

## Diligenza dell'attestatore

**Cassazione Civile, Sez. I, 22 settembre 2020, n. 24025 - Pres. A. Scalfaferrì - Rel. P. Vella - P.B. c. Fallimento SI.DI. S.n.c. di D.G. e S.T. e dei singoli soci in proprio G.D. e T.S.**

*Concordato preventivo - Ammissione - Domanda - Attestatore - Diligenza - Inadempimento - Verifica passivo - Predeuzione - Privilegio*

*(Legge fallimentare artt. 98, 111, 161 e 162; cod. civ. artt. 1176, 1218, 1460, 2236 e 2751-bis, n. 2)*

**L'esclusione dallo stato passivo del credito del professionista che ha predisposto la relazione ex art. 161, comma 3, l.fall. su incarico della società che abbia depositato proposta di concordato preventivo e che, a seguito della mancata ammissione alla procedura, sia stata dichiarata fallita è giustificata qualora - nel corso dell'esame della domanda di ammissione - siano emerse carenze evidenzianti il difetto della dovuta diligenza nell'adempimento delle proprie prestazioni da parte dell'attestatore (sul quale, peraltro, ricade l'onere di dimostrare il corretto adempimento della prestazione professionale) (massima non ufficiale).**

### La Corte (*omissis*).

2. Con il primo motivo - rubricato "falsa applicazione dell'art. 1460 c.c., comma 1" - si deduce che il tribunale avrebbe errato a "ritenere invocabile, nel caso di specie, l'eccezione di inadempimento" sul presupposto che le prestazioni rese "non potevano considerarsi idonee al raggiungimento dell'obiettivo dell'accesso al concordato", avendo esso stesso rilevato il "contrasto esistente sulle soluzioni giuridiche proposte dal professionista" e quindi fondato solo sulla non condivisione di queste il mancato rispetto "del principio di prudenza e di diligenza che sono presupposti irrinunciabili per il maturare del diritto al pagamento del compenso professionale".

2.1. La censura, che l'ellittico tessuto argomentativo rende carente sotto il profilo della specificità, è comunque inammissibile perché non coglie l'effettiva *ratio decidendi* della decisione impugnata.

2.2. Invero, il riferimento al contrasto giurisprudenziale viene fatto dal tribunale solo in astratto - per affermare *ad abundantiam* che "neppure il contrasto giurisprudenziale esistente sulle soluzioni giuridiche proposte dal professionista esime dall'obbligo di diligenza ex art. 1176 c.c.", anzi, "l'opinabilità stessa della soluzione giuridica impone al professionista una diligenza ed una perizia adeguate alla contingenza, nel senso che la scelta professionale deve cadere sulla soluzione che consenta di tutelare maggiormente il cliente e non già danneggiarlo "(Cass. n. 1861/2013, in motivazione)" (v. anche Cass. n. 4790/2014, sempre in motivazione) - poiché lo stesso tribunale dà poi atto che invece "nel caso in esame non risulta vi fosse neppure un concreto contrasto giurisprudenziale in ordine alle questioni esposte: piuttosto sono state sostenute dalla proponente ed hanno ispirato la composizione del piano di concordato attestato dall'opponente delle tesi giuridiche alternative, che, per quanto sostenute da parte della dottrina, non sono condivise dal Tribunale, non risultano suffragate da alcun precedente giurisprudenziale e non possono ritenersi quindi rispettose del principio di prudenza e diligenza", "issato dall'art. 1176 c.c., comma 2, che è quello della diligenza del professionista di media attenzione e preparazione" (Cass. n. 10454/2002).

2.3. Il passaggio decisivo della motivazione risiede dunque nel rilievo che l'opponente avrebbe attestato "la fattibilità prima di tutto giuridica di un piano di concordato in violazione di alcuni inderogabili principi giuridici in materia di concordato preventivo, quali il rispetto delle cause di prelazione" (segnatamente: il pagamento dei debiti chirografari prima dell'integrale pagamento di quelli privilegiati, in assenza di nuova finanza; l'utilizzo del ricavato della vendita dei beni dei soci per il pagamento dei loro debiti personali, e non di quelli della società) "ed il rispetto del principio di competitività nell'attività liquidatoria"; in altri termini, il mancato rispetto delle regole giuridiche avrebbe fatto venir meno i "presupposti irrinunciabili per il maturare del diritto di credito al pagamento del compenso professionale", con conseguente fondatezza dell'eccezione di inadempimento sollevata dalla curatela fallimentare.

2.4. Peraltro, le considerazioni svolte dal ricorrente circa la piena correttezza dell'operato dell'attestatore investono il merito - non sindacabile in questa sede - della valutazione complessivamente compiuta dal tribunale sui contenuti dell'attestazione resa, la quale in ogni caso include, per espressa disposizione di legge, la "fattibilità" (*tout court*) del piano (art. 161 l.fall. comma 3), senza distinzione alcuna tra i profili giuridici o economici di tale requisito, peraltro inequivocabilmente riconosciuto mancante anche nell'ordinanza n. 10884/2020 di questa Corte (all. 1 memoria di parte ricorrente, pagg. 5-7), la quale ha respinto il ricorso avverso la sentenza della Corte di appello di Venezia che aveva confermato l'inammissibilità della domanda di concordato preventivo (e la conseguente declaratoria di fallimento) della (*omissis*) S.n.c. (*omissis*).

3. Il secondo mezzo lamenta la violazione del combinato disposto dell'art. 1176 c.c., comma 2, e dell'art. 2236 c.c., in quanto, trattandosi di obbligazione di mezzi, e non di risultato, "l'inadempimento del professionista non può essere desunto dal mancato raggiungimento del risultato cui mira il cliente, ma soltanto da una specifica e chiara responsabilità, con riguardo alla natura ed alle modalità dell'attività esercitata", alla stregua del dovere di diligenza media, ex art. 1176 c.c., comma 2, salvo il caso di esclusione della colpa lieve, ex art. 2236 c.c., se la prestazione richiede la soluzione di problemi

tecnici di particolare difficoltà. La decisione del tribunale sarebbe dunque “del tutto immotivata” non solo con riguardo alla declaratoria di inammissibilità del concordato e contestuale dichiarazione di fallimento (allora *sub iudice* a seguito del “ricorso per cassazione avverso il rigetto del reclamo”), ma anche e soprattutto su “l’(asserito) inadempimento dell’obbligazione (di mezzi) gravante sul professionista per non essere l’attività ‘idonea a raggiungere quel risultato”.

3.1. Anche in questo caso la censura non coglie la *ratio decidendi* della decisione impugnata, la quale, lungi dall’affermare che l’inadempimento del professionista consisterebbe nel mancato conseguimento del risultato (i.e. l’ammissione della proposta di concordato preventivo) afferma - sulla scorta della giurisprudenza di questa Corte ivi ampiamente richiamata - che, se è vero che l’attività professionale integra, di regola, un’obbligazione di mezzi e non di risultato, è pur vero che essa deve essere svolta in modo da risultare idonea al conseguimento del risultato, secondo il parametro fissato dall’art. 1176 c.c., comma 2, “che è quello della diligenza del professionista di media attenzione e preparazione”, attraverso la ricerca della soluzione che, in quanto conforme all’orientamento giurisprudenziale prevalente, “consenta di tutelare maggiormente il cliente”. Sotto l’altro profilo censurato, il ricorrente non prospetta specificamente quali sarebbero, in concreto, i presupposti di fatto che renderebbero applicabile la responsabilità attenuata *ex art. 2236 c.c.*

3.2. In ogni caso, la decisione risulta conforme al consolidato orientamento di questa Corte per cui le obbligazioni inerenti all’esercizio dell’attività professionale sono (di regola) obbligazioni di mezzi - in quanto il professionista, assumendo l’incarico, si impegna a prestare la propria opera per raggiungere il risultato desiderato, ma non a conseguirlo - con conseguente rilevanza, ai fini del giudizio di responsabilità nei confronti del professionista, delle modalità di svolgimento dell’attività, da valutare in relazione al parametro della diligenza fissato dall’art. 1176 c.c., comma 2, che è quello della diligenza del professionista di media attenzione e preparazione (Cass. 3765/2017, 4790/2014, 18612/2013, 3030/2011, 10454/2002).

3.3. In particolare, l’onere di costante informazione sulla giurisprudenza, gravante *in primis* sull’avvocato (Cass. 3030/2011) ma anche sulle figure che svolgono un ruolo sostanzialmente analogo in sede procedurale (come, nel caso di specie, l’attestatore), fa sì che il professionista può essere chiamato a rispondere anche per semplice negligenza, *ex art. 1176 c.c.*, comma 2 - e non solo per dolo o colpa grave ai sensi dell’art. 2236 c.c. - a fronte di un’eventuale incertezza sulla norma giuridica da applicare al caso concreto, o di un contrasto giurisprudenziale (Cass. 3765/2017, 18612/2013) o del proprio dissenso rispetto all’orientamento prevalente, essendo egli tenuto a “scongiurare le conseguente, sfavorevoli per il proprio assistito, della prevedibile applicazione dell’orientamento ermeneutico da cui pur dissente” (Cass. 4790/2014). Nel caso di specie, il tribunale ha sottolineato che le tesi giuridiche sulle quali si è fondata l’attestazione “non risultano suffragate da alcun precedente giurisprudenziale e non possono ritenersi quindi rispettose del principio di prudenza e diligenza”.

3.4. Anche di recente questa Corte ha ribadito che il professionista “è tenuto all’esecuzione del contratto di prestazione d’opera professionale secondo i canoni della diligenza qualificata, di cui al combinato disposto dell’art. 1176 c.c., comma 2, e dell’art. 2236 c.c.” (Cass. 8494/2020, con riguardo all’avvocato), espletando la sua attività professionale in modo funzionale non solo al raggiungimento dello scopo tipico cui essa è preordinata, ma anche al rispetto degli obblighi imposti - e al conseguimento degli effetti vantaggiosi previsti - dalla normativa in concreto applicabile, dovendo altresì “adottare tutte le misure e le cautele necessarie ed idonee per l’esecuzione della prestazione, secondo il modello di precisione e di abilità tecnica nel caso concreto richiesto” (Cass. 8496/2020, con riguardo allo stimatore d’asta), sicché, in difetto, egli risponde dei danni originati dal comportamento non conforme alla diligenza qualificata cui è obbligato, anche nella sola ipotesi di colpa lieve (Cass. 26369/2014, in riferimento a notaio incaricato di redigere un atto pubblico di trasferimento immobiliare; Cass. 13828/2019, in riferimento a consulente contabile incaricato di assistere le parti in un’operazione di cessione di ramo di azienda; Cass. 2913/2020, in riferimento al direttore dei lavori per la responsabilità conseguente a vizi o difformità dell’opera appaltata).

3.5. Orbene, la diligenza qualificata di cui all’art. 1176 c.c., comma 2 - nei profili di cura, cautela, perizia e legalità in cui essa si articola - declina un modello astratto di condotta che si estrinseca in un adeguato sforzo tecnico, volto all’adempimento della prestazione dovuta con impiego delle energie e dei mezzi normalmente ed obiettivamente necessari e utili, da valutare in ragione della diligenza media richiesta per la specifica natura dell’attività esercitata (cd. *diligentia quam in concreto*: Cass. 8496/2020, 21775/2019, 15732/2018, 12995/2006). Tale livello di diligenza, se appare superiore a quello del comune debitore, va tuttavia considerato normale in relazione alla specifica attività professionale esercitata, giacché è proprio lo standard professionale di pertinenza che vale ad intercettare il contenuto della perizia dovuta, la misura dello sforzo diligente adeguato per conseguirlo e il corrispondente grado di responsabilità, con la precisazione che ai diversi gradi di specializzazione corrispondono diversi gradi di perizia, potendosi perciò distinguere tra una diligenza professionale generica e una diligenza professionale variamente qualificata (Cass. 8496/2020, 15732/2018, 8035/2016, 8826/2007).

3.6. In tal senso si è detto che le obbligazioni professionali sono “caratterizzate dalla prestazione di attività particolarmente qualificata da parte di soggetto dotato di specifica abilità tecnica, in cui il conferente l’incarico e i terzi fanno affidamento, al fine del raggiungimento del risultato perseguito o sperato. Affidamento tanto più accentuato, in vista dell’esito positivo nel caso concreto conseguibile, quanto maggiore è la specializzazione del professionista (nonché la qualità organizzativa materiale e tecnica della struttura operativa di cui si avvale)” (Cass. 8496/2020).

3.7. Ne segue altresì che “lo spostamento verso l’alto della soglia di normalità del comportamento diligente dovuto determina la corrispondente diversa considerazione del grado di tenuità della colpa” (cfr. Cass. 4437/1982),

sebbene i limiti di tale responsabilità siano quelli generali in tema di responsabilità contrattuale da inadempimento *ex art.* 1218 e ss. c.c., che presuppone l'esistenza della colpa lieve del debitore, e cioè il difetto dell'ordinaria diligenza (v. Cass., Sez. U, 13533/2001), senza che una limitazione della misura dello sforzo diligente dovuto nell'adempimento dell'obbligazione e della conseguente responsabilità per il caso di relativa mancanza o inesattezza - possa farsi discendere dalla qualificazione dell'obbligazione del professionista in termini di "obbligazione di mezzi" (Cass., Sez. U, 576/2008, richiamata da Cass. 8496/2020).

3.8. Infine, sotto il profilo probatorio, l'art. 2236 c.c. non rileva ai fini della ripartizione del relativo onere, incombando in ogni caso al professionista dare la prova della particolare difficoltà della prestazione, poiché la norma in questione implica esclusivamente una valutazione della colpa del medesimo parametrata alle circostanze del caso concreto (Cass. 5928/2002, 8826/2007, 10297/2004, 11488/2004, 22222/2014, 8496/2020). Onere, questo, che nel caso di specie non risulta assolto nemmeno a livello di allegazione.

4. Il terzo mezzo lamenta la violazione dell'art. 111 l. fall., u.c., per essere la decisione impugnata in contrasto con il principio per cui il credito del professionista attestatore rientrerebbe de plano tra i crediti in funzione

della procedura concorsuale, a prescindere dalla utilità della prestazione resa - che nel caso di specie sarebbe comunque pacifica - e come tale andrebbe soddisfatto in prededuzione nel successivo fallimento.

4.1. La censura è inammissibile poiché il tribunale, avendo accolto l'eccezione di inadempimento sollevata dalla curatela fallimentare, ha espressamente (e correttamente) dichiarato assorbita la questione della prededucibilità del credito.

4.2. Va comunque ribadito, per completezza, che ai fini della prededucibilità in questione, pur non rilevando l'utilità *ex post*, rileva comunque l'inidoneità *ex ante* della prestazione (*ex multis* Cass. 13596/2020, 9027/2020, 220/2020, 12017/2018, 1182/2018), laddove l'eccezione di inadempimento - che integra una questione di merito - riguarda la potenziale idoneità *prima facie* della prestazione all'avvio della procedura (Cass. 22467/2018; cfr. Cass. 22785/2018).

5. Per analoghe ragioni è inammissibile anche il quarto motivo, poiché il riconoscimento del privilegio *ex art.* 2751-bis c.c., n. 2, invocato in subordine rispetto alla prededuzione, presupporrebbe l'ammissione al passivo del credito, che invece è stata negata dal tribunale con il decreto impugnato.

(*omissis*).

## L'eccezione di inadempimento quale motivo ostativo all'ammissione allo stato passivo del credito dell'attestatore

di Federico Canazza (\*)

La pronuncia della Suprema Corte ha ad oggetto la valutazione delle modalità di espletamento dell'incarico concernente la predisposizione della relazione *ex art.* 161, comma 3, l.fall. affidato all'attestatore, ai fini dell'ammissibilità, o meno, del relativo credito professionale al passivo del fallimento conseguente alla declaratoria di inammissibilità del concordato preventivo. La Corte di cassazione ha affermato che, qualora l'attestatore violi i doveri di diligenza contemplati dall'art. 1176, comma 2, c.c., la Curatela è legittimata ad eccepire l'inadempimento del professionista stesso, escludendo - quale conseguenza - il credito professionale dallo stato passivo.

### La fattispecie al vaglio della Suprema Corte

La Corte di cassazione è stata investita del giudizio di impugnazione concernente il provvedimento con il quale il Tribunale di Padova ha rigettato l'opposizione *ex art.* 98 l.fall. proposta dall'attestatore, che aveva agito per eccepire l'assunta errata esclusione del proprio credito, insinuato in prededuzione, ovvero, in subordine, al privilegio, a titolo di compenso per l'attività prestata in sede di predisposizione della relazione ai sensi dell'art. 161, comma 3, l.fall.

La Curatela e, quindi, il Giudice delegato avevano, invero, eccepito l'inadempimento del professionista ai propri doveri di diligenza, essendo risultata la proposta di concordato preventivo "palesamente ed astrattamente inammissibile" (*ex art.* 162 l.fall.). Al riguardo, è bene rilevare come - dalla lettura della pronuncia - risulti che il Tribunale di Padova avesse dichiarato l'inammissibilità della proposta di concordato preventivo in quanto (i) non vi era - a differenza di quanto indicato dall'attestatore - alcun contrasto giurisprudenziale in merito alle questioni tecniche

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

sottese al piano concordatario; (ii) il professionista aveva richiamato tesi giuridiche sostenute solo da parte della dottrina, ma non suffragate da alcun precedente giurisprudenziale; e (iii) il piano violava alcuni principi giuridici in materia di concordato preventivo, quali il rispetto delle cause di prelazione (*i.e.* il pagamento dei debiti chirografari prima dell'integrale pagamento di quelli privilegiati, in assenza di nuova finanza; l'utilizzo del ricavato della vendita dei beni dei soci per il pagamento dei loro debiti personali, e non di quelli della società) ed il rispetto del principio di competitività nell'attività liquidatoria.

L'attestatore, in sede di opposizione allo stato passivo, ha eccepito l'erroneità, a suo dire, della valutazione operata in sede di verifica del passivo, ritenendo *in primis* di aver operato diligentemente - ai sensi e per gli effetti degli artt. 1176, comma 2, e 2236 c.c. -, in quanto avrebbe egli stesso rilevato le criticità discendenti dalle soluzioni giuridiche proposte, e che, secondariamente, il suo credito avrebbe comunque dovuto essere ammesso al passivo in prededuzione conformemente all'art. 111, ultimo comma, l.fall., in quanto sarebbe rientrato *de plano* tra i crediti sorti "in funzione" della procedura concorsuale (e ciò a prescindere dall'utilità della prestazione resa), ovvero, in subordine, al privilegio *ex art. 2751-bis*, n. 2, c.c.

### Il ruolo e la funzione dell'attestatore

Al fine di comprendere la *ratio* sottesa alla decisione della Suprema Corte è opportuno considerare, preliminarmente, quale sia il compito che grava sul professionista attestatore, figura introdotta con l'intervento operato attraverso il D.L. 14 marzo 2005, n. 35 (conv. con modif. dalla L. 14 maggio 2005, n. 80).

Seppur nominato dal debitore, l'attestatore, in considerazione del ruolo precipuo che assume nel panorama concorsuale, oltre a dover operare in maniera indipendente (1), deve - conformemente al disposto dell'art. 67, comma 3, lett. d), l.fall. - essere iscritto

nel registro dei revisori legali ed essere in possesso dei requisiti previsti dall'art. 28, lett. a) e lett. b), l.fall. (*i.e.* deve trattarsi di professionisti, studi o società tra professionisti che possono essere nominati curatori fallimentari).

Il professionista deve inoltre essere in possesso dei requisiti previsti dall'art. 2399 c.c. e, pertanto, non può essere (i) interdetto, inabilitato, fallito, o essere stato condannato ad una pena che importi l'interdizione (anche temporanea), dai pubblici uffici o l'incapacità ad esercitare uffici direttivi, (ii) coniuge, parente o affine entro il quarto grado del debitore (ovvero degli amministratori della società debitrice), (iii) stato legato alla società o alle società da questa controllate o alle società che la controllano o a quelle sottoposte a comune controllo da un rapporto di lavoro o da un rapporto continuativo di consulenza o di prestazione d'opera retribuita, ovvero da altri rapporti di natura patrimoniale che ne compromettano l'indipendenza (2).

La violazione del requisito dell'indipendenza è considerata un vizio radicale, in quanto impedisce al professionista di svolgere in maniera adeguata la propria funzione, che è individuata dal comma 3 dell'art. 161 l.fall. nella predisposizione di una relazione che attesti la veridicità dei dati aziendali e la fattibilità del piano concordatario e che accompagni il piano medesimo e la domanda di ammissione alla procedura (nonché la documentazione specificamente prevista dalla normativa, ossia la relazione aggiornata sulla situazione patrimoniale, economica e finanziaria dell'impresa, lo stato analitico ed estimativo delle attività e l'elenco nominativo dei creditori, con l'indicazione dei rispettivi crediti e delle cause di prelazione, l'elenco dei titolari dei diritti reali o personali su beni di proprietà o in possesso del debitore, il valore dei beni e i creditori particolari degli eventuali soci illimitatamente responsabili).

La relazione, che è elemento necessario della domanda - e, pertanto, presupposto la cui carenza ne inficia

(1) Si veda, per un'analisi dettagliata del tema dell'indipendenza dell'attestatore sia in relazione ai rapporti con i soggetti interessati al risanamento che in relazione ai (precedenti) rapporti con il debitore, A. Guiotto, *L'indipendenza dell'attestatore: patologie e conseguenze*, in questa *Rivista*, 2020, 1601 ss., il quale - *inter alia* - sottolinea come ciò che il sistema intende impedire è che possano svolgere le funzioni di attestatore professionisti che, in ragione di altre funzioni o di determinati legami e rapporti, rischiano di vedere pregiudicata la loro indipendenza psicologica.

(2) Gli obblighi di indipendenza e terzietà così individuati sono stati confermati anche nel "codice della crisi e dell'insolvenza" di imminente entrata in vigore, il quale - all'art. 2, lett. o), CClI - definisce il "professionista indipendente" come "il professionista

incaricato dal debitore nell'ambito di una delle procedure di regolazione della crisi di impresa che soddisfi congiuntamente i seguenti requisiti: a) essere iscritto all'albo dei gestori della crisi e insolvenza delle imprese, nonché nel registro dei revisori legali; b) essere in possesso dei requisiti previsti dall'articolo 2399 del codice civile; c) non essere legato all'impresa o ad altre parti interessate all'operazione di regolazione della crisi da rapporti di natura personale o professionale; il professionista ed i soggetti con i quali è eventualmente unito in associazione professionale non devono aver prestato negli ultimi cinque anni attività di lavoro subordinato o autonomo in favore del debitore, né essere stati membri degli organi di amministrazione o controllo dell'impresa, né aver posseduto partecipazioni in essa".

l'ammissibilità stessa (3) - si compone, come testé rilevato, di due specifiche attestazioni:

(a) la prima concerne la veridicità dei dati aziendali, genericamente riferiti al complesso di beni costituendi l'azienda (ai sensi dell'art. 2555 c.c.) (4), siano essi di natura contabile o *extra-contabile* (5), ed, essendo sostanzialmente diretta a sostituire (o, quantomeno, a condizionare in maniera significativa) l'attività istruttoria del tribunale ed a garantire che i creditori siano adeguatamente e correttamente informati sugli esatti termini della proposta (6), non può limitarsi a dar conto del mero recepimento dalla contabilità dell'imprenditore, senza che sia stato effettuato alcun controllo (7).

Il professionista è, infatti, tenuto ad evidenziare - quanto alle risultanze contabili - gli estremi dell'analisi compiuta, i riscontri operati, i criteri valutativi e le metodologie seguite nel procedimento di revisione di detta contabilità, la loro coerenza con le cause e le circostanze del dissesto (8).

I dati aziendali - come certificati dall'attestatore - devono essere veritieri, ossia idonei a rappresentare l'effettiva situazione patrimoniale, economica e finanziaria, analiticamente esposta, della società, così che possa ritenersi che i beni e le attività aziendali, correttamente valutate, siano effettivamente idonee a soddisfare (nelle percentuali proposte) i creditori concorrenti (9);

(b) la seconda attestazione caratterizzante l'attività del professionista riguarda la (concreta) fattibilità del piano ed implica che l'attestatore non si limiti ad una semplice indicazione formulata in termini apodittici (10), ovvero al ricorso a formule di stile, ma fornisca una chiara ed esaustiva illustrazione delle considerazioni a supporto delle proprie conclusioni, motivando in modo chiaro e approfondito le ragioni

che lo hanno indotto ad esprimere un giudizio positivo in relazione alla probabile riuscita del piano, dovendo la motivazione dell'attestazione caratterizzarsi per essere sostanziale e oggettiva (11).

L'attestazione del professionista deve, quindi, evidenziare gli estremi di coerenza con le cause e circostanze del dissesto individuate, la valutazione comparata di possibili ipotesi alternative, l'indicazione di obiettivi e risorse che permettano all'impresa il recupero di una condizione di equilibrio per i piani di risanamento e, per le liquidazioni, gli elementi di certezza che ne concretizzano nel tempo i valori dedotti a fondamento della indicata soddisfazione del ceto creditorio (12).

Il discorso asseverativo dell'attestatore sulla fattibilità deve caratterizzarsi per coerenza e competenza logico-argomentativa, risultando immune da carenze e/o vizi logici, così da concretizzarsi in un giudizio fondato su elementi obiettivi (13), pur essendone intuitiva la difficoltà in quanto giudizio prognostico correlato a una "dimensione futura" (14).

È bene altresì rammentare come, a seguito di un intervento delle Sezioni Unite nel 2013 (15), il concetto di "fattibilità" - e, quindi, di realizzabilità - della proposta (nei termini prospettati dal debitore) si declini in una distinzione che concerne, per un verso, la fattibilità giuridica e, per altro, quella economica.

In tale contesto, al momento dell'ammissibilità - così come al momento dell'omologa (16) - il Tribunale dovrà accertare la fattibilità giuridica del piano, attraverso un controllo finalizzato a verificare se l'attestazione del professionista risponda ai criteri formali previsti dalla legge, se soddisfisi i presupposti sostanziali, se le argomentazioni svolte e le motivazioni indicate dal professionista a sostegno del proprio giudizio siano corrette e coerenti con le conclusioni finali ipotizzate.

(3) P. Pajardi - A. Paluchowski, *Manuale di diritto fallimentare*, Milano, 2008, 827.

(4) L. Zocca, *Accordi di ristrutturazione, piani di risanamento e relazione del professionista*, Milano, 2006, 85.

(5) U. De Crescenzo - L. Panzani, *Il nuovo diritto fallimentare*, Milano, 2005, 31.

(6) App. Torino 19 giugno 2007, in questa *Rivista*, 2007 1315.

(7) Trib. Torino 17 novembre 2005, in questa *Rivista*, 2006, 479.

(8) Trib. Bologna 17 febbraio 2009 e Trib. Palermo 17 febbraio 2006, in questa *Rivista*, 2006, 570.

(9) Trib. Ancona 30 novembre 2006, in *DeJure*, il quale chiarisce che "[D]eve essere correttamente indicato l'ammontare del passivo ed analiticamente esposta la situazione debitoria, con espressa individuazione della natura e della tipologia dei crediti".

(10) A. Patti, *I diritti dei creditori nel nuovo concordato preventivo*, in M. Fabiani - A. Patti, *La tutela dei diritti nella riforma fallimentare*, Milano, 2006, 280.

(11) Trib. Novara 26 aprile 2010, in *www.ilcaso.it* e, in dottrina, V. Zanichelli, *I concordati giudiziali*, Torino, 2010, 175.

(12) Trib. Bologna 17 febbraio 2009, in *www.ilcaso.it*.

(13) G. Lo Cascio, *Il professionista attestatore*, in questa *Rivista*, 2013, 1329.

(14) P. Liccardo, Commento all'art. 161, in AA.VV., *La legge fallimentare dopo la riforma*, III, a cura di A. Nigro - M. Sandulli - V. Santoro, Torino, 2010, 2066, e, in giurisprudenza, Trib. Milano 18 marzo 2010, in *www.ilcaso.it*, per il quale "L'interpretazione dell'art. 161, comma 3, l.fall., nel valorizzare la fondamentale funzione di garanzia che la relazione dell'attestatore assume nell'ambito del procedimento, comporta che il professionista assuma inequivocabilmente la responsabilità in ordine all'attestazione ... sulla fattibilità del piano stesso, illustrando congruamente ... gli elementi di fatto e le valutazioni che il professionista ha ritenuto idonee a dimostrare con ragionevole certezza - benché con i limiti propri di un giudizio prognostico - l'attuabilità del piano. Il professionista ... deve svolgere tutte le verifiche che ... siano necessarie ai fini dell'attestazione richiesta, ossia ai fini della sua idoneità ad assicurare, secondo una valutazione *ex ante*, la ragionevole certezza dell'attuazione del piano".

(15) Cass. Civ., SS.UU., 23 gennaio 2013, in *One LEGALE* <https://onelegale.wolterskluwer.it/>.

(16) Trib. Palermo 18 maggio 2007, in questa *Rivista*, 2008, 75.

Quanto alla fattibilità economica, la relativa valutazione è rimessa ai creditori, che, invero, si trovano a pronunciarsi in ordine alla convenienza della proposta concordataria, ferma la valutazione in capo al tribunale attinente alla sussistenza, o meno, della possibilità della procedura di realizzare la causa concreta che la contraddistingue (17), così che il compito del giudice è quello di garantire il rispetto della legalità nello svolgimento della procedura concorsuale, esercitando sulla relazione del professionista attestatore un controllo specifico, concernente la congruità e la logicità della motivazione e il profilo del collegamento effettivo tra i dati riscontrati e il conseguente giudizio (18).

### La diligenza richiesta: aspetti introduttivi

Alla luce di quelli che - come testé richiamati - costituiscono i principi ed i vincoli sottesi all'attività del professionista attestatore, appare evidente come lo stesso risulti essere una figura di garanzia nell'interesse, oltre che del proponente il concordato, di ogni singolo creditore (19) e dell'intera procedura (20). Invero, nella fase - assai delicata e, al contempo, centrale - di circolarizzazione della soluzione ipotizzata dal debitore per gestire la crisi, emerge, in maniera stringente, la necessità che (i) il commissario giudiziale ed il tribunale, al fine di svolgere i controlli loro demandati dalla legge fallimentare, possano fare affidamento su elementi caratterizzati da serietà ed attendibilità (21) e che (ii) i creditori ricevano precise e puntuali valutazioni così che essi possano esprimere con il voto un giudizio informato e consapevole sulla convenienza del concordato (22).

Come emerso nel capitolo che precede, l'attività dell'attestatore si caratterizza per avere la certificazione che lo stesso è chiamato ad operare un duplice oggetto, costituito, per un verso, dalla veridicità dei dati aziendali e, per altro, dalla fattibilità del piano (23): l'attestazione, quindi, contiene - a ben vedere -, da un lato, una certificazione (24) e, dall'altro, una prognosi (25), che deve - al contempo - contenere ogni più idoneo chiarimento in ordine alla validità delle scelte operate dal debitore (26).

La predetta circostanza - connessa al fatto che la relazione si inserisce in un procedimento giurisdizionale nell'ambito del quale deve consentire di informare compiutamente il commissario giudiziale, i creditori ed il tribunale - fa sì che l'attestatore sia investito di poteri e doveri tipici dei soggetti esercenti un servizio di pubblica necessità (27).

Ciò implica - necessariamente - che l'attestatore debba operare in maniera attenta e precisa, nonché secondo canoni professionali predeterminati: tale principio si concretizza, nel contesto dell'asseverazione dei dati aziendali, nella necessità di operare - (anche) attraverso accessi diretti in azienda - una *due diligence* volta all'attestazione in generale della situazione economica, patrimoniale e finanziaria del debitore (28), dando così corso - *inter alia* - ad un *audit* sulla contabilità aziendale (29), da effettuarsi nel rispetto dei principi di revisione (30).

La relazione sulla situazione patrimoniale, economica e finanziaria dell'impresa dovrà, quindi, essere aggiornata ad una data la più possibile vicina a quella del deposito della domanda di concordato e dovrà contenere una dettagliata esposizione della predetta

(17) Cfr. App. Napoli 16 giugno 2020, in *expartecreditoris.it*.

(18) Cass. Civ. 22 maggio 2014, n. 11423, e Cass. Civ. 27 maggio 2013, n. 13083, entrambe in *One LEGALE* <https://onelegale.wolterskluwer.it/>.

(19) Trib. Pordenone 13 gennaio 2010, in *www.ilcaso.it*.

(20) Cass. Civ. 19 aprile 2017, n. 9927.

(21) Trib. Pescara 20 ottobre 2005, in questa *Rivista*, 2006, 56, e Trib. Monza 17 ottobre 2005, in *dircomm.it*.

(22) Cass. Civ. 29 ottobre 2009, n. 22927, in *One LEGALE* <https://onelegale.wolterskluwer.it/>, e Trib. Monza 30 settembre 2010, in *www.ilcaso.it*, per il quale il consenso del ceto creditorio deve essere consapevole ed informato, consequenziale ad un corretto interscambio delle informazioni necessarie ad eliminare eventuali asimmetrie informative ed "a consentire ai creditori - tramite il voto in adunanza - di esprimere con pienezza di informazioni quella valutazione di convenienza che di fatto ad essi solo è rimessa", nonché, in dottrina, L. Pica, *Il concordato preventivo*, in AA.VV., *Fallimento e concordati*, a cura di P. Celentano - E. Forgillo, Torino, 2008, 1104.

(23) L. Mandrioli, *Il piano di ristrutturazione nel concordato preventivo tra profili giuridici ed aspetti aziendalistici*, in questa *Rivista*, 2005, 1337.

(24) S. Pacchi, *Il nuovo concordato preventivo*, Milano, 2005, 107.

(25) M. Fabiani, *Il diritto della crisi e dell'insolvenza. Aggiornato alla l. 19 ottobre 2017, n. 155*, Bologna, 2017, 496.

(26) L. Mandrioli, *Le relazioni attestative del professionista*, in *Nuovo diritto delle società*, 2006, 38.

(27) Trib. Rovereto 12 gennaio 2012, in *www.ilcaso.it*.

(28) L. Antonello - G. Peracin, *Concordato preventivo. La relazione del professionista sulla veridicità dei dati aziendali e fattibilità del piano*, in *Il commercialista veneto*, marzo/aprile 2006, 8.

(29) G. La Croce, *La domanda di concordato preventivo e la relazione del professionista (intervento al Convegno "La riforma della legge fallimentare: il nuovo concordato preventivo e gli accordi stragiudiziali")*, Milano 14-15 giugno 2005, 12. Si discute, peraltro, se, considerato il livello di diligenza richiesto all'attestatore, costui possa effettuare dei riscontri anche solo "a campione": in senso favorevole, S. Ambrosini, *La domanda di concordato preventivo*, in AA.VV., *La riforma della legge fallimentare*, a cura di S. Ambrosini, Bologna, 2006, 317; *contra* G. Verna, *La relazione professionale che accompagna il piano di concordato preventivo*, in *Dir. fall.*, 2008, I, 235.

(30) L. Zocca, *Accordi di ristrutturazione, piani di risanamento e relazione del professionista*, Milano, 2006, 87.

situazione, chiarendo in maniera esaustiva lo stato analitico ed estimativo delle attività ed attestando la veridicità dei dati aziendali e la fattibilità del piano attraverso un'adeguata motivazione, che dia atto delle verifiche effettuate, nonché della metodologia e i criteri seguiti per pervenire all'attestazione medesima (31).

Orbene, in tale contesto, occorre sottolineare sin d'ora due aspetti - uno consequenziale all'altro - sui quali si tornerà nel prosieguo della presente trattazione, ossia, *in primis*, la circostanza che la figura del professionista attestatore viene in rilievo non tanto (o, comunque, non solo) per il rapporto fiduciario che lo lega al cliente (*i.e.* al debitore), bensì per la sua competenza professionale e la funzione di garante anche nei confronti dei terzi (32), e, secondariamente, il fatto che egli incorre in responsabilità civile allorquando attesti dati aziendali in modo non fedele o affermi la fattibilità del piano sulla base di valutazioni non coerenti con le risultanze obiettive accertate.

In relazione a tale secondo aspetto, è bene evidenziare come, in linea di principio, la responsabilità di cui trattasi è considerata di natura *extra*-contrattuale (ai sensi e per gli effetti dell'art. 2043 c.c.) nei confronti dei creditori che abbiano subito un danno immediato e diretto in elazione alla condotta illecita dell'attestatore, ovvero di natura contrattuale nei confronti dell'imprenditore che lo ha incaricato di redigere la relazione se e nella misura in cui sia ravvisabile una violazione di legge del suo operato, ovvero rilevino negligenza, imprudenza o imperizia (33).

Si è peraltro rilevato come, essendo il contratto privatistico di opera professionale caratterizzato nell'ipotesi *de qua* da finalità di tutela di interessi di terzi (34), si possa ipotizzare l'assimilazione dello stesso alla figura di creazione teutonica del contratto con effetti protettivi (il c.d. *Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte*), con conseguente possibilità di estendere la responsabilità contrattuale anche rispetto ai creditori (35).

Ciò detto, è bene osservare come nessuna norma di legge definisca tipo, grado e contenuto della diligenza e della conseguente responsabilità - del professionista attestatore (36).

### La diligenza del debitore nell'adempimento delle proprie obbligazioni

Tale, ultima, considerazione costringe l'interprete a ricorrere - al fine di definire quale sia la diligenza richiesta all'attestatore - ai principi di diritto privato. Le tesi svolte dalla Suprema Corte interessano, invero, in maniera specifica l'applicazione dei principi sanciti dall'art. 1176 c.c. e dall'art. 2236 c.c. in punto diligenza nell'adempimento da parte, in generale, dei professionisti, e, in modo particolare, dell'attestatore nel contesto della redazione della relazione prevista dal comma 3 dell'art. 161 l.fall. In tale contesto, è bene rammentare che se è l'art. 1218 c.c. a stabilire che il debitore risponde dell'inadempimento della prestazione qualora non sia in grado di dimostrare che tale inadempimento non gli è imputabile, è l'art. 1176 c.c. a definire - di fatto - il criterio generale in base al quale si determina l'imputabilità, o meno, dell'inadempimento stesso: il riferimento corre al concetto di "colpa" (37), per la verità, privo di definizione nel corpo dell'art. 1176 c.c., che rappresenta pur sempre una norma di carattere generale.

Tale circostanza implica necessariamente che sia l'interprete, di volta in volta, a delineare - in relazione alla struttura del rapporto obbligatorio e, quindi, alla natura dell'obbligazione principale dedotta nella fattispecie - il contenuto dei doveri nei quali il criterio della responsabilità per colpa si estrinseca.

Per far ciò, l'interprete non può che prendere le mosse dal concetto di "diligenza", che ricorre espressamente nell'art. 1176 c.c., il quale però - anche in tal caso - non contiene una definizione (38).

Nell'ordinamento, la diligenza costituisce il criterio per stabilire come il debitore debba adempiere e

(31) Cass. Civ. 25 ottobre 2010, n. 21860, in *One LEGALE* <https://onelegale.wolterskluwer.it/>.

(32) Trib. Piacenza 1° luglio 2008, in [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it).

(33) M. Nobili, *Domanda di concordato e sua ammissibilità o inammissibilità*, in AA.VV., *Fallimento e crisi d'impresa*, Milano, 2019, 683; C. Palmerio, *La domanda di concordato*, in AA.VV., *Fallimento e altre procedure concorsuali*, a cura di A. Anglani - F. Cesaris - G. Fauda - F. Marelli - G.C. Sessa, Milano, 2017, 636, e S. Casonato, *Artt. 160-186. Del concordato preventivo e degli accordi di ristrutturazione*, in AA.VV., *Formulario annotato delle procedure concorsuali*, a cura di L. Guglielmucci, Padova, 2012, 483.

(34) P. Pajardi - A. Paluchowski, *Manuale di diritto fallimentare*, Milano, 2008, 833.

(35) Cfr. Trib. Rovigo 14 maggio 2015.

(36) A. Paletta, *Art. 161. La ricostruzione economico-aziendale. Il corredo informativo da allegare al ricorso e la relazione del professionista ex art. 161 l.f.*, in AA.VV., *La legge fallimentare. Commentario teorico-pratico*, a cura di M. Ferro, Padova, 2014, 2182.

(37) C.A. Cannata, *L'oggetto dell'obbligazione*, in AA.VV., *Trattato di diritto privato. Obbligazioni e contratti - I*, 9, diretto da P. Rescigno, Torino 1984, 57.

(38) Nella relazione al codice civile (n. 559) si osserva(va) che tale criterio "richiamato in via generale nell'art. 1176 come misura del comportamento del debitore nell'eseguire la prestazione dovuta, riassume in sé quel complesso di cura e di cautele che ogni debitore deve normalmente impiegare nel soddisfare la

strumento per decidere se e in quale misura il debitore debba essere considerato responsabile dell'inadempimento (39).

La nozione di "diligenza" si presenta come un concetto indeterminato che l'interprete è necessariamente chiamato a riempire di significato: il legislatore ha optato, quindi, per delegare all'interprete l'effettuazione di un bilanciamento di interessi che nella normazione per fattispecie definite riserva a sé stesso.

In tal senso, la "diligenza" si presenta come espressione volta ad individuare un canone di valutazione della condotta rapportato ad una varietà di situazioni di fatto e di tipologie di rapporti obbligatori, tendenzialmente riconducibili - come rilevato in dottrina (40) - a tre macro gruppi, ossia:

(i) prestazioni in cui viene in considerazione un'attività di gestione di interessi altrui: si pensi, in primo luogo, all'art. 1710 c.c. in tema di mandato, e, in maniera derivata, agli artt. 382 c.c., in tema di responsabilità del tutore, 2030 c.c., con riferimento al gestore di affari altrui, nonché 2148 e 2167 c.c., in relazione agli obblighi di custodia del mezzadro e del colono;

(ii) rapporti contrattuali in cui prevale l'elemento della custodia, come nei casi dell'art. 1001 c.c. con riferimento all'usufruttuario, dell'art. 1587 c.c. concernente il conduttore nella locazione, dell'art. 1768 c.c. riferito al depositario e dell'art. 1804 c.c. riguardante il comodatario;

(iii) varie forme di lavoro autonomo, rispetto alle quali la nozione di "diligenza" è strettamente connessa - come *infra* precisato - ai concetti di "perizia" o di "esecuzione a regola d'arte".

### **(continua) La diligenza del debitore nell'adempimento delle proprie obbligazioni: i professionisti**

L'art. 1176 c.c. - proprio con riferimento al lavoro autonomo - opera una distinzione: mentre, infatti, il comma 1 sancisce che il debitore, nell'adempire le proprie obbligazioni, deve "usare la diligenza del buon

padre di famiglia", il comma 2 si riferisce specificamente al caso in cui le prestazioni *de quibus* abbiano carattere tecnico, ossia professionale, prevedendo che, in tal caso, la misura della colpa debba essere desunta dalle regole dell'arte di cui l'attività dovuta è espressione.

La norma, nonostante la distinzione testé ricordata, deve intendersi concepita in maniera unitaria e, in tale ottica, occorre considerare il contenuto del comma 2 non come una norma a sé stante, ma come una (mera) variante di quanto previsto al comma 1, ovvero come un'applicazione particolare della regola generale (41): la *ratio* del comma 2 è, quindi, che alle prestazioni tecnico-professionali si applichi (sempre) il criterio della diligenza di cui al comma 1 adattato nel senso di riferirsi al concetto di diligenza quale "regola tecnica" (42), ossia "perizia".

Peraltro, se si analizza il rapporto tra l'art. 1218 c.c. e l'art. 1176 c.c., emerge l'implicita enfaticizzazione, per quanto riguarda la seconda norma testé citata, della categoria delle prestazioni di fare, tanto che, per l'appunto, il comma 2 rinvia espressamente - almeno per quanto attiene all'esercizio delle attività professionali - all'analisi della "natura dell'attività esercitata".

Se è vero che le obbligazioni inerenti l'attività professionale sono, di regola, obbligazioni di mezzi e non di risultato - in quanto il professionista, assumendo l'incarico, si impegna a prestare la propria opera per raggiungere il risultato desiderato, ma non a conseguirlo -, è altrettanto vero che l'attività resa dal professionista deve comunque essere idonea a raggiungere quel risultato avendo egli, da un lato, il dovere primario di tutelare le ragioni del cliente e, dall'altro lato, quello di conformarsi al parametro della diligenza fissato dall'art. 1176, comma 2, c.c., che è quello della diligenza del professionista di media attenzione e preparazione: il contenuto dell'attività svolta non è dunque indifferente ai fini della valutazione di adempimento dell'obbligazione e, conseguentemente, della maturazione del diritto al pagamento del compenso (43).

La diligenza, che, nel caso di prestazione professionale, si concreta in una diligenza qualificata con

propria obbligazione, avuto riguardo alla natura del particolare rapporto... Si tratta di un criterio oggettivo e generale, non soggettivo-individuale: sicché non basterebbe per il debitore, per esimersi da responsabilità, dimostrare di aver fatto quanto stava in lui per cercare di adempiere esattamente l'obbligazione. Ma, d'altra parte, è un criterio che va commisurato al tipo speciale del singolo rapporto...".

(39) A. Di Majo, *L'adempimento dell'obbligazione*, Bologna, 1993, 53.

(40) L. Rovelli, *Art. 1176. Dell'adempimento in generale*, in AA.VV., *Commentario del codice civile*, diretto da E. Gabrielli, in *Delle Obbligazioni*, a cura di V. Cuffaro, Torino, 2012, 194.

(41) G. Cattaneo, *La responsabilità del professionista*, Milano, 1958, 53.

(42) A. Di Majo, *Delle obbligazioni in generale. Artt. 1173-1176*, in AA.VV., *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, Bologna, 1988, 430.

(43) Trib. Padova 1° giugno 2018, in [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it).



riferimento alle regole dell'arte, conosce diverse gradazioni (44): da quella dell'"esattissimo padre di famiglia" (*diligentia diligentissima*), che si esprime adempiendo alla propria obbligazione con la massima scrupolosità ed attenzione adottando ogni misura utile a evitare il danno (cfr. artt. 1681, 2050 e 2054 c.c.) e la cui mancanza dà luogo a una fattispecie di colpa lievissima, alla diligenza del buon padre di famiglia, adoperata dal soggetto medio, accorto e scrupoloso e la cui inosservanza dà luogo alla colpa lieve, per giungere alla diligenza del "*quisque de populo*", che si esprime nell'uniformarsi alla condotta più semplice ed elementare che la generalità dei consociati osserva e la cui assenza comporta la colpa grave (cfr. artt. 1710 e 1768 c.c.) (45).

### Il limite posto dall'art. 2236 c.c. e il rapporto con l'art. 1176 c.c.

Quella prevista dall'art. 1176, comma 2, c.c. non costituisce una specie di diligenza, ma piuttosto l'assunzione accanto a quest'ultima della perizia o capacità professionale come requisito ulteriore dell'esattezza della prestazione (46) e, in tale contesto, come emerge dalla lettura della pronuncia della Suprema Corte, l'art. 1176 c.c. si pone (altresì) in correlazione con l'art. 2236 c.c., che ne rappresenta un'integrazione complementare (47).

La principale conseguenza sul piano formale della qualificazione di un'attività come professionale è, infatti, la potenziale applicazione dell'art. 2236 c.c., il quale prevede che, se la prestazione implica la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà, il prestatore d'opera non risponde dei danni se non in caso di dolo o colpa grave.

L'art. 2236 c.c. trova la propria ragione d'essere nella necessità di conciliare due opposte esigenze: da un lato, non inibire le attività dei professionisti con il rischio di ingiuste rappresaglie da parte del cliente nell'ipotesi di insuccesso e, dall'altro, non indulgere verso decisioni non ponderate o inerzie riprovevoli da parte dei professionisti stessi (48).

È nuovamente l'interprete - e, specificamente, il giudice - a dover individuare quali sono gli obblighi (non scritti) cui deve sottostare il professionista: si tratta di "standard" di creazione giurisprudenziale in continua evoluzione, flessibili, che il legislatore non potrebbe cristallizzare normativamente e che si riferiscono (ancora una volta) al professionista di preparazione ed attenzione medie (c.d. "*average member of the professional*") (49)).

In termini generali, gli obblighi a cui gli artt. 1176 e 2236 c.c. si riferiscono sono legati ai concetti di diligenza, prudenza e perizia in relazione alla natura dell'attività, rispetto ai quali il buon professionista deve adeguarsi (50).

Volendo provare a definire in qualche modo le nozioni *de quibus*, possiamo ricondurre il concetto di perizia all'insieme delle cognizioni tecniche, acquisite sia attraverso lo studio che tramite l'esperienza, che consentono di eseguire un'attività secondo le regole dell'arte.

Così procedendo, sul versante opposto, si può delimitare l'imperizia, rilevante ai fini dell'inadempimento, nell'azione svolta nella consapevolezza di non avere le capacità per eseguire l'incarico assunto, ovvero nell'inosservanza delle cognizioni tecniche generali e fondamentali attinenti l'esercizio della professione, che, seppur non codificate, siano entrate nell'uso comune ed abitualmente applicate (51).

La prudenza, a sua volta, deve considerarsi essere costituita dall'agire solo a seguito di una conveniente preventiva riflessione, approntando le cautele del caso e considerando i rischi - anche solo eventuali - che possono conseguire all'azione.

La (colpevole) imprudenza deve, quindi, ritenersi presente ogniqualvolta manchi la rappresentazione da parte del professionista della possibilità dell'evento dannoso: occorre far riferimento al criterio della condotta umana a cui ogni soggetto deve attenersi per non incorrere in colpa - e, dunque, responsabilità -, per essersi mosso con superficialità e/o leggerezza, se non temerarietà.

Anche il professionista, nell'assolvere all'incarico ricevuto dal cliente, ha il dovere di informare i propri

(44) C.M. Bianca, *Diritto civile*, V, *La responsabilità*, Milano, 1994, 579.

(45) G. Musolino, *Contratto d'opera professionale*. Artt. 2229-2238, in AA.VV., *Il codice civile commentato*, fondato da P. Schlesinger - diretto da F.D. Busnelli, Milano, 2009, 369.

(46) C. Castronovo, *Le frontiere nobili della responsabilità civile*, in AA.VV., *La civilistica italiana dagli anni '50 ad oggi*, Padova, 1991, 661.

(47) Cass. Civ. 15 gennaio 2001, n. 499, in *Giur. it.*, 2003, 460.

(48) Relazione del Guardasigilli al codice civile, n. 917.

(49) W.L. Prosser - Keeton, *The law of torts*, St. Paul, Minnesota, 1984, 185 ss.

(50) Cfr. P.G. Monateri, *Le fonti delle obbligazioni*. 3. *La responsabilità civile*, Torino, 1998, 776 e 777.

(51) Cfr. R. Favale, *La responsabilità civile del professionista forense*, Padova, 2002, 256.

atti a prudenza in quanto questa rappresenta un limite alla sua discrezionalità tecnica (52).

La declinazione dei concetti di cui sopra è strettamente connessa alla regola per la quale - come sopra visto -, qualora la prestazione implichi la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà, la responsabilità viene circoscritta alle sole ipotesi di dolo o colpa grave: ciò implica che (i) nel caso del dolo, sia sufficiente la consapevolezza di dovere una determinata prestazione e di omettere di darvi esecuzione, accettando così il rischio di impedire il soddisfacimento della pretesa creditoria, mentre non occorre l'ulteriore requisito della consapevolezza e volontà di arrecare danno, e che, invece, (ii) il professionista incorra in colpa grave nei casi in cui non adotti le dovute cautele e/o dimostri di non conoscere e/o di non applicare le precauzioni che ogni professionista di quel settore eventualmente in possesso di quella specializzazione deve conoscere ed adottare.

Nel contesto di cui trattasi, è bene rilevare come, a differenza di quanto avveniva in passato, quando si assumeva che, nell'interpretazione della portata degli artt. 1176, comma 2, e 2236 c.c. in relazione ai casi in cui il professionista doveva occuparsi della soluzione di questioni giuridiche, il margine interpretativo e le oscillazioni della giurisprudenza costituivano un elemento per procedere con cautela nell'identificare la colpa del professionista stesso, disconoscendosi, quindi, salvo nelle ipotesi di dolo o colpa grave, la responsabilità in caso di interpretazione di leggi o di risoluzione di questioni opinabili, oggi il criterio della prudenza incide in maniera significativa (53).

### **La diligenza dell'attestatore professionista: l'applicazione dei principi civilistici nella verifica dello stato passivo**

Nell'avallare le decisioni del Tribunale di Padova in sede di opposizione allo stato passivo, la Corte di cassazione, pur riconoscendo che gli obblighi professionali sono di mezzi e non di risultato (54), rimarca il dovere dell'attestatore di operare con diligenza e perizia adeguate alla contingenza, così da assicurare

che la scelta professionale cada sulla soluzione che meglio tuteli il cliente (55), da valutarsi analizzando le modalità di svolgimento dell'attività in relazione al parametro della diligenza fissato dall'art. 1176, comma 2, c.c., che i Giudici di legittimità ribadiscono (peraltro) essere quello della diligenza del professionista di media attenzione e preparazione (56).

Nel caso di specie, l'assenza di diligenza da parte del professionista - in virtù di quanto emerso nella fase di merito - è stata rinvenuta nell'attestazione di un piano la cui fattibilità giuridica si poneva in violazione di alcuni inderogabili principi quali il rispetto delle cause di prelazione (i.e. il pagamento dei debiti chirografari prima dell'integrale pagamento di quelli privilegiati, in assenza di nuova finanza; l'utilizzo del ricavato della vendita dei beni dei soci per il pagamento dei loro debiti personali, e non di quelli della società) e del principio di competitività nell'attività liquidatoria.

Neppure il richiamo da parte del ricorrente ai "limiti" posti dall'art. 2236 c.c. incide sulla posizione della Suprema Corte, la quale, anzi, al riguardo, precisa che, in materia di responsabilità professionale, il mancato compimento di comportamenti prudenti - anche riconducibili ad una soluzione giuridica opinabile ed, eventualmente, non condivisa e convintamente ritenuta ingiusta ed errata dal medesimo (57), ovvero ancora non conosciuta (58) - implica violazione dell'obbligo di diligenza richiesto dall'art. 1176, comma 2, c.c., qualora tali atti non richiedano una speciale capacità tecnica (59) e salvo che, in relazione alla particolare situazione di fatto, che va liberamente apprezzata dal giudice di merito, si presentino incertezze rilevanti (60).

Il mancato rispetto da parte dell'attestatore di regole giuridiche chiare ed univoche, sancite in maniera espressa dalla normativa fallimentare, fonderebbe quindi l'eccezione di inadempimento sollevata dalla curatela fallimentare e farebbe venir meno - *in toto* - i presupposti irrinunciabili per il maturare del diritto di credito al pagamento del compenso professionale.

L'adempimento del professionista, invero, si realizza *in primis* attraverso l'esecuzione della prestazione nel

(52) C. Lega, *Le libere professioni intellettuali nelle leggi e nella giurisprudenza*, Milano, 1974, 832.

(53) Cfr. Cass. Civ. 14 febbraio 2017, n. 3765, in *Arch. giur. circ. e sin.*, 2017, 5, 417, e Cass. Civ. 22 novembre 2018, n. 30169, in *One LEGALE* <https://onelegale.wolterskluwer.it/>.

(54) Cass. Civ. 14 febbraio 2017, n. 3765 in *One LEGALE* <https://onelegale.wolterskluwer.it/>.

(55) Cass. Civ. 28 febbraio 2014, n. 4790, in *Mass. Giust. civ.*, 2014.

(56) Cass. Civ. 5 agosto 2013, n. 18612, in *Mass. Giust. civ.*, 2013, e Cass. Civ. 18 luglio 2002, n. 10454, in *Rass. forense*, 2003, 402.

(57) Cass. Civ. 28 febbraio 2014, n. 4790, in *Mass. Giust. civ.*, 2014.

(58) Cfr. Cass. Civ. 7 febbraio 2011, n. 3030, in *Mass. Giust. civ.*, 2011, 2, 194.

(59) Cass. Civ. 5 agosto 2013, n. 18612, in *Guida dir.*, 2013, 43, 60.

(60) Cass. Civ. 14 febbraio 2017, n. 3765, in *Resp. civ. e prev.*, 2017, 2, 585.

rispetto di quella diligenza qualificata di cui al combinato disposto degli artt. 1176, comma 2, e 2236 c.c. (i.e. perizia) (61), che costituisce un modello astratto di condotta caratterizzato da un adeguato sforzo tecnico e dall'impiego delle energie e dei mezzi normalmente ed obiettivamente necessari in relazione alla natura dell'attività esercitata (62), adeguandosi quindi allo "standard" professionale della sua categoria (63) (in tal caso rilevando altresì l'ipotesi della colpa lieve (64)), incombendo comunque sul medesimo professionista l'onere di dare la prova della particolare difficoltà della detta prestazione (65), circostanza questa che, nel caso di specie, stando a quanto riportato nella pronuncia, non si sarebbe verificata.

Qualora il professionista fornisca la prova che l'esecuzione dell'attività professionale richiestagli implichi, in relazione al caso concreto, la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà, da intendere nel senso che l'impegno intellettuale richiesto da tale caso è superiore a quello professionale medio, con conseguente presupposizione di preparazione e dispendio di attività anch'esse superiori alla media, la responsabilità del professionista risulterà attenuata (e, in siffatta ipotesi, il professionista stesso risponderà verso il cliente soltanto quando nello

svolgimento della sua attività si riscontrino dolo o colpa grave, con esclusione, quindi, della colpa lieve) (66).

Per comprendere il discrimine di cui trattasi, basti considerare che, in tema di responsabilità dell'avvocato verso il cliente, è configurabile imperizia del professionista allorché questi ignori o violi precise disposizioni di legge, ovvero erri nel risolvere questioni giuridiche prive di margine di opinabilità, mentre la scelta di una determinata strategia processuale può essere foriera di responsabilità purché la sua inadeguatezza al raggiungimento del risultato perseguito dal cliente sia valutata (e motivata) dal giudice di merito "ex ante" e non "ex post", sulla base dell'esito del giudizio, restando comunque esclusa in caso di questioni rispetto alle quali le soluzioni dottrinali e/o giurisprudenziali presentino margini di opinabilità tali da rendere giuridicamente plausibili le scelte difensive compiute dal legale ancorché il giudizio si sia concluso con la soccombenza del cliente (67).

Con riferimento al ruolo dell'attestatore, la diligenza richiesta è - in sostanza - quella qualificata, mediante svolgimento impegnato ed attento dell'incarico, accurato e competente, aggiornato anche dell'evoluzione interpretativa circa i doveri di attestazione (68): si deve, quindi, avere riguardo ad un

(61) C. Pagliughi, *Concordato preventivo: attestazione del piano*, in *Ilfallimentarista.it*, 18 maggio 2020, e A.M. Perrino, *Art. 161. Domanda di concordato*, in AA.VV., *Codice commentato del fallimento. Diritto europeo. Normativa transfrontaliera. Normativa tributaria. Amministrazione straordinaria. Sovraindebitamento*, diretto da G. Lo Cascio, Milano, 2017, 2066 e 2067.

(62) Cass. Civ. 31 maggio 2006, n. 12995, in *Mass. Giust. civ.*, 2006, 5, nonché, più recentemente, Cass. Civ. 29 agosto 2019, n. 21775, in *Mass. Giust. civ.*, 2019, e Cass. Civ. 15 giugno 2018, n. 15732, in *Mass. Giust. civ.*, 2018, la quale ha precisato che "[L] obbligo di diligenza qualificata gravante sull'appaltatore, ai sensi dell'art. 1176, comma 2, c.c., si estrinseca nell'adeguato sforzo tecnico, con impiego delle energie e dei mezzi normalmente ed obiettivamente necessari od utili in relazione alla natura dell'attività esercitata".

(63) Cass. Civ. 21 aprile 2016, n. 8035, in *Guida dir.*, 2016, 29, 38.

(64) La pronuncia in commento richiama specificamente alcuni suoi precedenti sul punto, ossia: Cass. Civ. 16 dicembre 2014, n. 26369, in *Riv. not.*, 2015, 3, 560, per la quale "[I]l notaio incaricato di redigere un atto pubblico di trasferimento immobiliare, è tenuto a fornire alle parti una consulenza tecnica funzionale non solo al raggiungimento dello scopo tipico, privatistico e pubblicistico, cui l'atto rogando è preordinato, ma anche al conseguimento degli effetti vantaggiosi eventualmente previsti dalla normativa fiscale e a rispettare gli obblighi da essa imposti, sicché il professionista risponde dei danni originati dalla mancata prestazione della consulenza menzionata anche nell'ipotesi di *culpa levis*"; Cass. Civ. 22 maggio 2019, n. 13828, in *Mass. Giust. civ.*, 2019, per la quale "[I]l consulente contabile che, incaricato di assistere le parti in un'operazione di cessione di ramo di azienda, abbia dichiarato il valore dell'avviamento, per la determinazione della base imponibile a fini fiscali, in misura di gran lunga inferiore alla reale capacità

di profitto dell'attività produttiva, è tenuto quanto meno ad avvertire i clienti delle conseguenze derivanti da tale dichiarazione non veritiera; in mancanza, egli pone in essere un comportamento non conforme alla diligenza qualificata cui è vincolato per l'incarico professionale, essendo tenuto a fornire alle parti una consulenza funzionale, non solo, al raggiungimento dello scopo dell'operazione, ma anche al rispetto dei doveri imposti dalla normativa fiscale; sicché risponde dei danni originati da tale comportamento anche nella sola ipotesi di colpa lieve", nonché Cass. Civ. 7 febbraio 2020, n. 2913, in *Mass. Giust. civ.*, 2020.

(65) Cass. Civ. 6 maggio 2020, n. 8494, e Cass. Civ. 6 maggio 2020, n. 8496, entrambe in *Mass. Giust. civ.*, 2020, nonché Cass. Civ. 15 giugno 2018, n. 15732, in *Mass. Giust. civ.*, 2018, per la quale "[L]a distinzione fra prestazione di facile esecuzione e prestazione implicante la soluzione di problemi tecnici di particolare difficoltà di cui all'art. 2236 c.c. ... non rileva quale criterio di ripartizione dell'onere della prova, ma soltanto ai fini della valutazione del grado della diligenza e del corrispondente grado della colpa del professionista".

(66) Cass. Civ. 7 agosto 1982, n. 4437, in *Resp. civ. e prev.*, 1984, 78.

(67) Cass. Civ. 10 giugno 2016, n. 11906, in *www.ilcaso.it*.

(68) Trib. Monza 26 ottobre 2016, in *www.ilcaso.it*, rammenta come il professionista, al fine di adempiere completamente al compito a lui affidato, debba verificare la reale consistenza del patrimonio aziendale, esaminando e vagliando gli elementi che lo compongono; con riferimento alle "attività", la relazione deve contenere l'accertamento circa l'esistenza e la corretta valorizzazione dei beni materiali ed immateriali, l'esistenza e la concreta esigibilità dei crediti vantati e ciò dopo aver effettuato le opportune verifiche, mediante circolarizzazione dei crediti, esame della situazione patrimoniale del debitore, ecc. Quanto alle passività, l'accertamento deve consistere nella verifica (i) delle poste risultanti

professionista non comune, specialista della materia, specificamente ingaggiato per (e dunque attrezzato a) esplicitare regole tecniche funzionali nell'attestazione, così da tutelare in modo efficace l'interesse del committente, secondo una misura di diligenza notevole e proporzionata, e l'interesse procedimentale all'abbreviazione del percorso istruttorio, raccogliendo l'attestatore (con profili di doverosità per la sua indipendenza) elementi la cui riassunzione qualificata e solenne (nell'atto di attestare) accelera la progressività e la stabilità dell'accesso al concorso, nell'interesse dei creditori (69).

Qualora, pertanto, l'attività dell'attestatore risulti caratterizzata da carenze di natura argomentativa e/o metodologica o da mancanza di coerenza a sotto il profilo motivazionale delle attestazioni contenute nella relazione ex art. 161, comma 3, l.fall., ovvero, ancora, manchi di congruità logica per quanto attiene il rapporto tra i dati esposti nel ricorso e la valutazione di fattibilità del piano concordatario (70), la conseguenza - in conformità a quanto statuito dalla Suprema Corte - è il riconoscimento dell'inadempimento del professionista agli obblighi di diligenza posti dal codice civile e la conseguente esclusione del suo credito dallo stato passivo.

In concreto, per determinare se l'attestatore si è mosso nell'ambito della diligenza richiesta, può farsi riferimento ai *principi di attestazione dei piani di risanamento*, predisposti a cura di AIDEA, IRDCEC, ANDAF, APRI, OCRI, ed aggiornati con delibera del CNDCEC del 16 dicembre 2020: invero, detti principi dispongono le linee guida ed uno *standard* di relazione di attestazione tali da tracciare un modello virtuoso di comportamento cui l'attestatore dovrebbe uniformarsi sia per verificare la veridicità dei dati che relativamente al giudizio di fattibilità del piano (71).

In tale contesto, l'organo giudicante (latamente inteso), utilizzando i principi testé richiamati potrà valutare in modo oggettivo l'operato dell'attestatore, tanto che i redattori precisano espressamente che gli stessi possono divenire utili anche nei casi in cui

l'operato dell'attestatore debba essere oggetto di valutazione *ex post* nell'ambito di un eventuale procedimento aperto a suo carico ex art. 236-bis l.fall. o per risarcimento dei danni.

### L'eccezione di inadempimento come aspetto procedurale dell'accertamento del passivo

Se, sin qui, si sono analizzati gli aspetti di merito della vicenda sottoposta all'attenzione della Corte di cassazione, pare opportuno fare cenno altresì ad un aspetto procedurale, relativo all'onere - sussistente in capo al curatore - di sollevare eccezioni nell'ambito delle varie fasi caratterizzanti il procedimento di accertamento del passivo.

Invero, se, da un lato, è stata affidata al giudice delegato un'attività giurisdizionale vera e propria, dall'altro, parallelamente, fermo il suo profilo di terzietà, al curatore è stato attribuito il ruolo di parte del giudizio (72), con la conseguenza che, nel contesto di un giudizio retto dal principio dispositivo (consacrato nell'art. 112 c.p.c.) (73), costui non solo debba prendere posizione su ciascuna domanda, svolgendo le proprie difese e contestando i fatti costitutivi della pretesa, ma debba altresì sollevare eccezioni in senso tecnico, eccependo i fatti estintivi, modificativi o impeditivi del diritto fatto valere (74).

Nel nostro ordinamento, si suole distinguere tra eccezioni in senso stretto ed in senso lato, a seconda che possano essere rilevate solo dalla parte o anche dal giudice, con la precisazione che le eccezioni in senso stretto, cioè quelle rilevabili soltanto ad istanza di parte, si identificano o in quelle per le quali la legge espressamente riserva il potere di rilevazione alla parte o in quelle in cui il fatto integratore dell'eccezione corrisponde all'esercizio di un diritto potestativo azionabile in giudizio da parte del titolare e, quindi, per svolgere l'efficacia modificativa, impeditiva od estintiva di un rapporto giuridico è necessaria una manifestazione di volontà della parte (75).

Tra le ipotesi di eccezione in senso stretto di merito - e quindi rilevabili dal solo curatore -, oltre alla

in contabilità e desumibili da informazioni presso fornitori, banche, ecc.; (ii) della natura dei crediti (privilegiati e chirografari), indagando la condizione del creditore e la causa del credito; (iii) delle passività potenziali connesse agli obblighi contributivi o fiscali e dei rischi connessi ai contenziosi pendenti o prevedibili.

(69) Cass. Civ. 4 maggio 2018, n. 10752, in *www.ilcaso.it*.

(70) Cass. Civ., SS.UU., 23 gennaio 2013, n. 1521, in *One LEGALE* <https://onelegale.wolterskluwer.it/>, e Trib. Milano 9 febbraio 2007, in questa *Rivista*, 2007, 1218.

(71) I principi *de quibus* hanno ad oggetto tutti gli aspetti soggettivi ed oggettivi attinenti all'attività dall'attestatore, riferendosi i medesimi invero ai requisiti professionali del medesimo, alle

modalità di verifica della documentazione societaria e (della veridicità) dei dati aziendali nonché alle attività di valutazione delle cause della crisi e della fattibilità del piano.

(72) G. Bozza, *Commento agli artt. 93-97*, in AA.VV., *Il nuovo diritto fallimentare*, diretto da A. Jorio e coordinato da M. Fabiani, Bologna, 2006, 140 ss.

(73) M. Fabiani, *Il diritto della crisi e dell'insolvenza. Aggiornato alla l. 19 ottobre 2017*, n. 155, Bologna, 2017, 256.

(74) F. Cesaris, *La verifica del passivo*, in AA.VV., *Fallimento e altre procedure concorsuali*, a cura di A. Anglani - F. Cesaris - G. Fauda - F. Marelli - G.C. Sessa, Milano, 2017, 330.

(75) Cass. Civ. 27 luglio 2005, n. 15661, in *Foro it.*, 2005, I, 2659.

## Giurisprudenza

# Concordato preventivo

prescrizione del credito (art. 2938 c.c.) (76), la compensazione (77), l'annullabilità del contratto (art. 1442, comma 1, c.c.), la rescissione (art. 1447 c.c.) e la risoluzione del contratto (art. 1453 c.c.), i danni evitabili da parte del creditore usando l'ordinaria diligenza (art. 1227, comma 2, c.c.) (78), la presupposizione (79), la remissione del debito (80), la transazione novativa (81), la decadenza e la revocabilità (82), deve rammentarsi, per quanto qui di interesse, l'inadempimento ex art. 1460, comma 1, c.c. (83).

L'eccezione di inadempimento della prestazione svolta dal professionista, quindi, non può essere rilevata d'ufficio dal giudice, trattandosi di eccezione in senso stretto che, come tale, deve essere sollevata dalla parte richiesta del pagamento, nella specie il curatore del fallimento in sede di verifica della domanda di ammissione al passivo del professionista (84).

Sotto il profilo procedurale, è importante sottolineare che, qualora il curatore ometta di sollevare le eccezioni in senso stretto in sede di verifica del passivo, da un lato, come si è testé rammentato, sarà precluso rilevarle al giudice (85), ma, dall'altro, essendo la struttura del procedimento di accertamento dello stato passivo connotata da una prima

fase di cognizione sommaria dove non è prevista la formale costituzione del curatore a mezzo di difensore tecnico (86), il curatore stesso potrà proporre tali eccezioni nel giudizio di opposizione allo stato passivo (87).

L'eventuale mancata formulazione di eccezioni in senso stretto da parte del curatore in sede di progetto di stato passivo o di udienza di verifica, quindi, non comporta decadenze in danno della procedura per il prosieguo (88), tanto che manca qualsiasi espresso riferimento alla perentorietà dei termini e a eventuali sanzioni da comminare per il loro mancato rispetto (89); anzi, il giudizio di opposizione allo stato passivo è regolato dal principio dispositivo e, conformemente all'art. 99 l.fall., le parti resistenti, nel costituirsi in giudizio, potranno - *rectius*: dovranno, (proprio) per non incorrere in decadenze - sollevare le eccezioni processuali e di merito non rilevabili d'ufficio (90).

Vi sono, invece, interpretazioni contrastanti in ordine alla sussistenza, o meno, di un onere in capo al curatore di riproporre nel giudizio di opposizione allo stato passivo un'eccezione in senso stretto già sollevata ed accolta nella fase sommaria (91): la tesi che riconosce l'esistenza di tale incombenza si fonda sul riconoscimento dell'onere in capo al curatore di

(76) Cass. Civ. 14 marzo 2017, n. 6522, in *One LEGALE* <https://onelegale.wolterskluwer.it/>.

(77) Trib. Milano 7 marzo 2018, in *www.ilcaso.it*.

(78) Cass. Civ. 27 giugno 2007, n. 14853, in *Mass. Giust. civ.*, 2007, 6.

(79) Cass. Civ. 30 marzo 2000, n. 3908, in *Giur. it.*, 2001, 729.

(80) Cass. Civ. 9 febbraio 1999, n. 1110, in *Foro it.*, 1999, I, 2967.

(81) Cass. Civ. 18 aprile 2005, n. 8086, in *Mass. Giust. civ.*, 2005, 4.

(82) Trib. Monza 13 ottobre 2015, in *www.ilcaso.it*.

(83) Trib. Milano 14 febbraio 2019, n. 1456, in *DeJure*; Trib. Como 17 luglio 2018, in *Il Caso.it*; Cass. Civ. 16 marzo 2011, n. 6168, in *One LEGALE* <https://onelegale.wolterskluwer.it/>, e Cass. Civ. 29 gennaio 2010, n. 2038, in *Mass. Giust. civ.*, 2011, 3, 419, nonché, in dottrina, F. Aprile, *Art. 95. Progetto di stato passivo e udienza di discussione*, in AA.VV., *La legge fallimentare. Commentario teorico-pratico*, a cura di M. Ferro, Padova, 2014, 1230 e 1231.

(84) Cass. Civ. 20 settembre 2017, n. 21848, in *One LEGALE* <https://onelegale.wolterskluwer.it/>, per la quale il tribunale, verificando l'inutilità di parte della prestazione svolta dal ricorrente e, contestualmente, anche l'inadempimento del ricorrente stesso (rispetto al corretto svolgimento del suo incarico professionale), si è irrisolvemente pronunciato d'ufficio su un'eccezione in senso stretto - quella di inadempimento -, riservata esclusivamente alla disponibilità della parte interessata.

(85) S. De Matteis, *Art. 95. Progetto di stato passivo e udienza di discussione*, in AA.VV., *Codice commentato del fallimento. Diritto europeo. Normativa transfrontaliera. Normativa tributaria. Amministrazione straordinaria. Sovraindebitamento*, diretto da G. Lo Cascio, Milano, 2017, 1314.

(86) A. Caiafa, *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, Roma, 2016, 273.

(87) Cass. Civ. 4 aprile 2013, n. 8246, in *One LEGALE* <https://onelegale.wolterskluwer.it/>, e Cass. Civ. 4 giugno 2012, n. 8929, in *Mass. Giust. civ.*, 2012, 6, 728, la quale ha precisato che, nel giudizio di opposizione allo stato passivo non opera, nonostante la sua natura impugnatoria, la preclusione di cui all'art. 345 c.p.c. in materia di *ius novorum*, con riguardo alle nuove eccezioni proponibili dal curatore, in quanto il riesame, a cognizione piena, del risultato della cognizione sommaria proprio della verifica, demandato al giudice dell'opposizione, se esclude l'immutazione del *thema disputandum* e non ammette l'introduzione di domande riconvenzionali della curatela, non ne comprime tuttavia il diritto di difesa, consentendo, quindi, la formulazione di eccezioni non sottoposte all'esame del giudice delegato, nonché Trib. Arezzo 6 marzo 2014, in *www.ilcaso.it*.

(88) Trib. Vicenza 11 agosto 2009, in *Il Caso.it*, per il quale "[I]l curatore, essendo un organo non tecnico del rito civile, non può subire, a scapito della massa, decadenze in senso stretto, e può quindi sollevare eccezioni fino all'udienza di verifica del passivo, ed anche in sede di costituzione nel giudizio di opposizione, a mezzo di un difensore tecnico".

(89) F. Rampini Boncori, *Verifica del passivo*, in AA.VV., *Fallimento e crisi d'impresa*, Milano, 2019, 536.

(90) Cass. Civ. 18 luglio 2012, n. 12416, in *One LEGALE* <https://onelegale.wolterskluwer.it/>, che, in un caso d'insinuazione al passivo di un credito per prestazioni professionali, ha cassato la decisione del tribunale che aveva rilevato d'ufficio un'eccezione di inadempimento che avrebbe, invece, dovuto essere proposta dal curatore, rimasto contumace nel giudizio, e, in dottrina, D. Manente, *Artt. 92-103. Dell'accertamento del passivo e dei diritti reali immobiliari dei terzi*, in AA.VV., *Formulario annotato delle procedure concorsuali*, a cura di L. Guglielmucci, Padova, 2012, 213.

(91) In senso meno rigido, Cass. Civ. 14 marzo 2017, n. 6522, in *One LEGALE* <https://onelegale.wolterskluwer.it/>.

costituersi in tale giudizio in quanto sviluppo della fase di verifica dello stato passivo in una sede concorsuale, a cognizione piena e con rito conforme a quello ordinario (92).

In ossequio ai criteri di legge, qualora il fallimento, a fronte dell'opposizione allo stato passivo proposta dal creditore, formuli eccezione di inadempimento, il riparto degli oneri probatori segue le regole ordinarie di cui all'art. 2697 c.c. di talché, mentre il creditore che agisce per l'adempimento, la risoluzione o il risarcimento del danno, deve provare solo la fonte del suo diritto ed il relativo termine di scadenza, limitandosi alla mera allegazione dell'altrui inadempimento, sul debitore grava l'onere della prova del fatto estintivo dell'altrui pretesa, costituito dall'avvenuto adempimento (93) e, pertanto, a fronte dell'eccezione di inadempimento mossa dalla curatela, resta a carico del professionista la dimostrazione della non imputabilità di detto inadempimento, dovendosi ritenere definitivamente escluso il credito ogniqualvolta il professionista non sia in grado di assolvere a siffatto onere probatorio (94).

Nulla cambia, peraltro, ove sia eccepito da parte del curatore, anziché l'inadempimento, l'inesatto adempimento (95): invero, il principio secondo cui è sufficiente al creditore la mera allegazione dell'inesattezza della prestazione, gravando sul debitore l'onere della prova contraria, non trova deroga nel caso in cui l'inesatto adempimento sia posto a fondamento dell'eccezione di cui all'art. 1460 c.c. (96).

### Prededucibilità dei crediti sorti in funzione della procedura concorsuale

Da ultimo, seppur la relativa censura sia stata ritenuta inammissibile dalla Corte, in quanto il tribunale, avendo accolto l'eccezione di inadempimento sollevata dalla curatela fallimentare, ha espressamente

dichiarato assorbita la questione, è opportuno fare un breve cenno al trattamento giuridico della prededuzione in seno all'art. 111 l.fall.

L'art. 111, comma 2, l.fall. prevede che siano considerati prededucibili i crediti così qualificati da una specifica disposizione di legge e quelli sorti in occasione o in funzione di una procedura concorsuale (97).

La definizione di quelli che possono ritenersi crediti "funzionali" alla procedura - e che qui interessa - è delicata in quanto legata a rapporti che "seppur non contratti dalla procedura risultino caratterizzati da un particolare nesso genetico e funzionale rispetto all'amministrazione del patrimonio del fallito e, più in generale alle finalità della procedura" (98), sicché - in certi casi - potrebbero essere sorti prima della pronuncia di fallimento (99).

La prededucibilità dei crediti sorti in occasione o in funzione delle procedure concorsuali va determinata sulla base di un duplice criterio, cronologico e teleologico, dovendosi in ogni caso accertare, con valutazione da compiersi *ex ante*, il vantaggio arrecato alla massa dei creditori (100).

In tale contesto, con riferimento al credito dell'attestatore, ricorre - *in thesi* - il criterio teleologico cui si è testé fatto cenno, in quanto l'opera del professionista così come il relativo credito risultano, per un verso, sorti antecedentemente alla presentazione della domanda di concordato e, per altro, strumentali alla presentazione stessa (101).

La stessa Corte di cassazione, nel recente passato, ha più volte riconosciuto che i crediti vantati dal professionista incaricato dal debitore di predisporre gli atti necessari ai fini della presentazione della domanda di concordato preventivo rientrassero "*de plano*" tra quelli sorti "in funzione" della procedura e che, come tali, dovessero essere soddisfatti in prededuzione ai sensi dell'art. 111, comma 2, l.fall., senza

(92) Trib. Mantova 23 agosto 2007, in [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it).

(93) Cass. Civ. 23 settembre 2016, n. 18705, in *One LEGALE* <https://onelegale.wolterskluwer.it/>.

(94) Cass. Civ. 5 dicembre 2018, n. 31500; Cass. Civ. 14 giugno 2018, n. 15596; Cass. Civ. 25 settembre 2018, n. 22750 tutte in *One LEGALE* <https://onelegale.wolterskluwer.it/>; Cass. Civ. 12 febbraio 2010, n. 3373, in *Mass. Giust. civ.*, 2010, 2, 197; Cass. Civ., SS.UU., 30 ottobre 2001, n. 13533, in *Corr. giur.*, 2001, 1565, e Cass. Civ. 12 ottobre 2018, n. 25584, in *Mass. Giust. civ.*, 2018.

(95) Cass. Civ. 12 giugno 2019, n. 15823, in *One LEGALE* <https://onelegale.wolterskluwer.it/>.

(96) Cass. Civ. 10 aprile 2008, n. 9439, in *Mass. Giust. civ.*, 2008, 4, 561.

(97) M. Biolchini, *La disciplina dei crediti*, in AA.VV., *Fallimento e crisi d'impresa*, Milano, 2019, 582; A. Coppola, *Articolo 111. Ordine di distribuzione delle somme*, in AA.VV., *Commentario breve alla legge fallimentare*, diretto da A. Maffei Alberti, Padova, 2013, 773; S. Ambrosini, *La ripartizione dell'attivo*, in S. Ambrosini

-G. Cavalli - A. Jorio, *Il fallimento*, Padova, 2009, 661; P. Pajardi - A. Paluchowski, *Manuale di diritto fallimentare*, Milano, 2008, 637; F. Corti, *Il concorso tra i creditori*, in AA.VV., *Fallimento e altre procedure concorsuali*, a cura di A. Anglani - F. Cesaris - G. Fauda - F. Marelli - G.C. Sessa, Milano, 2017, 640, e Mc. Giorgetti, *Le procedure concorsuali*, Milano, 2015, 299.

(98) G. Bozza - G. Schiavon, *L'accertamento dei crediti nel fallimento e le cause di prelazione*, Milano, 1992, 469.

(99) M. Simeon, *Artt. 110-117. Della ripartizione dell'attivo*, in AA.VV., *Formulario annotato delle procedure concorsuali*, a cura di L. Guglielmucci, Padova, 2012, 156.

(100) L. Stanghellini, *Proprietà e controllo dell'impresa in crisi*, in *Riv. Società*, 20014, 1041 ss.

(101) Cfr. A. Gallone, *Ripartizione dell'attivo. Crediti prededucibili. Riparto parziale e finale*, in AA.VV., *Formulario commentato del fallimento e delle altre procedure concorsuali*, diretto da L. Panzani, Torino, 2013, 1310.

che fosse necessario accertare, con valutazione "ex post", se la prestazione resa fosse stata concretamente utile per la massa in ragione dei risultati raggiunti (102).

A tale posizione, negli anni, se ne è contrapposta una di differente tenore, in virtù della quale i crediti sorti a seguito delle prestazioni rese in favore del fallimento per la redazione della domanda di ammissione al concordato preventivo e per la relativa assistenza rientrano tra quelli da soddisfarsi in prededuzione ai sensi dell'art. 111, comma 2, l.fall., salvo il caso in cui non venga fornita la prova della "non utilità" della prestazione (103): la *ratio* della tesi testé richiamata è da rinvenirsi nel fatto che, diversamente operando, si creerebbe il rischio di gravare i fallimenti di oneri prededucibili tali da compromettere radicalmente le possibilità di soddisfacimento dei creditori concorsuali, alla cui "utilità" (in termini di conservazione o salvaguardia dell'attivo) in teoria la stessa prestazione professionale dovrebbe essere rivolta (104).

Nel contesto di tale corrente di pensiero, si è precisato che il decreto emesso dal tribunale ex art. 163, comma 1, l.fall., non costituisce di per sé approvazione della relazione, né un apprezzamento di competenza esclusiva del tribunale in ambito concordatario, in quanto l'ammissione a detta procedura non assevererebbe definitivamente, con valore di giudicato, l'esattezza dell'adempimento del professionista, potendo la valutazione essere, in seguito, smentita dal medesimo tribunale, in sede di procedura fallimentare (105).

Concettualmente, quindi, qualora si volesse aderire a tale tesi, la prededuzione sarebbe svincolata da

qualsivoglia automatismo legato all'ammissione alla procedura della domanda, ma andrebbe riconosciuta nei soli casi in cui la prestazione dell'attestatore sia stata funzionalmente adeguata all'obiettivo risanatorio e concretamente utile per i creditori - quantomeno, come visto in precedenza, nel senso di consentire loro di fare affidamento sul contenuto della relazione di cui al comma 3 dell'art. 161 l.fall. (106) - e ciò, evidentemente, sulla base di un giudizio a posteriori (107).

### Considerazioni conclusive

La pronuncia della Suprema Corte conferma la possibilità per il curatore di sollevare l'eccezione di inadempimento nei confronti del professionista qualora venga attestata la fattibilità di un piano di concordato in violazione di alcuni principi giuridici inderogabili (i.e. il pagamento dei debiti chirografari prima dell'integrale pagamento di quelli privilegiati, in assenza di nuova finanza, e l'utilizzo del ricavato della vendita dei beni dei soci per il pagamento dei loro debiti personali, e non di quelli della società) (108).

Se, nel caso di specie, la decisione della Corte di cassazione risulta ineccepibile - e lo sarebbe in tutti quei casi in cui l'inadempimento discenda da elementi chiari ed univoci [come, ad esempio, qualora l'attestazione non contenga corrette indicazioni in ordine alla fattibilità giuridica del piano (109) - intesa come non incompatibilità dello stesso con norme inderogabili di legge -, ovvero riporti dati non veritieri e/o non corretti (110) o l'attestatore si limiti a richiamare la relazione redatta dalla società di

(102) Cass. Civ. 2 luglio 2020, n. 13596, in *Mass. Giust. civ.*, 2020; Cass. Civ. 9 gennaio 2020, n. 220, in *Pluris*, e Cass. Civ. 18 gennaio 2018, n. 1182, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2018, 5, II, 515, nonché, in dottrina, C. Ravina, *La natura giuridica degli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Ilfallimentarista.it*, 9 maggio 2018. Cass. Civ. 10 ottobre 2019, n. 25471, in *One LEGALE* <https://onelegale.wolterskluwer.it/>; Cass. Civ. 30 marzo 2018, n. 7974, in *Guida dir.*, 2018, 18, 32; Cass. Civ. 10 gennaio 2017, n. 280, in *Mass. Giust. civ.*, 2017, e Cass. Civ. 1° novembre 2016, n. 23108, hanno riconosciuto che, al fine di riconoscere la prededuzione non era necessaria l'ammissione della società alla procedura di concordato preventivo, essendo, invece, sufficiente che l'attività svolta dal professionista fosse "finalizzata" alla presentazione della domanda di concordato.

(103) Cass. Civ. 16 maggio 2018, n. 12017, in *One LEGALE* <https://onelegale.wolterskluwer.it/>.

(104) Trib. Milano 15 novembre 2015, in [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it).

(105) Cass. Civ. 25 settembre 2018, n. 22785, in *Mass. Giust. civ.*, 2018.

(106) C. Romeo, *Piani di risanamento e responsabilità civile del professionista attestatore*, in *Resp. civ.*, 2012, 566 ss.

(107) Cfr. S. Casonato, *Compensi e crediti dei professionisti nel concordato preventivo*, in *AA.VV.*, *Fallimento, soluzioni negoziate*

*della crisi e disciplina bancaria dopo le riforme del 2015 e 2016*, diretto da S. Ambrosini, Bologna, 2017, 643, e G. Lo Cascio, *La prededuzione nelle procedure concorsuali: vecchi e nuovi profili normativi ed interpretativi*, in questa *Rivista*, 2015, 18.

(108) C. Ravina, *Fattibilità*, in *Ilfallimentarista.it*, 5 giugno 2020.

(109) Cfr. S. Fortunato, *La responsabilità civile del professionista nei piani di sistemazione delle crisi d'impresa*, in questa *Rivista*, 2009, 893.

(110) U. De Crescenzo - L. Panzani, *Il nuovo diritto fallimentare*, Milano, 2005, 32, e, in giurisprudenza, Cass. Civ. 4 maggio 2018, n. 10752, in *One LEGALE* <https://onelegale.wolterskluwer.it/>, precisa che l'asseverazione della contabilità, nei suoi dati di sintesi finale, non può ridursi alla mera riproduzione dei saldi di partita o delle macro voci riassuntive delle poste di bilancio ovvero della movimentazione finanziaria ed economica di sintesi dell'impresa, essendo l'attestazione completa e veritiera solo qualora permetta la decifrabilità dell'andamento economico-finanziario che ha permesso all'impresa di contabilizzare i risultati delle proprie scritture, non potendo dunque prescindere da una chiara evidenziazione dei fattori (i.e. uscite, ricavi, impegni), cioè delle operazioni, condizionanti causalmente il dato finale.

revisione, senza dar atto di alcuna attività accertativa da lui specificamente svolta, ovvero, ancora, trascuri (i) di valutare la fattibilità del piano, (ii) di considerare le questioni attinenti l'omogeneità della posizione giuridica e degli interessi economici dei creditori che compongono le varie classi, (iii) di analizzare la congruità delle diverse percentuali di soddisfazione offerte ai creditori, (iv) di procedere al raffronto comparativo tra la soddisfazione proposta in sede concordataria e quella realizzabile in sede fallimentare, o (v) di riferire sul rispetto dell'ordine delle cause legittime di prelazione (111)] -, pare doveroso evidenziare come, in altri casi, il discrimine tra esatto adempimento e inadempimento (o inesatto adempimento) potrebbe non essere agevole e, conseguentemente, potrebbe condurre a risultati iniqui.

Invero, non può tacersi il fatto che, essendo la relazione caratterizzata da un complicato sistema di contrappesi (112) ed avendo il giudizio sulla fattibilità del piano natura prognostica, qualora l'eccezione di inadempimento sia connessa alla censura della fattibilità economica, quale realizzabilità in concreto del piano proposto dal debitore, la valutazione di eventuali inadempimenti comporterebbe una sorta di "giudizio sul giudizio" i cui contorni potrebbero risultare assai incerti (113).

Non solo: la Stessa Suprema Corte ha precisato, che nel caso di specie, il ricorrente non ha prospettato in maniera specifica quali sarebbero stati, in concreto, i presupposti di fatto che avrebbero potuto rendere applicabile la responsabilità attenuata ex art. 2236 c.c.; ciò implica, che, qualora l'attestatore fornisca la prova, per un verso, della presenza di problemi tecnici di speciale difficoltà (114) e, per altro verso, dell'assenza di dolo o colpa grave, si potrebbe giungere ad escludere l'eccepito inadempimento.

Da ultimo, pare opportuno evidenziare come, con l'entrata in vigore del "codice della crisi e dell'insolvenza" ("CCII") - ossia, a seguito del rinvio operato in occasione della legiferazione emergenziale legata all'epidemia da Covid-19, il 1° settembre 2021 -, la

tesi espressa dalla Suprema Corte potrebbe essere ragionevolmente confermata.

Infatti, prescindendo dal fatto che l'art. 6, comma 1, L. 19 ottobre 2017, n. 155 (Delega al Governo per la riforma delle discipline della crisi di impresa e dell'insolvenza), in virtù del quale il Governo avrebbe dovuto "fissare le modalità di accertamento della veridicità dei dati aziendali e di verifica della fattibilità del piano" e "determinare i poteri del tribunale, con particolare riguardo alla valutazione della fattibilità del piano, attribuendo anche poteri di verifica in ordine alla fattibilità anche economica dello stesso, tenendo conto dei rilievi del commissario giudiziale", è rimasto "lettera morta" (115), i principi in materia non paiono aver subito mutazioni rilevanti, stante il fatto che, per un verso, l'art. 47 CCII contempla che, "verificata l'ammissibilità della proposta e la fattibilità economica del piano", il tribunale può procedere all'apertura del concordato preventivo e che, per altro verso, l'art. 87, commi 2 e 3, CCII prevede - *inter alia* - che il debitore deve depositare, con la domanda, la relazione di un professionista indipendente, che attesti la veridicità dei dati aziendali e la fattibilità del piano.

La Relazione Illustrativa chiarisce che l'art. 87 CCII "ponendosi in linea di continuità con la disciplina previgente, attribuisce ad un professionista indipendente il compito di redigere una relazione che attesti la veridicità dei dati aziendali e la fattibilità del piano" e precisa che "[L]'esperienza maturata dai professionisti specializzati in materia concorsuale ha reso la relazione dell'attestatore uno strumento d'ausilio importante per il tribunale che, in una procedura doverosamente connotata da esigenze di celerità, può fruire immediatamente di un'analisi particolarmente attendibile della situazione economica, patrimoniale e finanziaria della società, utile per la verifica di fattibilità ... economica, prodromica all'apertura del concordato. In questa prospettiva, nell'esercitare la delega, si è scelto di mantenere l'obbligatorietà dell'attestazione".

(111) Trib. Novara 27 novembre 2012, in [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it).

(112) M. Ferro, *I nuovi strumenti di regolazione negoziale dell'insolvenza e tutela giudiziaria delle intese fra debitore e creditori: storia italiana della timidezza competitiva*, in questa *Rivista*, 2005, 590.

(113) Si considerino, ad esempio, le formulazioni assai generiche riportate, in alcune occasioni, per legittimare la scelta di dichiarare l'inammissibilità della proposta: cfr. Cass. Civ. 12 agosto, 2016, n. 17079, in [Ilfallimentarista.it](http://Ilfallimentarista.it), 2016, 8, che ha ritenuto manifestamente inadeguata o illogica la proposta per non aver

dato conto dei riscontri eseguiti e delle fonti utilizzate, e Cass. Civ. 9 marzo, 2018, n. 5825, in *Giur. comm.*, 2018, 5, II, 823, la quale ha sottolineato come spetti "al giudice il compito di controllare la corretta predisposizione dell'attestazione in termini di completezza dei dati e comprensibilità dei criteri di giudizio".

(114) Cfr. V.L. Zocca, *Accordi di ristrutturazione, piani di risanamento e relazioni del professionista*, Milano, 2006, 126.

(115) C. Costa, *Il controllo di fattibilità del concordato preventivo tra vecchia disciplina e nuovo codice della crisi e dell'insolvenza*, in *dirittofallimentaresocieta.it*. (fasc. 2, 2020).