autorizzasse un'interpretazione restrittiva dell'art. 111, comma 2, l.fall., e, in ogni caso, dopo la sua abrogazione ad opera della L. n. 134/2012, non vi fosse più alcuna base positiva per escludere dall'area della prededucibilità i crediti professionali sorti in funzione dell'accesso a una procedura concorsuale "minore" (10). Anzi, la Suprema Corte si è spinta fino ad affermare che l'art. 182 *quater* l.fall. ha implicitamente confermato la possibilità di ammettere la prededuzione anche di crediti anteriori

(4) Cfr. A. Didone, *La prededuzione dopo la L. n. 134 del 2012 (prededuzione "ai sensi" e prededuzione "ai sensi e per gli effetti"?)*, in questa *Rivista*, 2013, 913 ss.

(5) In questo senso v. Trib. Milano 26 maggio 2011, in questa *Rivista*, 2011, 1337, con nota di A. Patti, *La prededuzione dei crediti funzionali al concordato preventivo*, cit., in *Giur. mer.*, 2012, 890, con nota di L. D'Orazio, *Il vaglio giurisdizionale in sede di ammissione al passivo e la verifica ex post della prededuzione del compenso del professionista non attestatore in sede di ammissione al passivo*, e in *Giur. comm.*, 2013, II, 78, con nota di G. Ciervo, *Crediti sorti "in funzione" della procedura concorsuale: solo quelli dell'attestatore sono prededucibili*. Per il Tribunale milanese, se prima dell'introduzione dell'art. 182 *quater*, comma 4, l.fall., si poteva legittimamente dubitare della natura prededucibile del credito del professionista che assiste il debitore nella elaborazione del piano e della domanda di concordato, alla luce della nuova disposizione appariva doveroso escludere la prededuzione dei crediti di professionisti diversi dall'attestatore, la cui prestazione sia stata posta in essere prima dell'apertura della procedura; Trib. Pistoia 24 ottobre 2011, in *www.ilcaso.it*, secondo cui l'introduzione dell'art. 182 *quater*, comma 4, l.fall., aveva reso evidente che il professionista presentatore non ha diritto al beneficio della prededuzione né durante la procedura di concordato preventivo, né nell'eventuale successivo fallimento, considerato, a tale ultimo riguardo, che l'art. 111, comma 2, l.fall. individua un concetto di funzionalità legato non a profili temporali, bensì di genesi del credito per atto degli organi fallimentari; Trib. Terni 22 marzo 2012, in questa *Rivista*, 2012, 1250 e in *Dir. fallim.*, 2012, II, 575, con nota di R. Falini, *Sulla prededucibilità delle spese legali sostenute dal creditoreistante per la dichiarazione di fallimento*.

In senso contrario v. Trib. Terni 13 giugno 2011, in questa *Rivista*, 2011, 1337, con nota di A. Patti, *La prededuzione dei crediti funzionali*, cit., ad avviso della quale una ragionevole interpretazione degli artt. 182 *quater* e 111, comma 2, l.fall. impone di concedere la prededuzione sia al credito del professionista attestatore, pur se non espressamente disposta nel provvedimento di ammissione al concordato preventivo, sia al credito del professionista che abbia predisposto la domanda di concordato, o comunque assistito il debitore nel corso della procedura di ammissione, a prescindere da ogni previsione giudiziale e nonostante quest'ultimo non abbia il ruolo codificato e procedimentalizzato del primo.

(6) In questo senso, tra le altre, v. Trib. Padova 11 febbraio 2013, in questa *Rivista*, 2013, 624; App. Genova 9 gennaio 2014, *ivi*, 2014, 921, con nota di F. Cocito, *La prededuzione dei crediti sorti nel concordato preventivo*, cit.

(7) Cass. 18 gennaio 2018, n. 1182, in *www.ilfallimentarista.it*, la quale ha ritenuto che il credito dei professionisti che hanno prestato attività di consulenza e assistenza funzionali all'omologazione vada ammesso in prededuzione al passivo del successivo fallimento in quanto l'accordo di ristrutturazione appartiene a pieno titolo agli istituti del diritto concorsuale.

(8) Trib. Verona 16 febbraio 2015, in *www.ilcaso.it*. In argomento v. anche C. Trentini, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in questa *Rivista*, 2016, 724.

(9) Trib. Rovigo 12 dicembre 2013, in questa *Rivista*, 2014, 924, con nota di F. Cocito, *La prededuzione dei crediti*, cit., secondo cui l'abrogazione dell'art. 182 *quater*, comma 4, l.fall. rivela la volontà del legislatore di ampliare il beneficio della prededuzione anche a figure professionali diverse dall'attestatore.

(10) Cass. 8 aprile 2013, n. 8533, in *Giur. it.*, 2013, 1821, con nota di L. Boggio, *Concordato preventivo, accordi di ristrutturazione e prededuzione: crediti professionali e oltre*.

all'apertura della procedura concordataria, in quanto l'espressione "in funzione", richiamando il concetto di "servizi strumentali" all'accesso alle procedure concorsuali, consentiva di intendere l'enunciato "strumentale a" come sinonimo di "funzionale" (11).

I precedenti giurisprudenziali, le opinioni della dottrina e il contenuto della decisione annotata

Il ricorso per cassazione deciso dalla sentenza in commento era stato proposto nel 2011, ossia nella vigenza dell'art. 182 *quater*, comma 4, l.fall. Come si è osservato, nel corso del giudizio di legittimità il ricorrente aveva dichiarato di non avere più interesse alla decisione, ma la Corte ha ritenuto che l'occasione fosse propizia per affrontare nell'interesse della legge la questione del regime impugnatorio del decreto che, aprendo il concordato preventivo, abbia negato o comunque - come nella specie - non abbia riconosciuto espressamente il beneficio della prededuzione. La Corte, per la verità, ha avvertito che, a seguito dell'abrogazione dell'art. 182 *quater*, comma 4, l.fall., la questione aveva perso rilevanza in riferimento al credito del professionista attestatore, ma ha soggiunto che un intervento con finalità nomofilattiche fosse tuttora utile in relazione al regime dei crediti derivanti dai finanziamenti di cui all'art. 182 *quater*, comma 2, l.fall., la cui prededucibilità continua a essere subordinata all'espressa disposizione da parte del tribunale.

È forse superfluo avvertire che il nodo sciolto dalla Corte riguarda unicamente la procedura di concordato preventivo e non anche l'istituto degli accordi di ristrutturazione dei debiti. Difatti, negli accordi di ristrutturazione la prededuzione dei crediti da finanziamento-ponte è subordinata unicamente all'omologazione, tanto che non occorre alcuna specifica statuizione da parte del tribunale in punto di prededucibilità (12).

Nel concordato preventivo, invece, il problema si pone perché, a termini dell'art. 182 *quater* l.fall., la pronuncia sulla prededuzione deve essere assunta dal tribunale col decreto che ammette l'imprenditore

alla procedura, a norma dell'art. 163 l.fall. Va da sé che nessun problema si pone se il concordato è dichiarato inammissibile a norma dell'art. 162 l.fall., non solo e non tanto perché tale decreto definisce la procedura, quanto piuttosto perché in caso di mancata ammissione al concordato vien meno il presupposto in grado di fondare - almeno nella procedura concorsuale minore - la stessa prededuzione del credito (13).

Viceversa il decreto di ammissione di cui all'art. 163 l.fall. non definisce la procedura concordataria, ma la apre ed è destinato a essere seguito dalla pronuncia sull'omologazione, a norma dell'art. 180 l.fall. È dunque (quasi) inevitabile domandarsi quali effetti produca la pronuncia in punto di prededuzione adottata nel decreto in discorso: se di contenuto negativo pregiudica irrimediabilmente il diritto del finanziatore, che pertanto degrada a chirografario? e se di contenuto positivo vincola il tribunale al riconoscimento della prededuzione in sede di omologazione, pregiudicando per converso gli altri creditori?

Le conseguenze sul piano dei rimedi sono evidenti. Se, difatti, si afferma che il provvedimento è in ogni caso destinato a essere assorbito dalla pronuncia sull'omologazione, gli spazi per sottoporlo a gravame si prefigurano piuttosto angusti. Se, viceversa, al provvedimento può attribuirsi una qualche forma di stabilità (endoconcordataria e in sede fallimentare), ammettere un mezzo di controllo diventa ragionevolmente e costituzionalmente doveroso.

Come si è visto, mai prima d'ora il regime della decisione in punto di prededuzione nel concordato preventivo era stato oggetto di esame da parte della S.C.; e, fors'anche a causa della repentina abrogazione dell'art. 182 *quater*, comma 4, l.fall., che ha di fatto circoscritto la necessità dell'espresso riconoscimento ai soli crediti derivanti da finanziamenti-ponte, la questione si è posta di rado anche all'attenzione della giurisprudenza di merito. Difatti, i soli precedenti specifici rinvenibili nei repertori sono stati propiziati da una medesima vicenda processuale, che è poi la stessa che ha occasionato anche l'ordinanza della Corte di cassazione, in epigrafe.

(11) Cass. 14 marzo 2014, n. 6031, in questa *Rivista*, 2014, 516, con nota di P. Vella, *L'enigmatico rapporto tra prededuzione e concordato preventivo*.

(12) In tal senso, tra gli altri, L. Stanghellini, *Finanziamenti-ponte e finanziamenti alla ristrutturazione*, in questa *Rivista*, 2010, 1356, il quale rimarca che l'accordo di ristrutturazione è il frutto di un fascio di manifestazioni di volontà inscindibili, che il tribunale (svolgendo le opportune valutazioni a tutela anche dei creditori estranei) con l'omologazione ritiene complessivamente meritevoli di tutela; S. Bonfatti, *Il sostegno finanziario dell'impresa*

nelle procedure di composizione negoziale delle crisi, in *www.ilcaso.it*, 13; G.B. Nardecchia, in G. Lo Cascio, *Codice commentato del fallimento*⁴, Milano, 2017, sub art. 182-*quater*, 2475. In senso contrario A. Didone, *Il controllo giudiziale sulla nuova prededuzione del finanziamento dei soci "postergabile"*, in *Società*, 2011, 1091; P. Valensise, in A. Nigro - M. Sandulli - V. Santoro, *La legge fallimentare dopo la riforma*, III, Torino, 2010, sub art. 182-*quater*, 2340.

(13) M. Fabiani, *Prededuzione "speciale" ex art. 182 quater l.fall e regime di impugnazione*, in *Foro it.*, 2011, I, 2530.

In particolare, del problema si è occupato per almeno due volte il Tribunale di Firenze.

Una prima volta lo ha vagliato nel 2011, con il decreto oggetto del ricorso per cassazione deciso dalla pronuncia qui commentata (14). In quella circostanza il collegio, nell'ammettere l'imprenditore al concordato, ha riservato all'omologazione la pronuncia sulla prededuzione del credito professionale dell'attestatore, motivando il provvisorio *non liquet* con l'indisponibilità di elementi sufficienti alla valutazione dell'esaustività della relazione di attestazione. La seconda pronuncia edita è quella con la quale il Tribunale fiorentino, decidendo sull'omologazione del medesimo concordato preventivo, è tornato *in medias res* per arricchire la propria posizione di ulteriori spunti argomentativi. Il collegio ha difatti affermato che la pronuncia sulla prededuzione, prevista dall'art. 182 *quater*, comma 4, l.fall., fondandosi su un giudizio prognostico di idoneità dell'attestazione ad accertare la veridicità dei dati contabili e la fattibilità del piano, può essere emessa anche in sede di omologazione del concordato preventivo (15). Ciò perché nel momento dell'apertura del concordato il tribunale può non essere in possesso degli elementi necessari a esprimersi compiutamente sui presupposti fattuali della prededuzione. Tali elementi, a cominciare dalla relazione del commissario giudiziale e dalle eventuali opposizioni dei creditori, sono invece a disposizione del tribunale nel momento dell'omologazione del concordato, che costituisce dunque la sede privilegiata per decidere definitivamente sul riconoscimento del beneficio.

Il primo dei due provvedimenti è stato annotato criticamente da autorevole dottrina, la quale ha osservato che, in ogni caso, la pronuncia resa sulla domanda di prededuzione del credito, ancorché contenuta in un decreto espressamente dichiarato non reclamabile, ha contenuto decisorio e definitivo e, pertanto, deve ritenersi autonomamente soggetta a ricorso straordinario in Cassazione a norma degli artt. 111 Cost. e 360, ultimo comma, c.p.c. (16).

La ricorribilità in Cassazione è stata invece esclusa da altra parte della dottrina, secondo cui la pronuncia sulla prededuzione è senz'altro decisoria, incidendo sull'importo e sul rango del credito del professionista o del finanziatore, ma non anche definitiva, posto che il decreto di cui all'art. 163 l.fall. non produce

efficacia preclusiva rispetto ad alcuno dei profili considerati ai fini della dichiarazione di ammissibilità del concordato preventivo, che sono suscettibili di riesame in sede di omologazione (17).

In tale contesto, la S.C. ha ritenuto che il decreto che, aprendo la procedura di concordato, abbia concesso o negato la prededuzione manchi tanto di decisorietà, quanto di definitività. Sotto il primo profilo, la Corte ha osservato che la pronuncia sulla prededuzione costituisce una statuizione accessoria, come tale inidonea a ledere i diritti delle parti. La definitività, invece, è stata esclusa sulla base di un ragionamento più complesso, che ha preso le mosse dalla constatazione che qualunque decisione assunta in sede di ammissione alla procedura concordataria è riesaminabile in sede di omologazione. La circostanza, sulla quale aveva fatto leva la tesi dottrinale favorevole alla ricorribilità in Cassazione, che nell'ambito del concordato manchi una fase di accertamento dei crediti, sarebbe da questo punto di vista irrilevante, poiché - ha osservato la Corte - ciò che conta è che la collocazione in prededuzione del credito del finanziatore (e, fino a ieri, del professionista attestatore) si riflette sulla condizione di fattibilità del concordato, che costituisce un nodo da sciogliere definitivamente in sede di omologazione.

Qualche riflessione critica

Uno sguardo alla più recente giurisprudenza di legittimità in tema di controlli sui provvedimenti assunti nel concordato preventivo non lasciava presagire aperture verso la ricorribilità in Cassazione della pronuncia resa ai sensi dell'art. 182 *quater*, comma 2, l.fall. Come ha ricordato anche l'ordinanza in epigrafe, sul finire del 2016 le Sezioni Unite erano giunte a negare la garanzia del ricorso straordinario sia avverso il decreto col quale il tribunale dichiara l'inammissibilità della proposta di concordato, ai sensi dell'art. 162, comma 2, l.fall. (anche a seguito di mancata approvazione della proposta, ai sensi dell'art. 179, comma 1), sia avverso il decreto che, ai sensi dell'art. 173 l.fall., revoca l'ammissione al concordato, pur senza emettere consequenziale sentenza dichiarativa di fallimento; ritenendo, invece, che il ricorso straordinario vada ammesso

(14) Trib. Firenze 4 luglio 2011, in *Foro it.*, 2011, I, 2526, con nota di M. Fabiani, *Prededuzione "speciale" ex art. 182 quater l.fall.*, cit.

(15) Trib. Firenze 9 maggio 2012, in *www.ilcaso.it*.

(16) M. Fabiani, *Prededuzione "speciale"*, cit., 2530 s.

(17) G.B. Nardecchia, in G. Lo Cascio, *Codice commentato del fallimento*², Milano, 2013, sub art. 182-*quater*, 2215. L'opinione non è stata riproposta nelle successive edizioni del commentario, nelle quali l'a. si è limitato a un accenno al tema dell'impugnazione del decreto (Id., in G. Lo Cascio, *Codice commentato del fallimento*⁴, cit., 2470 s.).

solo contro la decisione del reclamo avverso la pronuncia resa sulla domanda di omologazione (18).

Se queste erano le premesse, l'ordinanza in commento ha avuto, in fondo, gioco abbastanza facile nell'escludere anche nella pronuncia resa ai sensi dell'art. 182 *quater*, comma 2, l.fall. la ricorrenza dei requisiti della decisorietà e della definitività.

Senonché, la soluzione affermata dal supremo consenso va sottoposta ad adeguato vaglio critico, se non altro perché essa chiude le porte all'unico mezzo di controllo astrattamente esperibile avverso un decreto del quale l'art. 163 l.fall. predica espressamente la non reclamabilità (19).

Il nucleo essenziale del ragionamento della Corte è rinvenibile nell'affermazione secondo cui la decisione sulla prededuzione è in grado di incidere sulla fattibilità del piano di risanamento. A norma dell'art. 182 *quater*, comma 2, l.fall., infatti, il riconoscimento della prededuzione è condizionato all'inserimento del finanziamento nel piano oltre che alla verifica della sua funzionalità all'ammissione alla procedura, sicché in linea di principio il giudizio sulla fattibilità del concordato non può prescindere dalla prededuzione del finanziamento. Da tale (corretta) premessa, però, la Corte ha tratto una conclusione che, per quanto si dirà, non è affatto scontata, e cioè che, siccome la sede privilegiata per decidere sulla fattibilità del concordato è il giudizio di omologazione, la decisione sulla prededuzione può essere disgiunta da quella sull'ammissibilità del concordato, a norma dell'art. 163 l.fall., ed essere differita all'omologazione. Con tutto quanto ne consegue in termini di non definitività della pronuncia (solo eventualmente) contenuta nel decreto che ammette il debitore al concordato e, dunque, di ammissibilità del ricorso straordinario in Cassazione.

La conclusione attinta dalla Corte non è ovvia non solo e non tanto perché l'art. 182 *quater*, comma 2 (e fino a ieri anche 4), l.fall., è chiarissimo nell'individuare la *sedes* del riconoscimento della prededuzione nel decreto che accoglie la domanda di ammissione alla procedura di concordato, ma anche e soprattutto perché, se è vero che "l'omologazione può essere pronunciata o negata anche sulla base della questione della prededucibilità dei crediti" derivanti dal finanziamento-ponte, appare lecito ipotizzare che giudizio

sull'ammissibilità del concordato e giudizio sulla prededuzione del credito si condizionino a vicenda: è lecito cioè pensare che, se il debitore ha indicato un finanziamento-ponte nel piano di cui all'art. 160 l.fall. e ne ha domandato la collocazione in prededuzione perché funzionale all'accesso alla procedura, il profilo non possa essere ignorato né tanto meno valutato disgiuntamente dall'ammissibilità della proposta, a norma del'art. 163 l.fall.

Ci si avvicina così al cuore del problema.

A ben vedere, la necessità di assicurare uno strumento di controllo avverso la decisione sulla prededuzione è avvertita con maggiore urgenza da chi ritiene che tale decisione sia altro rispetto alla decisione sull'ammissibilità del concordato. Solo in tal caso, infatti, ha senso domandarsi se la non impugnabilità del decreto che decide sull'apertura del concordato, prevista dall'art. 163 l.fall., valga anche per la pronuncia (accessoria ma non di meno autonoma) che dispone o nega il beneficio della prededuzione.

La drammaticità del problema è per contro destinata a sfumare se, all'opposto, si ritenga che la domanda di prededuzione dei crediti restitutori derivanti da un finanziamento-ponte non possa essere delibata in autonomia rispetto alla domanda di ammissione al concordato; o meglio, che l'esame dei presupposti della prededuzione condizioni lo stesso giudizio di ammissibilità del concordato. In tale prospettiva, il concordato può essere ammesso solo se i presupposti della prededuzione sono stati positivamente accertati, con la conseguenza che la dichiarazione di ammissibilità del concordato comporta a propria volta, quale atto dovuto, il riconoscimento della prededuzione.

L'opinione prevalente, oggi avallata pure dalla Cassazione, è nel primo dei due sensi, poiché, anche al fine di valorizzare la disposizione contenuta nell'art. 182 *quater*, comma 2, l.fall., la maggior parte degli interpreti tende a ritenere che il tribunale sia legittimato a porre a fondamento della decisione sulla prededuzione valutazioni autonome rispetto a quelle dalle quali fa dipendere il giudizio di ammissibilità del concordato, potendo perciò giungere alla conclusione che il concordato vada aperto ma la prededuzione negata (20). È stato tuttavia osservato che l'eventualità che il tribunale, nonostante il giudizio negativo sulla prededuzione, ritenga comunque ammissibile la proposta

(18) Cass., SS.UU., 28 dicembre 2016, n. 27073, in questa *Rivista*, 2017, 537, con nota di I. Pagni, *Decisorietà e definitività dei provvedimenti in materia di concordato e accordi nella prospettiva delle sezioni unite*, e in *Foro it.*, 2017, I, 1338, con nota di M. Fabiani, *La tutela giurisdizionale di legittimità nelle soluzioni concordate della crisi*.

(19) Poco praticabile appare la sottoposizione del decreto ai reclami previsti dagli artt. 739 c.p.c. e 26 l.fall., in considerazione degli ostacoli evidenziati da M. Fabiani, *Prededuzione "speciale"*, cit., 2531.

(20) L. Stanghellini, *Finanziamenti-ponte*, cit., 1357.

di concordato appare configurabile solamente in astratto (21). In modo ancora più chiaro, è stato evidenziato che, allorché il debitore abbia inserito nel piano la previsione di un integrale pagamento dei crediti in funzione, il tribunale non può scindere la decisione sulla prededuzione da quella sull'ammissibilità della proposta (22). A questo proposito, va tenuto presente che il finanziamento (i) deve essere funzionale all'ammissione al concordato e (ii) deve essere stato inserito nel piano di cui all'art. 160 l.fall. Ora, se il piano ha previsto che un finanziamento già erogato (23) vada rimborsato pagando in prededuzione capitale e interessi, in deroga alle regole sulla *par condicio*, è ben difficile che il tribunale possa rigettare la domanda di prededuzione e, ciò non di meno, accogliere quella di ammissione della procedura. Se si prescinde da ipotesi che possono essere considerate di scuola, il dissenso del tribunale sulla prededuzione dei crediti derivanti da finanziamenti-ponte dovrebbe comportare *de plano* l'inammissibilità della proposta concordataria, in regione dell'indebita alterazione dell'ordine di collocazione dei debiti, che - non va dimenticato - ha carattere cogente (24).

Del resto, sostenere che la procedura di concordato possa essere aperta senza il contestuale riconoscimento della prededuzione significa attribuire al tribunale il potere di ammettere il debitore al concordato sulla base di una proposta oggettivamente diversa da quella da lui presentata; potere che, invero, non sembra essere configurabile, posto che il tribunale chiamato a decidere sull'ammissibilità del concordato, può, al più, invitare il debitore a integrare il piano (art. 162, comma 1, l.fall.), ma certamente non ha alcuna possibilità di ammettere

al voto una proposta e un piano diversi da quelli voluti (25).

Il che appare tanto più evidente se si aderisce all'opinione secondo la quale la prededuzione opera in sede concordataria (e più in generale nelle procedure concorsuali negoziate) in modo non poco diverso che nel fallimento: in quest'ultimo assicura al creditore prededotto non solo il pagamento integrale - purché l'attivo lo consenta - ma anche il pagamento anticipato rispetto all'esecuzione dei piani di riparto. In sede concordataria, invece, la prededuzione, sempre ammesso che esista (26), si sostanzierebbe principalmente, se non esclusivamente, nel diritto all'integrale soddisfazione (27), poiché la tempistica dei pagamenti è regolata dal piano ed è comunque condizionata all'omologazione (28).

Ne consegue che il diniego della prededuzione si traduce sostanzialmente nella liberazione di risorse che, nel piano, il debitore aveva riservato all'integrale soddisfazione del creditore prededotto; risorse che andranno dunque riallocate, con modalità che non appaiono affatto chiare.

Se queste considerazioni sono esatte, la possibilità che la domanda di prededuzione possa essere disattesa senza che ciò incida sull'ammissibilità della stessa proposta di concordato appare poco più che teorica.

Sta di fatto che, come l'esperienza ha dimostrato (29) e come l'improvvida formulazione letterale dell'art. 182 *quater* l.fall. parrebbe consentire (30), la possibilità che il concordato sia aperto senza riconoscimento del diritto alla prededuzione non può essere affatto esclusa. Il problema dei controlli sulla pronuncia giudiziale rimane perciò sul tappeto.

(21) G.B. Rizzardo, in A. Maffei Alberti, *Commentario breve alla legge fallimentare*⁶, Padova, 2013, sub art. 182-*quater*, 1280.

(22) G.B. Nardecchia, in G. Lo Cascio, *Codice commentato del fallimento*², cit., 2213. Successivamente lo stesso a. ha reso meno *tranchant* la propria posizione (cfr. Id., in G. Lo Cascio, *Codice commentato del fallimento*⁴, cit., 2470, dove si è limitato a rilevare che "il diniego del riconoscimento della prededuzione potrebbe, peraltro, tradursi nel diniego all'ammissione della proposta per violazione della regola del necessario rispetto dell'ordine delle cause legittime di prelazione sancito dall'art. 160", avvertendo però la necessità di domandarsi quali rimedi siano esperibili avverso il decreto che abbia aperto il concordato nonostante il diniego della prededuzione.

(23) La necessità che il finanziamento sia stato erogato prima della presentazione della domanda di concordato è rimarcata dalla maggior parte della dottrina: cfr. L. Stanghellini, *Finanziamenti-ponte*, cit., 1349; L. Balestra, *I finanziamenti all'impresa in crisi nel c.d. Decreto sviluppo*, in questa *Rivista*, 2012, 1403; G.B. Rizzardo, in A. Maffei Alberti, *Commentario breve*, cit., 1276; P. Valensise, in A. Nigro - M. Sandulli - V. Santoro, *La legge fallimentare dopo la riforma*, cit., 2339. Occorre tuttavia avvertire che, se è vero che i finanziamenti soggetti alla disciplina di cui all'art. 182 *quater*, comma 2, l.fall. sono solo quelli erogati prima della domanda di concordato, è pur vero che il successivo art. 182

quinquies l.fall. ammette, sia pure in presenza di differenti condizioni, anche finanziamenti successivi al deposito del ricorso.

(24) Così ancora G.B. Nardecchia, *op. ult. cit.*

(25) In tal senso L. Stanghellini, *Finanziamenti-ponte*, cit., 1357, in nota, il quale tuttavia soggiunge che la lettera dell'art. 182 *quater* l.fall. autorizza senz'altro a dissociare la decisione sull'ammissione da quella sulla prededuzione.

(26) Ritiene che non abbia senso parlare di prededucibilità nel concordato preventivo B. Armeli, *I finanziamenti dei soci in esecuzione di concordato preventivo*, cit., 889 ss. In senso contrario v. invece M. Fabiani, *Prededuzione "speciale"*, cit., 2531, secondo cui la nozione di prededuzione non appartiene esclusivamente al fallimento.

(27) G.B. Nardecchia, *op. ult. cit.*

(28) Per differenti letture della nozione di prededuzione concordataria, v. A. Bassi, *La illusione della prededuzione*, in *Studi in ricordo di Pier Giusto Jaeger*, Milano, 2011, 811 ss.; F.S. Filocamo, *La prededucibilità dei crediti nel concordato preventivo e negli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in questa *Rivista*, 2013, spec. 1151 ss.; P. Vella, *L'enigmatico rapporto tra prededuzione e concordato preventivo*, cit., 520 ss.

(29) V. la già citata Trib. Firenze 4 luglio 2011.

(30) L. Stanghellini, *Finanziamenti-ponte*, cit., 1357.

Come si è visto, l'ordinanza in epigrafe, dissentendo apertamente dall'opinione dottrinale favorevole alla ricorribilità in Cassazione del decreto che non abbia accolto la domanda di prededuzione (31), ha liquidato la questione assumendo che i provvedimenti emanati ai sensi dell'art. 163 l.fall. siano privi di definitività perché rivedibili in sede di omologazione. Il che è innegabilmente vero, ma non con riguardo alla pronuncia prevista dall'art. 182 *quater*, comma 2 (e fino a ieri anche 4), l.fall.

A ben vedere, la Corte sembra aver dato per scontato che la decisione sulla prededuzione produca effetti solo nel concordato preventivo. In tale prospettiva, ci si può anche accontentare di affermare che la prededuzione non concessa con il decreto di cui all'art. 163 l.fall. può essere concessa all'atto dell'omologazione e, all'opposto, che la prededuzione riconosciuta in sede di apertura della procedura non impedisce che *re melius perpensa*, a seguito del deposito della relazione del commissario giudiziale e delle opposizioni dei creditori, il concordato non sia omologato.

Il punto, tuttavia, non è questo. Quel che sembra essere sfuggito al giudice della nomofilachia è che, come da più parti è stato rimarcato, l'espresso riconoscimento della prededuzione produce effetti non soltanto endoconcordatari, ma anche (32) - se non soprattutto (33) - nel successivo fallimento. Anzi, sembra corretto ritenere che la *ratio* dell'espresso riconoscimento della prededuzione in sede di apertura della procedura - espresso riconoscimento introdotto, come si ricorderà, con la legge di conversione del D.L. n. 78/2010 - sia da rinvenire principalmente nell'esigenza, funzionale a incentivare l'erogazione di finanza e servizi all'impresa in crisi, di assicurare il

finanziatore e il professionista in merito al rango e al trattamento del suo credito; il che, come appare evidente, è importante non tanto in caso di successo del concordato preventivo, quanto piuttosto in caso di naufragio della procedura concorsuale minore e di successiva dichiarazione di fallimento. In altri e più chiari termini, la previsione contenuta nell'art. 182 *quater*, comma 2, l.fall. persegue, in stretta correlazione con il principio di consecuzione tra le procedure concorsuali, il fine di rendere la prededuzione insensibile alle vicende successive del concordato dichiarato ammissibile, garantendo al finanziatore (e fino a ieri al professionista attestatore) la certezza della collocazione in prededuzione nell'eventuale fallimento.

Se così è, la conclusione che se ne deve trarre è pressoché obbligata: non vi è fungibilità tra riconoscimento della prededuzione in sede di apertura del concordato e di omologazione, se non altro perché il concordato, una volta aperto, può non essere approvato e può non essere omologato, nei quali casi la prededuzione non concessa *in limine* non sarà riconosciuta mai più.

Il punto di frattura del ragionamento svolto dalla S.C. nell'ordinanza in epigrafe è proprio qui: nell'aver minimizzato l'esigenza, tenuta invece ben presente dal legislatore, che il finanziatore dell'impresa in crisi riceva rassicurazioni in merito alla prededuzione fallimentare del proprio credito nell'esatto momento in cui la procedura di concordato viene aperta e non già in quello finale in cui il concordato viene omologato. Forse, se tale profilo fosse stato adeguatamente focalizzato, le conclusioni in punto di decisorietà e di definitività, *in parte qua*, del decreto di cui all'art. 163 l.fall. sarebbero state diverse.

(31) M. Fabiani, *Prededuzione "speciale"*, cit., 2529 ss.

(32) L. Stanghellini, *op. cit.*, 1358; S. Bonfatti, *Il sostegno finanziario dell'impresa*, cit., 25 ss.; G.B. Rizzardo, in A. Maffei Alberti, *Commentario breve*, cit., 1279.

(33) B. Armeli, *I finanziamenti dei soci in esecuzione di concordato preventivo*, cit., 890 ss.